

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Proceso verbal instaurado por la Organización Sayco y Acinpro contra El Rápido Duitama Ltda. Rad. No. 11001319900520192998501.

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado según acta de fecha trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de febrero de 2021, proferida por la Profesional Especializada 2028 grado 15 de la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones:

Que se declare que **El Rápido Duitama Ltda.**, a través de los vehículos afiliados, administrados, vinculados o adscritos a la misma, ha venido ejecutando públicamente obras musicales y fonogramas administrados por la Sociedad de Autores y

Compositores de Colombia - SAYCO y de la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos - ACINPRO, respectivamente, durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2018, sin haber obtenido la correspondiente autorización y/o haber realizado el pago de derechos de autor y conexos por la comunicación pública de obras musicales y audiovisuales; conforme a lo establecido en los Artículos 72 y 158 de la Ley 23 de 1982, y demás normas complementarias.

Que se condene a **El Rápido Duitama Ltda.**, a pagar a la **Organización Sayco Acinpro**, por concepto de contraprestación por la ejecución pública de obras musicales y/o fonogramas llevada a cabo sin su autorización, el valor que hubiera debido pagar de haber solicitado y obtenido su autorización, y que corresponde a \$ 24.906.600.00, lo cual incluye los años **2016 a 2018**.

1.2. Fundamentos fácticos:

La Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - **SAYCO** y de la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos - **ACINPRO**, mandantes de la **ORGANIZACIÓN SAYCO ACINRO**, se encuentran legalmente facultadas para recaudar y entregar a sus socios las percepciones pecuniarias provenientes de los Derechos de Autor, de conformidad con el artículo 216, Numeral 3, de la Ley 23 de 1982¹.

¹ Recaudar y entregar a sus socios, así como los autores extranjeros de su rama, las percepciones pecuniarias provenientes de los derechos de autor que les correspondan. Para el ejercicio de esta atribución dichas asociaciones serán consideradas como mandatarios de sus asociados, para todos los fines de derecho por el simple acto de afiliación a las misma.

La Organización SAYCO ACINPRO ha realizado la verificación de uso de las obras musicales de su repertorio, mediante el registro de videos y/o el diligenciamiento de formatos de observación o inspección en el interior de los vehículos afiliados de la demandada, en operativos llevados a cabo, en momentos que prestan el servicio público de transporte de pasajeros.

Las pruebas obtenidas dan cuenta de la ejecución pública de obras audiovisuales musicales del repertorio administrado por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – SAYCO, y de la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos - ACINPRO a través de RADIOS, DVS, TELEVISORES, entre ellas las siguientes:

TITULO	INTÉRPRETE
AMIGA MIA	ALEJANDRO SAENZ
HACE MUCHO TIEMPO	ARCANGEL (EMISORA 88.6, OXIGENO)
QUIERO OLVIDAR	PIPE BUENO (EMISORA 101.9, CANDELA)
EL AMOR MAS GRANDE DEL PLANETA	FELIPE PELAEZ
PRETEXTOS	MALUMA
LIMON Y SAL	JULIETA VANEGAS

La sociedad demandada no ha solicitado la autorización para la ejecución pública de música a la Organización Sayco Acinpro de que trata el Artículo 158 y 159 de la Ley 23 de 1982, ni han querido concertar el pago de los valores correspondientes a dicha autorización, a pesar de los requerimientos realizados.

La ejecución pública de obras musicales les ocasiona un detrimento económico a los artistas y por ello le corresponde a la demandada cancelar el valor que acorde con las tarifas le ha sido

liquidada, la cual corresponde a la capacidad operativa otorgada por el Ministerio de Transporte.

1.3. Actuación procesal:

La sociedad demandada contestó la demanda, formuló las excepciones de mérito que denominó “*inexistencia de la obligación de pagar derechos de autor por la ejecución de obras musicales o audiovisuales en automotores*” y “*ausencia de prueba respecto de la ejecución de obras musicales o audiovisuales en 34 vehículos a El Rápido Duitama Ltda.*”.

1.4. El fallo apelado:

Mediante sentencia calendada del 12 de febrero de 2021, la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, resolvió:

“PRIMERO: Declarar que la sociedad El Rápido Duitama Ltda., identificada con NIT 891.800.062-2, ejecutó públicamente obras musicales y/o fonogramas cuyos titulares son representados por la Organización Sayco Acinpro – OSA, mandataria de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – SAYCO y de la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO, desde el 1 de enero de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2018, sin haber obtenido la autorización previa y expresa ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente.

SEGUNDO: Condenar a la sociedad El Rápido Duitama Ltda., identificada con NIT 891.800.062-2, a pagarle a la Organización Sayco Acinpro – OSA, dentro de los noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS CUATRO PESOS (\$24,906,604), por concepto de la comunicación pública de obras musicales y de fonogramas, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: Negar las excepciones propuestas por el demandado”.

En lo que tiene que ver con la infracción alegada por la parte demandante, acorde con lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, planteó los siguientes interrogantes **i)** si la sociedad demandada comunicó al público obras musicales y fonogramas, representados por la demandante, en sus vehículos de transporte terrestre de pasajeros y, en caso de haberse efectuado, **ii)** determinar si esa conducta 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.

Sobre el particular refirió que la sociedad demandante aportó con la demanda el actor aportó copias de seis formatos diligenciados en los años de 2016 y 2017, y un DVD que contiene, dos videos creados el 23-11-2018 a las 7:53 a.m., y a las 8:17 a.m., en donde se registraba la emisión de varias canciones de artistas representados por aquella, documentos que no fueron controvertidos por el demandado en oportunidad, razón por la cual desechó por extemporáneo el alegato de empresa demandada dirigido a desconocer su valor probatorio.

Por otro lado, tuvo en cuenta el *a quo* lo expresado por la representante legal de la demandada, en su interrogatorio de parte en donde admitió que en la flota de vehículos se ofrece como medio de entretenimiento pantallas individuales, televisores y radio, y que en la página web se publicitan esos medios de entretenimiento.

De esa manera encontró que la sociedad El Rápido Duitama Ltda, como empresa de transporte público, entre los años 2016 a 2018, prestó el servicio de entretenimiento de radio “*esta circunstancia quedó acreditada no solo con la muestra aleatoria*

realizada por el demandante, en la que estableció que en los siete vehículos inspeccionados se constató la prestación de alguno de estos servicios, sino también se corroboró con la declaración de la representante legal quien confirmó la utilización de estos al interior de los vehículos, sin hacer distinción alguna”.

Ya en punto a la autorización para la comunicación pública, dijo que la sociedad demandada difundió los medios audiovisuales sin la correspondiente autorización de los titulares de las obras y sin el pago de la remuneración a los artistas intérpretes, ejecutantes y productores fonográfico. *“De esta manera se cumplen los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia Andino, para establecer la materialización de la infracción a los derechos representados por la demandante, por parte de la sociedad El Rápido Duitama Ltda.”* por tanto ordenó el pago de la suma reclamada por la parte actora.

1.5. Recurso de Apelación:

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación el que en la oportunidad prevista por el artículo 14 de la ley 806 de 2020 sustentó así:

Señaló en primera medida que la sentencia vulneró el artículo 164 del Código General del Proceso, en tanto la decisión se fundó en pruebas nulas de pleno derecho. Sobre el particular refirió que *“las pruebas aportadas por la demandante para demostrar la comunicación pública de obras musicales dentro de los vehículos afiliados a El Rápido Duitama Ltda., fueron seis formatos diligenciados por los señores Rodrigo Meneses y Edison Serrano, presuntamente empleados de Sayco-Acinpro, durante los años 2016 y 2017, inspección realizada por ellos sin la intervención de ninguna*

autoridad judicial, con desconocimiento total del artículo 183 del Código General del Proceso, por tanto obtenida con violación del debido proceso”.

Refirió además que la sentencia contiene errores de hecho manifiestos, *vb gratia*: **i)** la inspección a solo 6 vehículos de la flota de **El Rápido Duitama Ltda.**, no puede deducir que los restantes 34 buses simultáneamente ejecutaban en forma permanente comunicación pública de obras musicales, y **ii)** no existió confesión respecto a lo relativo a la autorización para divulgación de obras musicales *“precisamente porque no consideraba una obligación legal hacerlo, lo cual constituye el eje del proceso, más resulta una exageración interpretativa deducir de esta repuesta la confesión al hecho, lo que generó un error manifiesto y trascendente, porque en ella se soportó en parte la sentencia condenatoria”.*

De manera tal que la sentencia no está fundada en elementos de juicio legalmente recaudados, pues se está trasladando la carga de la prueba de los hechos de la demanda a la parte demandada, *“cuando es obvio que esta carga le corresponde a quien pretende obtener la condena, la demandante, a menos que el Juez la distribuya y asigne al demandado, lo cual no sucedió”.*

II. CONSIDERACIONES

2.1. En los términos del artículo 328 del Código General del Proceso, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2.2. Competencia:

2.2.1. La Constitución Política de Colombia en su artículo 116 estableció que excepcionalmente la ley podría atribuirle funciones jurisdiccionales precisas a determinadas autoridades de orden administrativo; así mismo, la Ley 270 de 1996 en el numeral 2° del artículo 13, otorgó facultades jurisdiccionales a las autoridades administrativas de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 13. DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR OTRAS AUTORIDADES Y POR PARTICULARES. *<Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:*

2. Las autoridades administrativas respecto de conflictos entre particulares, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal (...).”

El Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, otorgó facultades jurisdiccionales a la Dirección Nacional de Derechos de Autor, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 20. COMPETENCIA DE LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO EN PRIMERA INSTANCIA. *Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:*

2. De los relativos a propiedad intelectual que no estén atribuidos a la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales que este código atribuye a las autoridades administrativas.

ARTÍCULO 24. EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. *Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:*

3. Las autoridades nacionales competentes en materia de propiedad intelectual:

b) La Dirección Nacional de Derechos de Autor en los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos”.

Implica lo anterior que, en tratándose de asuntos relacionados con propiedad intelectual, le fue atribuida la competencia a los **jueces civiles del circuito** sin consideración a la cuantía y sin perjuicio de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (propiedad industrial) y la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Conexos (derechos de autor).

Sobre este tópico la doctrina ha señalado que *“el factor [objetivo], atiende, en primer lugar, a la naturaleza del asunto, es decir, al contenido de la pretensión, razón por la cual se le conoce también como la competencia por razón de la materia², pues atendiendo exclusivamente al tipo de controversia que se ventila, se le atribuye la competencia a un determinado juez sin tener en cuenta ningún otro tipo de consideración, citándose como ejemplos más representativos el proceso relativo a derechos de propiedad intelectual (...)”³*

No sobra anotar que el artículo 243 de la Ley 23 de 1982⁴, el cual le otorgaba competencia a los jueces civiles municipales para conocer este tipo de procesos, entró en conflicto con la entrada en

² “El criterio derivado de la naturaleza del litigio, se refiere ordinariamente al contenido especial de la relación sustancial en controversia, conforme a los elementos de la pretensión propuesta por el demandante, en el momento de promover el proceso y atendiendo el estado de cosas en dicho momento”. MORALES MOLINA, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General. Bogotá, Editorial ABC, 1991, página 35. **Cita original del texto.**

³ Factores de Atribución de la Competencia de los Jueces Civiles en el Código General del Proceso. Henry Sanabria Santos.

⁴ **Artículo 243.** No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los jueces civiles municipales, conocerán, en una sola instancia y en juicio verbal las cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honorarios; por representación y ejecución pública de obras y de las obligaciones consagradas en el artículo 163 de esta Ley. Vigente desde: 28/01/1982 y hasta el: 11/07/2018

vigor de la Ley 1564 de 2012, que asignó competencia en razón de la naturaleza del asunto, como ya fue explicado. Sin embargo, esta disyuntiva debía resolverse conforme lo ordena el artículo 2° de la Ley 153 1887, en el entendido que “[e]n caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, **se aplicará la ley posterior**”.

Este último conflicto cesó posteriormente, como quiera que el citado artículo 243 de la ley Sobre Derechos de Autor **fue expresamente derogado**, por el artículo 37⁵ de la Ley 1915 de 2018, “[p]or la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos”, sin que exista actualmente ningún tipo de vacío o conflicto normativo que deba despejarse para atribuir competencia en este tipo de asuntos.

Y es que el Código General del Proceso, además de querer en su contenido implementar medidas que descongestionaran la Rama Judicial, quiso otorgar a las autoridades administrativas y a los jueces de mayor jerarquía el conocimiento especializado de determinados asuntos, como es el caso de propiedad intelectual, competencia desleal y expropiación.

2.2.1. De manera que, al ser el juez civil del circuito desplazado por la autoridad administrativa de primer grado, corresponde a este Tribunal conocer en segunda instancia de

⁵ **Artículo 37.** *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los artículos 58 a 71 y 243 de la Ley 23 de 1982, así como las disposiciones que le sean contrarias.

conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 numeral 2° del Código General del Proceso⁶.

2.3. De la propiedad intelectual y derechos de autor.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política de Colombia “[e]l Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.

Ahora bien, la propiedad intelectual es el ámbito en el que se desarrolla un sistema que tiene como fin promover la creación intelectual y artística otorgando mayor acceso a estas fuentes de información. En esencia, el sistema de derechos de autor provee de derechos exclusivos a los creadores sobre sus obras intelectuales con el fin de fundar un mercado para explotarlas comercialmente. Amén de ello, los derechos se gestionan colectivamente, y son las sociedades de autores las que administran y juegan un papel fundamental en el funcionamiento de todo el sistema.

2.3.1. Puede decirse que los derechos de autor se refieren a la titularidad concedida al creador sobre sus obras intelectuales, de tal manera que éste goce en forma exclusiva de la propiedad de estas por un periodo, lo cual incluye el derecho a recibir una remuneración por el uso de sus obras por terceros.

⁶ **ARTÍCULO 31. COMPETENCIA DE LAS SALAS CIVILES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES.** Los tribunales superiores de distrito judicial conocen, en sala civil: 2. De la segunda instancia de los procesos que conocen en primera instancia las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, cuando el juez desplazado en su competencia sea el juez civil del circuito. En estos casos, conocerá el tribunal superior del distrito judicial de la sede principal de la autoridad administrativa o de la sede regional correspondiente al lugar en donde se adoptó la decisión, según fuere el caso.

2.3.2. Además de los autores, hay otros sujetos que coparticipan activamente en el proceso de difusión de las obras, y debido a la actividad de tan marcada importancia, es que les ha reconocido como un conjunto de derechos propios.

Estos derechos se les conoce como derechos conexos, concepto que reúne los derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y emisiones de radiodifusión, respectivamente⁷.

Los derechos conexos se encuentran internacionalmente reconocidos a través de la Convención Internacional sobre la Protección de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores y Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, más conocida como “Convención de Rama”, a la cual Colombia se adhirió mediante la Ley 48 de 1975; derechos que además se encuentran reconocidos en el tratado de la OMPI, sobre interpretación y ejecución de fonogramas, así como en la Decisión 351 de 1993 y la Ley 23 de 1982.

2.3.3. Según el régimen común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos de la Comunidad Andina de Naciones, (Decisión 351 de 1993), los derechos de autor morales y patrimoniales otorgados en exclusividad a los autores están protegidos por un tiempo no menor a la vida de ellos y hasta 50 años posteriores a sus muerte. Estos derechos *“son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra”* y lo que se protege

⁷ RUBIO TORRES, Felipe *“Conozca y Proteja Sus Derechos De Autor: Aspectos Relativos a la Obra Audiovisual. Bogotá, Colombia, Ministerio de Cultura 2003.*

de manera exclusiva es “*la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras*” y no las ideas mismas⁸. Del mismo modo, los derechos conexos quedan protegidos por la Decisión 351.

Tanto la normatividad internacional como la local, impone la protección de los derechos patrimoniales de los autores y titulares de derechos conexos los cuales pueden autorizar o prohibir el uso y explotación de sus obras.

Otro aspecto relevante, en consideración al caso *sub examine*, es que estos derechos pueden ser ejercidos de manera individual, es decir, cada autor o titular puede directamente hacer valer este derecho ante cada usuario; no obstante, la gestión individual para algunos tipos de explotación no sólo es complicada sino muchas veces imposible⁹, más aún si se toma en cuenta que las potenciales combinaciones contractuales entre todos los titulares de derechos y usuarios de los mismos son innumerables, derivándose en ineficiencias y limitando el ámbito de acción si se considera que la demanda por uso de obras conocidas traspasa las fronteras nacionales.

En este contexto, con el objetivo de simplificar tal sistema y mejorar la gestión de derechos (entre ellos la recaudación de regalías) surge el concepto de gestión colectiva, definido como “*el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio*

⁸ Artículos 6 y 7 de la Decisión 351

⁹ FICSOR, M. (2003). “La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en una triple encrucijada: ¿deberá seguir siendo voluntaria o podría ‘ampliarse’ o establecerse con carácter obligatorio?”.

*de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses*¹⁰.

Las organización o sociedades de gestión colectiva son aquellas entidades privadas encargadas de administrar los derechos de propiedad exclusivos de los autores, de representar los intereses de los afiliados, y recaudar y distribuir ingresos o regalías por el concepto de derechos de autor.

En Colombia, la Organización Sayco Acinpro – OSA, tiene por único objeto recaudar para sus mandantes, las percepciones pecuniarias provenientes de la autorización para la comunicación pública de la música, así como el almacenamiento digital o fijación de las obras correspondiente al repertorio de los autores y compositores afiliados a SAYCO y de la reproducción en la modalidad de almacenamiento digital de los productores fonográficos, del artista, interprete y ejecutante, incluidos en videos, videogramas o videoclip que según la ley corresponde a los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas, afiliados a ACINPRO, y la reproducción en modalidad de almacenamiento digital de las obras musicales de las editoras administradas por ACODEM; nacionales e internacionales, en establecimientos comerciales y transporte público¹¹.

2.4. Materialización de la infracción por parte de El Rápido Tolima Ltda.

¹⁰ ERNÁNDEZ, C. (2005). Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina.

¹¹ Sayco y Acinpro objeto social

El artículo 34 de la Decisión 351, señala que “[l]os artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones. Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada”.

De acuerdo con la Interpretación Prejudicial que se hiciera para este proceso por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el artículo 12 de la Convención de Roma, quien utilice un fonograma publicado con fines comerciales o cuando la reproducción de ese fonograma se utilice directamente por la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación será exigible una remuneración equitativa y única; emolumento que será abonado en favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes o a los productores de fonogramas o atribuírselos a ambos.

Aplicando la interpretación prejudicial que hiciera El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como lo hizo la a quo, y atendiendo los motivos de inconformidad del recurrente corresponde revisar si **i)** la sociedad El Rápido Duitama Ltda., comunicó al público obras musicales y fonogramas, representados por Sayco y Acinpro, en la flota de vehículos de transporte terrestre, y en caso de haberse realizado **ii)** se deberá determinar si contaba con autorización o no de sus titulares o si se hallaba amparado por una limitación o excepción que lo eximiera de la emisión de la respectiva licencia.

2.5. Comunicación pública:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 “[s]e 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”.

2.5.1. Para demostrarlo, la organización Sayco y Acinpro, allegó una serie de “*formatos de inspección de transporte*”, realizados directamente por la demandante a algunos vehículos de transporte público que hacen parte de la flota de **El Rápido Duitama Ltda.**, que correponden a: **i)** vehículo de placas SKV-804, con 17 pasajeros, y en el que se emitió el 26 de enero de 2016 la canción “Amiga mía” de Alejandro Sanz, **b)** vehículo de placas SKV-802, 17 pasajeros, se emitió la canción “*Hace Mucho Tiempo*” de “Arcángel”, el 26 de enero de 2016, **c)** vehículo de placas UYU-005, 17 pasajeros, se emitió la canción “*Quiero Olvidar*” de Pipe Bueno, el 26 de enero de 2016, **d)** vehículo de placas SST-366, 17 pasajeros, se emitió la canción “*El Amor Más Grande del Planeta*”, de Felipe Peláez, a través de la emisora Radio Uno, 6 de abril de 2016, **e)** vehículo de placas SXW-812, con 17 pasajeros, se emitió la canción “*Pretextos*” del cantante “Maluma” el 6 de abril de 2016, y **f)** vehículo de placas SJB-303, se emitió el 15 de junio de 2017, la canción “*Limón y Sal*” de Julieta Venegas.

Pruebas estas que se allegaron en la oportunidad prevista por el legislador, y una vez conocidas por la parte demandada no las cuestionó, los formatos preestablecidos se recaudaron en entornos públicos, es decir, no se afectó la intimidad de ningún individuo, ni

se está usando la información para generar discriminación; tampoco revela, respecto de alguna persona o grupo de personas, *“origen racial o étnico, orientación política, convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y a los datos biométricos”*, pues su tratamiento se encuentra expresamente prohibido por el artículo 6° de la Ley 1581 de 2012, con las excepciones allí previstas¹².

Los documentos no están relacionados con personas, sino con elementos físicos, como la placa del carro, la factura de venta, la identificación externa del vehículo, la emisión de sonidos [fonogramas], la identificación de la empresa a la cual está adscrito, entre otros aspectos conexos, de ninguna manera se buscó captar la apariencia física o la comunicación privada de un sujeto que al que no se le hubiere tomado su consentimiento.

¹² a) El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización; b) El Tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos eventos, los representantes legales deberán otorgar su autorización; c) El Tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad. En estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular; d) El Tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial; e) El Tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares.

2.5.2. De otro lado, se allegaron dos videos; el primero creado el 23 de noviembre de 2018 a la hora de las 7:47 de la mañana, en el interior del vehículo identificado con placas UPN-368, adscrito a El Rápido Duitama Ltda., por un empleado de la Organización demandante, según lo puso de presente en el mismo video con la factura de compraventa del tiquete. En el recorrido se reproduce la canción “*La Sigo Amando*” interpretada por “*Luis Miguel Méndez*”.

El segundo video, realizado el 28 de noviembre de 2018, a las 8:38 am, al mismo vehículo, se reproduce la canción “*El Jornalero*”, del artista “*Octavio Meza y su Conjunto*”. La persona que realiza el video desciende del bus y exhibe la confirmación de la placa pública inscrita en la parte lateral del automotor, además de la precisión del logo de la sociedad demandada.

2.5.3. María Antonia Mejía López, representante legal de la sociedad El Rápido Duitama Ltda., hizo un recuento de sus funciones en la compañía, del objeto social de la misma, de la composición vehicular y de los atributos de estos. Ya en punto al servicio de comunicación de fonogramas, se le preguntó:

“¿en esos modelos que usted me menciona también hay servicios de entretenimiento, y esos de servicios de entretenimiento, si los hay, varían dependiendo del tipo de bus?”

Si, si doctor, hay servicio de entretenimiento, hay algunos vehículos que tienen pantallas individuales, hay otros que tienen televisor y que tienen radio, pero le quiero comentar doctor que nosotros hicimos la consulta al Ministerio de Transporte, con relación a estos procesos que tienen Sayco y Acinpro, y ellos nos manifestaron que como nosotros tenemos es un servicio privado, que se hace a través de un contrato, que esto no se considera que sea una reproducción pública, porque la estamos haciendo únicamente a nuestros usuarios, a las personas que nos contratan, razón por la cual no tenemos la

obligación de hacer estas contribuciones (...) razón por la cual no nunca nos hemos sujetado a este tipo de demandas”.

2.5.4. Se recaudó el testimonio del señor Carlos Santiago Gómez Giraldo, Director de Transporte de la Organización Sayco y Acinpro, manifestó que era el encargado de enviar a las empresas los requerimientos relativos a la legalización de la comunicación de la música a pasajeros, para lo cual se envía toda la información legal *“siempre se busca el acercamiento con el representante legal o gerente (...) explicándoles porqué motivo deben legalizar”.*

Manifestó que en una oportunidad se reunió con el señor Mario Botía, gerente de la compañía transportadora, y otros funcionarios de la misma *“inclusive les presenté una propuesta, ya íbamos a firmar un acuerdo con ellos, pero en la última comunicación con el doctor Mario ellos manifestaron que definitivamente no iban a legalizar”*, agotando todas las posibilidades para conciliar con ellos.

Por otro lado, refirió que *“se verificó que se hacía uso de la comunicación de la música en los vehículos, de las obras musicales que nosotros representamos.... esos son vehículos categoría C”.*

2.5.5. Se aportó imagen de la página web de la sociedad demandada, tomada el 18 de enero del año 2016, en donde se observa que la compañía ofrece el servicio de entretenimiento de *“baño, aire acondicionado, bodega, **radio, DVD, y televisor (mínimo 2 pantallas), GPS, WIFI (opcional)**”¹³.*

2.5.6. En el Manual de Tarifas de Gestión de Transporte de la Organización Sayco y Acinpro se determinan los parámetros para

¹³ Folio 42 cuaderno principal

establecer las tarifas aplicables a las empresas del sector transportes a nivel nacional por el licenciamiento de la ejecución pública de obras sujetas a derechos de autor y conexos.

Para las empresas de servicio público intermunicipal como lo es la demandada dice que “*están conformadas por empresas que tienen rutas diarias, en corredores viales definidos, con una tarifa o pasaje regularizado. **En éstas es donde encontramos que la música trasciende al pasajero**”.*

2.5.7. Del anterior recuento se constata que, en efecto, la sociedad **El Rápido Duitama Ltda.**, difunde la comunicación de obras musicales a través de sus vehículos de transporte terrestre.

Si bien se inspeccionaron únicamente 6 vehículos, entre el año 2016 a 2018, lo cierto es que los demás elementos de juicio permiten evidenciar que toda la flota cuenta con este servicio de entretenimiento; tanto es así, que la misma representante legal aceptó este hecho, y justificó el no pago en que “*no existe ley que les obligue a pagar*” por cuanto se trata de un contrato privado. Igualmente, la publicidad a través de su página web, da cuenta del servicio permanente de música en cada uno de sus vehículos.

Además, la sociedad demandada constató que los fonogramas y repertorios que fueron comunicados a través de radiodifusora en los vehículos se encuentran debidamente acreditados y representados por afiliación directa entre los artistas o productores y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos Acinpro¹⁴.

¹⁴ Folio 50 cuaderno principal

2.6. Autorización para la comunicación pública de los fonogramas.

Los artículos 72, 158 y 159 de la Ley 23 de 1982, preceptúan:

“Artículo 72. *El derecho patrimonial del autor se causa desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica y cualquiera que sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma a modo de expresión*

Artículo 158. *La ejecución pública, por cualquier medio, inclusive radiodifusión, de obra musical con palabras o sin ellas, habrá de ser previa y expresamente autorizada por el titular de derecho o sus representantes.*

Artículo 159. *Para los efectos de la presente ley se considerarán ejecuciones públicas las que se realicen en teatros, cines, salas de concierto o baile, bares, clubes de cualquier naturaleza, estadios, circos, restaurantes, hoteles, establecimientos comerciales, bancarios e industriales y en fin donde quiera que se interpreten o ejecuten obras musicales, o se transmitan por radio y televisión, sea con la participación de artistas, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales”.*

Al tiempo que el artículo 5° de la Ley 1915 de 2018, adicionó al capítulo XII de la Ley 23 de 1982 el artículo 164BIS, el cual estableció:

“Artículo 164 BIS. *Para los efectos de la presente ley se entiende por:*

b) Comunicación al público de una interpretación o ejecución fijada en un fonograma o de un fonograma. *Solamente para los efectos del artículo 173 de la presente ley, es la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. Para los efectos de los derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, la comunicación al público incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público”*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de Roma, *“cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros (...)”*.

De acuerdo con la Decisión andina, la exigibilidad de esa remuneración está condicionada a que **i)** el fonograma haya sido publicado con un fin comercial y **ii)** que la comunicación se efectúe públicamente *“entiéndase como comunicación pública el acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso al fonograma”*¹⁵.

2.6.1. Sobre estos dos aspectos, y sin ahondar en farragosas consideraciones, la sociedad demandada comunicó públicamente fonogramas como parte del catálogo de servicios de entretenimiento, entendiéndose fácilmente que su difusión se dio con fines comerciales, pues se proporcionó en el entorno del objeto social de la compañía, es decir, transporte de pasajeros; comunicación a la cual accedieron las personas durante el trayecto recorrido por los buses de la empresa El Rápido Duitama, la que evidentemente no hace parte de una composición privada del ámbito familiar o doméstico¹⁶.

2.6.2. De modo alguno se justifica la ausencia de autorización para la comunicación pública, por el simple hecho de no

¹⁵ Interpretación Prejudicial número 111-IP-2020

¹⁶ El acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico. Interpretación Prejudicial número 111-IP-2020

considerarlo necesario porque la sociedad “*no era un bar, para estar poniendo música*” afirmación que no merece consideración adicional a lo hasta aquí anotado.

2.7. En lo que se refiere a la cuantificación del daño, este será confirmado íntegramente, toda vez que las pruebas recaudadas daban cuenta de la comunicación pública de fonogramas por el periodo demandado, 2016 a 2018, y respecto de la flota completa de autobuses, circunstancia que no podría afectar la liquidación ya realizada por el *a quo*, pues nada se dijo en los reparos respecto a los valores tomados en consideración para la determinación de la condena, los que no está demás decir se ajustan al manual de tarifas transportes de la Organización Sayco y Acinpro (OSA).

2.7. Sin más consideraciones por innecesarias, se confirmará la sentencia de primer grado, condenándose en costas al apelante de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso.

Por lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021, por la Profesional Especializada 2028 grado 15 de la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al apelante.

TERCERO. En oportunidad devuélvase el expediente al lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA

Magistrado

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Firmado Por:

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 018 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Firma Con Salvamento De Voto

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0df87f684693650c2875fa23e4d0cd4f555c87c2d268cd9329a978f1c6475df4

Documento generado en 21/05/2021 12:18:07 PM