



Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 6 de diciembre de 2022

Rad.: 1-2021-33226
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Organización Sayco Acinpro
Demandado: Transportes Los Muiscas S.A.

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

CONSIDERACIONES

1. Síntesis de la demanda y la contestación

Este litigio se origina a partir de la reclamación que presenta la Organización Sayco Acinpro, en su calidad de mandataria de las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, en donde alega que la sociedad de transporte público terrestre de pasajeros Transportes Los Muiscas S.A., utiliza obras musicales y fonogramas que forman parte del repertorio que representan sus mandantes, sin la correspondiente licencia para ello y sin pagar la correspondiente remuneración.

No obstante, la demandada arguyó en su defensa que no existe legitimación por activa para el cobro en empresas de transporte, así también que de darse dicha actuación la misma no se considera comunicación pública en tanto es para el entretenimiento de los trabajadores y no de los pasajeros pues su objeto social no busca entretener. Alega también la falta de legitimación por pasiva en tanto el parque automotor no es de propiedad de la empresa sino de sus afiliados.

2. De la fijación del litigio

Iniciemos mencionando que durante la etapa oral del presente proceso se fijó el litigio señalando que dentro de los hechos reconocidos como ciertos se encuentran que la Organización Sayco Acinpro, es una Entidad sin ánimo de lucro constituida por las Sociedades de Gestión Colectiva Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO- y la Asociación de Intérpretes y Productores de Fonogramas - ACINPRO, quienes le otorgaron mediante mandato el recaudo del Derecho de Comunicación en establecimientos abiertos al público y transporte público, de la música representada de los titulares afiliados a ellas. También se acepta como cierto que la Sociedad Transportes Los Muiscas S.A. no ha solicitado autorización ni realizado ningún pago por la comunicación pública de obras y fonogramas.

Una vez fijado el litigio y atendiendo a las pruebas aportadas y practicadas, procederá este Despacho a establecer si la sociedad Transporte Los Muiscas S.A., comunicó obras y/o fonogramas en su flota de transporte público terrestre de pasajeros, en tal caso, se determinará si esta estaba obligada a solicitar autorización a la demandante. Así mismo se estudiará si la Organización Sayco Acinpro, en este caso, está legitimada para iniciar acciones como las que nos ocupa. Seguidamente, se analizará si el actuar de la sociedad demandada, en el caso concreto, se enmarca en los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual y si hay lugar al pago del lucro cesante pretendido.

3. Sobre el objeto de protección

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

autor. De acuerdo con el Glosario de la OMPI¹ “obra musical es aquella que comprende: “(...) toda clase de combinaciones de sonidos (composición) con o sin texto (*letra o *libreto), para su ejecución por instrumentos, músicos y/o la voz humana.”. No obstante, dicha ejecución puede ser efímera o duradera. Esta permanencia se logra gracias a la fijación de los sonidos.

Es por esto que, el artículo 3 de la citada Decisión, define el *fonograma* como la fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución de otros sonidos, siendo, pues, el medio a través del cual una obra musical usualmente es fijada. De estos objetos protegidos, la legislación atribuye unos derechos a diferentes titulares. Mientras que del primero se reconocen derechos exclusivos a los autores y/o compositores² o a quienes hayan cedido sus derechos patrimoniales, del segundo, se reconocen derechos conexos³ a los artistas intérpretes o ejecutantes⁴ y al productor fonográfico⁵. Así lo establece la normativa autoral nacional⁶ y andina.⁷

Descendiendo al caso en estudio, la demandante afirmó en el hecho cuarto del escrito petitorio, que la sociedad Transportes Los Muisca S.A., a través de *vehículos afiliados, administrados, vinculados o adscritos ejecutó públicamente 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: “Fuiste tu” interpretada por Ricardo Arjona, “Diez razones para amarte” interpretada por Martín Elías, “Procura” interpretada por Chichi Peralta, “Solo una llamada” interpretada por Daniel Calderón, “Adiós Amor” interpretada por Christian Nodal, “Niña Bonita” interpretada por Binomio de oro, “Mujer marchita” interpretada por Jorge Oñate y “Cállate” interpretada por Fulanito, entre otras.

De lo anterior, se observa en la carpeta denominada “05 Anexo videos”, y a su vez en las carpetas “*videos inspecciones 2018*” y “*videos inspecciones 2019*” del expediente digital, obran los videos denominados “*Placas TAO 436 – 25 de junio de 2018*”, “*Placas WCW 566 - 25 de junio de 2018*”, “*Placas WVV 347- 22 de junio 2018*”, “*Placas SMA 753– 10 de junio 2019*”, “*Placas SNT 194 – 10 de junio 2019*”, “*Placas SXL 568-11 de junio de 2019*”, “*Placas SXL 594 – 6 de junio de 2019*”, “*Placas WCS 254 – 11 de junio de 2019*” y “*Placas WCW 566 – 6 de junio 2019*”.

En los que se pueden escuchar diferentes obras y prestaciones protegidas, dentro de las que se encuentran “Lejos de ti” interpretada por el Binomio de oro de américa, “Los caminos de la vida” interpretada por Los diablitos, “Despacito” interpretada por Luis Fonsi, entre otras.

Así también, consta en la página 191 y 192 del archivo “03 Demanda” del expediente digital, una certificación en la que la Sociedad de Autores y compositores de Colombia – Sayco señala que las obras ejecutadas públicamente por la sociedad Transportes Los Muisca S.A. hacen parte de su repertorio. Así también, en las páginas 193 a 198 del mismo documento, la Asociación Colombiana de Intérpretes y productores – Acinpro, certifica que los fonogramas e interpretaciones que fueron utilizados por la demandada, son representados por esta.

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

4. Sobre la legitimación para actuar de la Organización Sayco Acinpro

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

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

³ “Por otra parte, respecto a los derechos conexos, si bien estos guardan una relación cercana con el derecho de autor, no se les puede considerar como similares entre sí, ya que en las palabras del autor Henri Desbois, quien a su vez es citado por la doctrinante Delia Lipszyc en su obra *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, el objeto de la protección en este caso son actividades que concurren a la difusión, mas no a la creación de obras literarias y artísticas.” Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales - DNDA. Sentencia del 21 de agosto de 2019. Proceso 1-2018-64115

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

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

⁶ Artículos 12, 30, 166 -modificado por el artículo 7 de la Ley 1915 de 2018-, 168 -modificado por el artículo 1 de la Ley 1403 de 2010, 171, 172 -modificado por el artículo 8 de la Ley 1915 de 2018- y 173 -modificado por el artículo 69 de la Ley 44 de 1993- de la Ley 23 de 1982.

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

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

En el presente caso, el demandante orienta sus pretensiones a obtener la protección de los derechos patrimoniales y conexos que detentan sus mandantes, la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO, y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos - ACINPRO; por lo que se 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, consagran que los titulares del derecho de autor y de los derechos conexos pueden gestionar sus derechos de manera individual o de forma conjunta⁸. En este último caso, pueden formar sociedades de gestión colectiva sin ánimo de lucro, con el fin de ejercerlos de manera efectiva.

Establece en particular el artículo 2.6.1.2.9 del Decreto citado, en concordancia con el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993, que las sociedades de gestión colectiva, una vez obtengan la personería jurídica y la autorización de funcionamiento, estarán legitimadas en los términos de sus estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

Dicha legitimación tiene su origen en la naturaleza de la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, la cual es realizada por sociedades sin ánimo de lucro, con personería jurídica y autorización de funcionamiento concedidas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, quienes 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.

Ahora, 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 en las páginas 18 a 26 del archivo denominado "03 Demanda" del expediente digital, 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 en la página 17 del mismo archivo.

Al respecto, en el hecho primero de la demanda, el cual fue objeto de acuerdo probatorio por las partes, se indicó que la Organización Sayco Acinpro es mandataria de la sociedad de Autores y compositores de Colombia – SAYCO y de la Asociación de Intérpretes y Productores de fonogramas – ACINPRO, cuya naturaleza jurídica es de sociedades de gestión colectiva. Por lo que al tenerse como cierto este hecho y no probarse en contrario,

⁸ 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.

se entenderá acreditada la legitimación presunta de las mandantes 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, así como, la existencia del mandato otorgado por estas a la Organización Sayco Acinpro para el recaudo del Derecho de Comunicación en establecimientos abiertos al público y transporte público.

Aunado a esto, observa este Despacho que el contrato de mandato celebrado por la OSA con las sociedades de gestión colectiva SAYCO, y ACINPRO, obrante en las páginas 126 a 131 del archivo denominado “03 Demanda” del expediente digital, en el literal *b)* de la cláusula primera 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.

Ahora, sobre la excepción denominada como *“Falta de legitimación en la causa por activa”* en la que argumenta que el mandato otorgado a la Organización Sayco Acinpro – OSA no incluye el recaudo por la ejecución pública en el transporte público. Sobre este punto, se pone de presente que el numeral 2.2. del artículo 2 de los Estatutos de la Organización Sayco Acinpro, establece como objeto *“ 2.2. La ejecución pública o comunicación al público de obras musicales, fonogramas, videos musicales, obras audiovisuales e interpretaciones artísticas en establecimientos abiertos al público”*. A su vez, la definición de establecimiento de comercio establecida por el artículo 515 del Código de comercio⁹, obedece a la naturaleza de la sociedad Transportes Los Muiscas S.A., en la que, para el cumplimiento de su finalidad, esto es, el transporte público de pasajeros, utiliza buses o vehículos dentro de los cuales puede realizarse la comunicación pública de obras, por lo que, al tratarse de un establecimiento abierto al público, la Organización Sayco Acinpro se encuentra legitimada para su cobro.

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.

5. Sobre la materialización de la infracción

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

⁹ “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.”

Para establecer la existencia o no de la infracción alegada, siguiendo con lo planteado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁰, en la interpretación prejudicial emitida dentro de este proceso, debe establecerse **i)** si la sociedad demandada comunicó al público obras musicales y fonogramas, representados por la demandante, en sus vehículos de transporte terrestre de pasajeros y, en caso de haberse efectuado, **ii)** deberá determinarse si esta contaba con autorización o no de sus titulares o si se encontraba amparado por una limitación y excepción que lo eximiera de la respectiva licencia.

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 patrimoniales¹¹, es posible afirmar que estamos ante una infracción, cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular (originario o derivado), respecto de una obra, sin la correspondiente autorización previa y expresa, o en su defecto, sin estar amparado en alguna de las limitaciones y excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.

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

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

De acuerdo con el artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 “*Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, (...)*”. Es preciso aclarar que la comunicación pública, conforme a esta definición, debe entenderse como un género que admite varias especies o modalidades, como la representación, la ejecución o la difusión por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

En este sentido, la ejecución es una forma de comunicación pública de las obras musicales, con o sin letra, entre otras, se puede dar de manera directa a través de intérpretes o ejecutantes, o bien de manera indirecta, por medio de cualquier dispositivo, a partir de la previa fijación de la obra por cualquier medio o procedimiento.¹²

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

¹⁰ 52 IP 2022 del 18 de mayo de 2022, visible en el archivo denominado “58 Interpretación Prejudicial 1-2022-46331” del expediente digital.

¹¹ 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.*”

¹² Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales. DNDA. Sentencia del 21 de agosto de 2019. Proceso. 1-2018-64115.

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 1) actividad o actuación del sujeto infractor, 2) por medio de la cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a las obras, 3) sin que concurra el requisito negativo “*sin la previa distribución de ejemplares*”.

En caso bajo análisis, se encuentra en la carpeta denominada “05 Anexo videos” del expediente digital, nueve videos en los que se observan los vehículos de placas TAO436, XVV347, SMA753, SNT194, SXL568, SXL594, WCS254 y WCW566, en estos se observa como características comunes, una filmación realizada por una persona que se identifica como funcionario de la Organización Sayco Acinpro – OSA e indica su nombre y la fecha en la que realiza la grabación, seguidamente narra los fonogramas que escucha mientras presenta el interior del vehículo, también, muestra la parte externa de los vehículos en donde se distingue la placa, el número interno con el que se identifica el vehículo en la empresa, letras rojas con blanco en las que se lee “Los Muiscas S.A.” y escudos color negro. Entre los fonogramas escuchados se encuentran: “*Un extraño en mi bañera*” interpretado por Franco de Vita, “*Aquí estás otra vez*” interpretado por Franco de Vita, “*Corazón vacío*” interpretado por Los Yonic’s, “*El rey pobre*” interpretado por Jorge Velosa, “*No te contaron mal*” interpretado por Christian Nodal, entre otras.

En este punto, sobre las alegaciones de la demandada respecto de la legalidad de las pruebas documentales videográficas antes referidas, obtenidas por la demandante. Es preciso mencionar que esto fue propuesto como oposición a las pruebas numeradas como 18 y 19, por lo que de conformidad con lo señalado en el artículo 173 del CGP¹³, durante la Audiencia Inicial celebrada el 13 de septiembre de 2022 este juzgador resolvió admitir dichas pruebas por gozar de plena legalidad y dicha decisión quedó en firme.

Así también, en las páginas 158 a 164 del archivo denominado “03 Demanda” del expediente digital, observa este Despacho un documento suscrito por el señor Diego Fernando Porras e identificado con el membrete de Transportes Los Muiscas, en el que adjunta el listado de vehículos vinculados a la sociedad demandada, su capacidad y si los mismos tienen radio y televisión. Del mismo se concluye que de los 32 vehículos enumerados todos cuentan con radio por medio del cual es posible acceder a obras musicales.

De otro lado, sobre la excepción denominada por la accionada como “*cobro de lo no debido*” en la que plantea que en virtud del parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 1403 de 2010, “*el derecho de remuneración no será aplicable a establecimientos abiertos al público que utilicen la obra audiovisual para el entretenimiento de sus trabajadores*”.

Al respecto, como bien lo indica la demandada, dicha excepción es aplicable en el marco del derecho de remuneración de los artistas que han autorizado la fijación de sus interpretaciones en una obra audiovisual, en el entendido de que se trata de una norma “*Por la cual se adiciona la Ley 23 de 1982, sobre Derechos de Autor, se establece una remuneración por comunicación pública a los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales*”. En tal sentido, en tanto el presente proceso versa sobre obras musicales y no audiovisuales, es diáfano que no es aplicable dicha excepción, motivo por el cual, está llamada a fracasar.

¹³ **Artículo 173 del Código General del Proceso:** “(...) En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. (...)”

En síntesis, luego del análisis jurídico y probatorio realizado en el presente proceso, se puede establecer con un grado de certeza suficiente, que los buses a través de los cuales presta el servicio de transporte la sociedad Transportes Los Muiscas S.A., tienen dispositivos como radios y parlantes, que sirven como medios de entretenimiento a través de la utilización o comunicación generalmente de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos¹⁴.

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

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

Al respecto, encuentra este juzgador que no obra en el expediente prueba de que la sociedad Transportes Los Muiscas S.A. hubiere pagado una remuneración equitativa a los productores de fonogramas y ni a los artistas intérpretes o ejecutantes por el uso de sus prestaciones protegidas.

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

Recordemos 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 en el hecho séptimo de la demanda, la accionante asevera que envió ofertas, liquidaciones y realizó visitas al extremo pasivo de la litis, sin que se haya solicitado por la sociedad Transportes Los Muiscas S.A. autorización para la ejecución pública; dicho hecho fue contestado como cierto por la contraparte y posteriormente adicionado como parte del acuerdo probatorio realizado por las partes en la fijación del litigio, motivo por el cual no es necesario su estudio.

Así, en tanto no fue solicitada por la demandada autorización para la comunicación pública de obras representadas por la Organización Sayco Acinpro, se cumplen los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia Andino, para establecer la materialización de la infracción a los derechos representados por la demandante, por parte de la sociedad Transportes Los Muiscas S.A.

- ***De las excepciones denominadas “Inexistencia del contrato que autoriza el cobro” e “Inexistencia de criterios para fijar tarifas por concepto de derechos de autor a las empresas de transporte público”***

Sobre la obligación de pagar a la demandante y/o solicitar autorización a esta, la sociedad demandada alegó que, al no existir una relación contractual con la demandante, no puede ejercer el cobro. También, indica que ninguna asociación de autores está facultada para fijar precios o plazos de pago, por lo que las tarifas deben ser concertadas y no impuestas de forma unilateral.

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

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

¹⁴ Por ejemplo, a través de la radio se pueden escuchar interpretaciones y ejecuciones fonograbadas o no, programas radiales, la declamación de una obra escrita.

puntualmente a través de su mandatario, que en este caso es la entidad que actúa como demandante.

Siendo clara la ausencia de autorización, y teniendo en cuenta que la demandada alegó que la Organización Sayco Acinpro - OSA no podría imponer de forma unilateral la tarifa, sino que la misma debía ser concertada, es necesario determinar si se incumplió dicho deber de concertación.

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.

Descendiendo sobre el plenario, se observa en las páginas 165 a 178 del documento denominado "03 Demanda" del expediente digital, comunicaciones de fechas 3 de junio de 2016, 6 de julio de 2016, 20 de abril de 2018, 20 de junio de 2018, 9 de mayo de 2019 y 20 de noviembre de 2020, en las que la demandada manifiesta los argumentos por los que no va a realizar el pago ni a concertarlo, razón por la cual, ante tal renuencia no era posible siquiera la concertación y menos, la suscripción del contrato que sugiere la accionada.

Ahora bien, 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 titulares de derechos, ni de privar a los titulares de derechos conexos de obtener la debida remuneración por el uso de sus fonogramas, máxime cuando dicho acuerdo no es posible debido a la renuencia de la contraparte.

Así las cosas, de analizar el conjunto de pruebas y de conformidad con el artículo 73 de la Ley 23 de 1982¹⁵, citado como parte del argumento de la excepción en estudio, se establece que cuando exista un contrato entre una sociedad de gestión colectiva y un usuario de las obras que representa, deberán aplicarse las tarifas concertadas en el marco de dicho contrato, distinto sucede cuando no exista contrato o haya dejado de tener vigencia, caso en el cual las tarifas serán fijadas teniendo en cuenta los factores del usuario y la utilización que se pretenda.

Con lo anterior, en el proceso de concertación son evaluadas las circunstancias particulares que permiten concretar el valor de la licencia que se pretende, por lo que, de no realizarse el proceso de concertación, será aplicable el monto establecido en la categoría correspondiente del manual tarifario, esto es, la de transporte público de pasajeros¹⁶. Con lo anterior, las excepciones planteadas no están llamadas a prosperar.

- De la excepción de prescripción

Alega la accionada en la contestación de la demanda, la excepción que denominó "Prescripción" argumentando lo establecido por el artículo 22 de la Ley 44 de 1993¹⁷, dicha norma regula la labor de reparto o distribución que deben realizar las sociedades de gestión colectiva a sus socios o los titulares de las obras o prestaciones no identificadas, en ese sentido, los socios podrán cobrar lo recaudado en el término de 10 años so pena de prescripción a favor de la sociedad de gestión colectiva; en el caso de las obras o

¹⁵ ARTÍCULO 73.- En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente Ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.

PARÁGRAFO. - En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán, las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares.

¹⁶ Manual Tarifario, se observa en las páginas 147 a 157 del archivo denominado "03 Demanda" del expediente digital.

¹⁷ ARTÍCULO 22. El nuevo texto es el siguiente:> Prescriben a los 10 años, a partir de la notificación al interesado del proyecto de repartición o distribución, en favor de las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o derechos conexos, y en contra de los socios, las remuneraciones no cobradas por ellos.

La prescripción de obras o prestaciones no identificadas será de 3 años, contados a partir de la publicación del listado de obras o prestaciones no identificadas en la página web de la sociedad de gestión colectiva. En caso de litigio corresponderá a la sociedad de gestión colectiva demostrar que hizo todo lo razonable para identificar el autor o titular de la obra o prestación.

prestaciones no identificadas, la prescripción será de 3 años a partir de la publicación de su listado en la página web.

Con lo anterior, es diáfano que la prescripción alegada en nada involucra a un tercero que utilice obras sin autorización de la sociedad de gestión colectiva que corresponda, ni tampoco opera respecto de la posibilidad de reclamar la remuneración por la comunicación pública de fonogramas, razón por la cual, la prescripción alegada no es aplicable al caso concreto y está llamada a fracasar.

Ahora bien, en gracia de discusión, cabe recordar que la prescripción extintiva se justifica en la transitoriedad de las relaciones obligatorias y de las pretensiones¹⁸ y esta tiene como efecto liberar al deudor al extinguirse la acción y por ende la pretensión, afectando el derecho mismo¹⁹. Según el artículo 2512 del Código Civil, es un modo de extinguir las acciones o derechos por no haberlos ejercido durante cierto periodo; aquí supone la inercia o inactividad del acreedor.

El artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2022, ordena que *“La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). (...) Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.”* Es decir, que las obligaciones que pueden reclamarse a través de la acción ordinaria prescriben a los diez años.

En el caso concreto, la demandante reclama el pago del lucro cesante derivado del ejercicio de un derecho reconocido por la ley. No se está reclamando el pago de una obligación contenida en un título ejecutivo, ni en un título valor y mucho menos el incumplimiento de un contrato que debiera reclamarse por la vía ejecutiva. En esta causa, la demandante tuvo la carga de demostrar la existencia del derecho reclamado, por lo que la acción es la ordinaria, teniendo un plazo de diez (10) años para reclamar judicialmente su derecho.

Recordemos que la presente demanda fue radicada el 6 de abril de 2021 y el periodo reclamado comprende desde el 1 enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019. Así que, de acuerdo con la norma de nuestro Código Civil, los periodos reclamados reunidos en la cifra jurada previamente mencionada, no se ven afectados por este fenómeno, luego la excepción alegada no se configura en el caso en juicio.

6. Sobre la responsabilidad derivada de la infracción

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas o entes morales de derecho privado, es pertinente recordar el recorrido jurisprudencial que se ha tenido frente a la reparación del daño; en un primer momento, se concibió como una responsabilidad indirecta, *“con apoyo en los conceptos de culpa ‘in eligendo’ e ‘in vigilando’ pues se estimaba que era la mala elección o la falta de vigilancia lo que permitía proyectar sobre la persona moral el daño que, por negligencia u otro factor de culpabilidad, causarían sus dependientes o aquellos que le estuvieran subordinados.”* Así, la presunción de culpa podía desvirtuarse si se demostraba que el agente causante no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y cuidado, no se había podido impedir el hecho dañoso.²⁰

Posteriormente, se habló de la responsabilidad directa *“organicista”*, que tenía lugar cuando *“los actos culposos se debían a sus órganos directivos -directores o ejecutores de su voluntad-”*. Finalmente, en sentencia de 30 de junio de 1962 y hasta este tiempo, la Corte Suprema de Justicia sentó la posición en cuanto a que las personas jurídicas *“(…) responden siempre de forma directa, pues los actos de sus agentes son sus propios actos, con base en el artículo 2341 (...) del Código Civil.”*²¹ De acuerdo con la doctrina²² todo daño debe producir un menoscabo en un derecho subjetivo.

¹⁸ HINESTROSA, Fernando. Tratado de Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. Pág. 835

¹⁹ Ibidem. Pág. 838

²⁰ Sala de Casación Civil, Tribunal Superior Sala Civil – Familia de Ibagué, magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez, 7 de octubre de 2015. (Exp. 73411-31-03-001-2009-00042-01)

²¹ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil, Tomo III-De las obligaciones. Décima edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. Pág. 188.

²² Op.Cit. Pág. 231.

En tal sentido, en Sentencia de Casación de 28 de octubre de 1975, se explica “(...) el demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad les confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que en esta última «la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima». (Sentencia de casación de 28 de octubre de 1975).” (Subrayado fuera del texto)

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

Sobre el particular, se propone la excepción denominada “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” en la que se argumenta que los vehículos son afiliados por particulares que ostentan su dominio y propiedad. Sin embargo, es pertinente señalar que precisamente, por la existencia de dicho contrato de afiliación, la sociedad Transportes Los Muiscas S.A. no puede escindir el beneficio que le representa la actividad de sus afiliados de los daños que eventualmente puedan causar, de esta manera, es la sociedad la llamada a responder de forma directa por los actos de sus administrados.

Es así como, los documentos obrantes en el proceso están dirigidos a probar la infracción de la sociedad demandada por la utilización de obras musicales sin la autorización requerida, y en consecuencia, su responsabilidad; por lo que no resulta necesario individualizar dicha utilización por parte del propietario de cada uno de los vehículos, pues basta con probar que la demandada cometió la infracción que se alega y por demás, no se observa en el expediente prueba de ningún eximente de responsabilidad.

De manera que, la accionante demostró que sus mandantes, Sayco, como administradora de los derechos patrimoniales de comunicación pública, recauda y entrega a sus socios y demás miembros “*las percepciones pecuniarias provenientes de los derechos de autor de las obras.*”²³ Y con base en el recaudo obtenido por cada afiliado, se le reconoce unos derechos y obligaciones. Así también, dentro de sus atribuciones está la de conceder o negar autorización a los usuarios para utilizar las obras de sus socios, miembros y las que por delegación se le encomienden por entidades similares extranjeras.²⁴

Respecto de Acinpro, en sus Estatutos se contempla como objeto principal de la sociedad, en su artículo 3: “*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 sus licenciarios (...)*”²⁵. Dentro de sus facultades está el de autorizar o prohibir conforme a la ley la comunicación al público de los derechos de sus socios, y los que por delegación o representación se le encomiendan mediante contratos o autorizaciones especiales, tanto en Colombia como en el exterior.²⁶

De acuerdo con lo anterior, en el caso concreto, la consecuencia del daño se materializa en el lucro cesante dejado de recibir alegado por la demandante; ya que demostró que para el uso de las obras y los fonogramas otorga licencias a los usuarios a cambio de un pago, cuyo valor está establecido en el manual de tarifas de transporte público de pasajeros²⁷. Pago que, como se constata de los estatutos de sus mandatarias, posteriormente es distribuido a sus afiliados y corresponde al dinero que dejó de percibir la demandante por el no pago del valor que usualmente recibe por concepto de la gestión de los derechos de remuneración y que cobra por otorgar la respectiva autorización de uso.

²³ Estatutos de Sayco. Artículo 7 literal d. Página 30 del archivo denominado “”, archivo denominado “03 DEMANDA” del expediente digital.

²⁴ Estatutos de Sayco. Artículo 7 literal h. Página 30 del archivo denominado “”, archivo denominado “03 DEMANDA” del expediente digital.

²⁵ Reforma de Estatutos, Acinpro, Artículo 3, página 76 del archivo denominado “03 Demanda” del expediente digital.

²⁶ Reforma de Estatutos, Acinpro, Artículo 4 literal d, página 78 del archivo denominado “03 Demanda” del expediente digital.

²⁷ Manual Tarifario, se observa en las páginas 147 a 157 del archivo denominado “03 Demanda” del expediente digital.

Respecto de la cuantificación del daño, en firme el juramento estimatorio, se tiene como efecto que el monto jurado por DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$217.440.000) sea prueba de la cuantificación del daño.

En relación con el elemento de la culpa, se ha reiterado que el juicio de reproche surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización (como capacidad, potencia o previsibilidad). Esta no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible.

En el caso concreto, la ley es el estándar de comportamiento al atribuir a los titulares unas prerrogativas para el uso de sus obras, interpretaciones y fonogramas y al constituir para quienes usan estas prestaciones la obligación de solicitar la autorización y en el caso de los derechos conexos enunciados pagar la remuneración correspondiente.

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

Finalmente, teniendo presente que este proceso declarativo terminó con una sentencia favorable al demandante y que persisten las situaciones de hecho que dieron lugar a su decreto, procederá este despacho a mantener la medida cautelar decretada, toda vez que la misma garantiza el derecho que tiene SAYCO, de suspender la ejecución pública de las obras musicales de sus administrados, hasta tanto se obtenga la autorización previa y expresa para tal utilización.

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 sociedad Transportes Los Muisca S.A., identificada con NIT 891.801.450-1, 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 UN MILLON OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE (\$1.087.200 m/cte.).

En mérito de lo expuesto, Lina María Alejandra Mejía Manosalva, Profesional Universitario 2044 grado 05, de la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la sociedad Transportes Los Muisca S.A., identificada con NIT 891.801.450-1, ejecutó públicamente obras musicales y/o fonogramas cuyos titulares son representados por la Organización Sayco Acinpro – OSA, mandataria de la Sociedad de

Autores y Compositores de Colombia – SAYCO y de la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO, desde el 1 de enero de 2016 y hasta el 31 de octubre de 2019, sin haber obtenido la autorización previa y expresa ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente.

SEGUNDO: Condenar a la sociedad Transportes Los Muiscas S.A., identificada con NIT 891.801.450-1, a pagarle a la Organización Sayco Acinpro – OSA, dentro de los noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/CTE (\$217.440.000 m/cte.), por concepto de la comunicación pública de obras musicales y de fonogramas, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: Negar las excepciones propuestas por el demandado.

CUARTO: Ordenar a la sociedad Transportes Los Muiscas S.A. que se abstenga de ejecutar públicamente las obras musicales, lo cual implica mantener en el tiempo la medida cautelar decretada en el presente proceso, hasta tanto se obtenga la autorización previa y expresa para tal utilización.

QUINTO: Condenar en costas a la sociedad Transportes Los Muiscas S.A., identificada con NIT 891.801.450-1.

SEXTO: Fijar agencias en derecho por el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, UN MILLON OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE (\$1.087.200 m/cte.)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LINA MARÍA ALEJANDRA MEJÍA MANOSALVA
Profesional Universitario 2044 grado 05