



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 11 de diciembre de 2020

Proceso: 163-IP-2020

Asunto: Interpretación prejudicial

Consultante: Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá transformado en el Juzgado Cincuenta y Tres de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá de la República de Colombia

Expediente interno del Consultante: 11001400307120170057200

Referencia: La comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje

Normas a ser interpretadas: Artículos 13 (Literal b), 15 (Literal f) y 57 (Literal a) de la Decisión 351

Temas objeto de interpretación:

1. El derecho del autor de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de su obra
2. La comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje
3. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor

Magistrado Ponente: Hugo R. Gómez Apac

VISTO

El Oficio N° 3436 del 19 de diciembre de 2019, recibido vía Courier el 23 de setiembre de 2020, mediante el cual el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá transformado en el Juzgado Cincuenta y Tres de Pequeñas Causas



y Competencia Múltiple de Bogotá de la República de Colombia solicitó interpretación prejudicial de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el proceso interno N° 11001400307120170057200; y, el Auto del 21 de octubre de 2020, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia – EGEDA Colombia

Demandada: Suite Lugano Imperial S.A.S. (propietaria del establecimiento “Hotel Lugano Suites”)

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

De la revisión de los documentos remitidos por el Juzgado consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que los temas controvertidos son:

1. Si la demandada cuenta o no con una autorización previa y expresa por parte de EGEDA Colombia para la comunicación pública de las obras comprendidas en su repertorio; o, en su defecto, con la de los autores titulares de dichas obras.
2. Si la demandada, a través de los televisores ubicados en las habitaciones y las áreas comunales de su establecimiento “Hotel Lugano Suites” (con señal de UNE EPM Telecomunicaciones S.A., Claro y DIRECTV), comunicó o no públicamente obras audiovisuales de productores (titulares de derechos de autor) representados por EGEDA Colombia.
3. Si corresponde o no que la demandada pague a EGEDA Colombia indemnización por daños y perjuicios.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. El Juzgado consultante solicitó la interpretación prejudicial de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de la cual procede



únicamente la interpretación de los Artículos 13 (Literal b), 15 (Literal f) y 57 (Literal a) de la Decisión anteriormente citada¹ por ser pertinentes.

2. No procede la interpretación prejudicial de los demás Artículos de la Decisión 351 debido que la controversia radica en la presunta infracción del derecho patrimonial de comunicación pública de los productores (titulares de derechos de autor) representados por EGEDA Colombia y si procede su indemnización por daños y perjuicios.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. El derecho del autor de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de su obra.
2. La comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje.
3. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. El derecho del autor de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de su obra

1.1. En el presente caso la demandante sustenta que demandada no cuenta con una autorización previa y expresa por parte de EGEDA Colombia para la comunicación pública de las obras comprendidas bajo su administración. Por lo antes expuesto, resulta necesario hacer referencia a la comunicación pública de las obras audiovisuales.

1.2. El Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351 reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o

¹ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

«Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...))»

«Artículo 15.- 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, y en especial las siguientes:

(...)

f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;

(...))»

«Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

(...))»



prohibir, entre otros, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos y las imágenes, tal como se puede apreciar a continuación:

«**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...))»

1.3. 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, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Decisión 351.

1.4. Sobre la noción de comunicación pública, Delia Lipszyc sostiene lo siguiente:

«Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.»

La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo...»²

(Subrayado agregado)

1.5. Existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública de una obra protegida por el derecho de autor de manera indebida: (i) el primero, el que un tercero, que no cuenta con la autorización del autor o titular de una obra, la ponga a disposición de una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar o permita que estas tengan acceso a ella; y, (ii) el segundo, que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas³. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.⁴

² Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 183.

³ Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Organizado por la OMPI conjuntamente con la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Documento preparado por Emilia Aragón. *Contenido del Derecho Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones*, p. 13.

Disponible en:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_23.pdf

(Consulta: 22 de octubre de 2020)

⁴ Ver Interpretación Prejudicial N° 33-IP-1999 de fecha 22 de marzo de 2000, publicada en la Gaceta



- 1.6. El Artículo 15 de la Decisión 351 contempla un listado enunciativo de las formas de comunicación pública de una obra.⁵
- 1.7. La participación de los autores en los beneficios económicos de la radiodifusión se justifica en el principio de equidad. Ellos tienen derecho a una justa retribución por la difusión de su obra. La remuneración que debe percibir el autor debe ser proporcional a los ingresos que se obtengan por la explotación de la obra.⁶
- 1.8. En el supuesto de que una persona natural o jurídica haga uso de señales de televisión para comunicar públicamente el contenido de obras audiovisuales, se evidencia un uso de los derechos que se ha reconocido a los distintos titulares y, a su vez, si el titular de esas obras protegidas ha inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para su protección y tutela, quien use o reproduzca la obra deberá necesariamente acudir a la entidad que custodia los derechos para solicitar la autorización para usar los derechos que ellas gestionan y pagar el precio que ellas fijen mediante las tarifas correspondientes.
- 1.9. Para que opere la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva deben darse las siguientes condiciones:
 - a) Se debe considerar la existencia de derecho de autor, en concreto de obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares.
 - b) Que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos.
 - c) Que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa.
- 1.10. Por otro lado, entre las diversas formas de comunicación pública, el Literal f) del Artículo 15 de la Decisión 351 destaca que se entiende por comunicación pública la emisión o transmisión de obras radiodifundidas, protegidas por el derecho de autor, en lugares accesibles al público y a través de cualquier dispositivo:

«Artículo 15.- 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, y en especial las siguientes:

(...)

f) la emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;

(...))»

Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 565 del 12 de mayo de 2000.

Dichas modalidades han sido desarrolladas por este Tribunal mediante Interpretación Prejudicial 398-IP-2016 del 5 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3023 del 22 de mayo de 2017.

Ibidem.



- 1.11. Del mismo modo, el Artículo 11 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en adelante, **Convenio de Berna**), constituyen la base del reconocimiento del derecho exclusivo que tienen los autores para autorizar la comunicación pública de sus obras en lugares accesibles al público, tal como se aprecia a continuación:

«Artículo 11 bis

[Derechos de radiodifusión y derechos conexos: 1. Radiodifusión y otras comunicaciones sin hilo, comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida; 2. Licencias obligatorias; 3. Grabación; grabaciones efímeras]

1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

- 1° la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;
 - 2° toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;
 - 3° la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida;
- (...)»

- 1.12. A su vez, la Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, al explicar el supuesto del numeral 3° del párrafo 1 del citado Artículo 11 Bis del referido Convenio, señala que:

«Por último, la tercera situación que se prevé en el párrafo 1) del Artículo 1^{bis} es aquella en la que, una vez radiodifundida, la obra es objeto de comunicación pública mediante altavoz o instrumento análogo. En la vida moderna, este caso se da cada vez con más frecuencia: allí donde se reúne gente hay una tendencia creciente a amenizar el ambiente con música (cafés, restaurantes, salones de té, hoteles, grandes almacenes, vagones de ferrocarril, aviones, etc.), sin tener en cuenta el espacio cada vez mayor que ocupa la publicidad en los lugares públicos. Con ello se plantea la cuestión de si la autorización de radiodifundir una obra que se concede a la emisora comprende además cualquier utilización de la emisión, incluso su comunicación pública mediante altavoz, sobre todo si se persiguen fines de lucro.»⁷

⁷ Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), p. 81.

Disponible en:
https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf (Consulta: 22 de octubre de 2020)



(Subrayado agregado)

2. La comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje

- 2.1. Dado que en el proceso interno EGEDA Colombia alegó que en los televisores ubicados en las habitaciones y las áreas comunales del establecimiento hotelero de propiedad de la demanda se habría comunicado al público, y sin su autorización, las obras audiovisuales o cinematográficas que están bajo su administración, corresponde analizar el tema propuesto.
- 2.2. Como se ha señalado previamente, el Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351 establece que el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho de realizar, 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.
- 2.3. Cuando un hotel u otro establecimiento de hospedaje coloca televisores en las habitaciones de los huéspedes, así como en ambientes como el lobby, el bar, el restaurante, el gimnasio u otros espacios de uso común, y a través de dichos televisores se difunde la señal o emisión de una o más empresas de radiodifusión (de señal abierta y/o de señal cerrada), y dicha señal o emisión contiene obras audiovisuales (películas, telenovelas, series, etc.), ello califica como un acto de comunicación pública de dichas obras audiovisuales, en los términos previstos en el Literal f) del Artículo 15 de la Decisión 351.⁸
- 2.4. A través de la instalación de televisores por medio de los cuales los huéspedes tienen la capacidad (potencial) de poder ver obras audiovisuales, los hoteles, como intermediarios, realizan un acto de comunicación pública de dichas obras para con sus huéspedes. En consecuencia, los hoteles deben obtener la correspondiente autorización de los titulares de las obras audiovisuales (v.g., los productores de películas, telenovelas, series, dibujos animados, etc.), posiblemente representados por una sociedad de gestión colectiva, lo que significa que esta puede exigir el pago de las remuneraciones correspondientes.
- 2.5. Si bien la habitación de un hotel no es un «lugar público», es un lugar «para el público» en el sentido de que los huéspedes, como público, en cualquier momento podrían encender (o simplemente ver) el aparato de televisión y disfrutar las obras audiovisuales transmitidas por medio de la señal (o emisión) del organismo de radiodifusión de que se trate, que

⁸ El razonamiento referido a los aparatos de televisión es aplicable a los de radio.



puede ser tanto de señal abierta como de señal cerrada (televisión paga o por suscripción).

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

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

De esta forma, un hotel viola el derecho de autor de comunicación pública, por la mera puesta a disposición o al alcance general de las obras a favor de sus huéspedes, sin requerirse que estos se encuentren congregados en la misma parte del hotel, y siendo irrelevante si tales clientes del establecimiento acceden efectivamente o no a las obras.»⁹

- 2.7. Por tanto, para que la sociedad de gestión colectiva sea acreedora del pago de las remuneraciones por las obras audiovisuales comunicadas públicamente por el hotel, no es necesario que los huéspedes accedan de manera efectiva a dichas obras (es decir, encender el televisor y apreciar las obras contenidas, por ejemplo, en la parrilla de canales de una empresa de radiodifusión de señal cerrada), sino que basta que exista la posibilidad de que los huéspedes puedan hacerlo en cualquier momento, ya sea desde las habitaciones, o desde otros ambientes como el lobby, el restaurante, el bar, el gimnasio u otros espacios de uso común.
- 2.8. El acto de comunicación pública de una obra audiovisual, incluyendo aquella situación en la que no haya propósito lucrativo del sujeto que realiza la comunicación pública, así como aquella otra en la que no existe un ánimo de entretenimiento o distracción de los clientes del establecimiento de que se trate, requiere necesariamente de la autorización del titular de la referida obra o de la sociedad de gestión colectiva que lo representa. El hecho de que el hotel o establecimiento de hospedaje pague un monto determinado por el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) no lo exonera de pagar la remuneración correspondiente al titular de la obra audiovisual comunicada públicamente o a la sociedad de gestión colectiva que representa a dicho titular.
- 2.9. El derecho relativo a la comunicación pública de una obra audiovisual comprende, pues, la mera «puesta a disposición del público» de la referida obra, y esta puesta a disposición resulta suficiente para el cobro de una remuneración a favor del titular del derecho de autor por la explotación de la mencionada obra, cobro que puede ser exigido por la sociedad de gestión colectiva que representa al mencionado titular.

⁹ Eduardo de la Parra Trujillo, *Derechos de Autor y Habitaciones de Hoteles: un estudio desde el Derecho Internacional y la comparación jurídica* (Prólogo de Fernando Zapata López), primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2019, p. 155.



3. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor

3.1. Dado que en el proceso interno EGEDA Colombia solicitó en su demanda el pago de una indemnización por perjuicios por el valor que hubiera tenido que pagar de haber solicitado y obtenido la autorización de acuerdo con las tarifas publicadas y registradas en la Dirección Nacional de Derechos de Autor, corresponde analizar el presente tema.

3.2. El Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

«**Artículo 57.-** La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

(...)

3.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.¹⁰

3.4. La doctrina sostiene que el daño emergente es la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por la víctima. En tal sentido, se habla de daño emergente cuando un bien económico sale efectivamente de la esfera patrimonial de la víctima.

3.5. El lucro cesante es el conjunto de ganancias que la víctima habría obtenido en caso de no haberse realizado la afectación, lo que equivale a decir que es aquella parte del patrimonio que la víctima dejó de percibir como consecuencia de la afectación.

3.6. Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial es la afectación a aquellos bienes que son difíciles de valorar en dinero y que están relacionados directamente con la vida personal y afectiva de cada persona, tales bienes pueden ser la libertad, la intimidad, la tranquilidad, entre otros.

3.7. El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).

¹⁰ Ver Interpretaciones Prejudiciales números 07-IP-2014 de fecha 3 de julio de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2380 del 22 de agosto de 2014 y 124-IP-2014 de fecha 10 de abril de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2511 del 5 de junio de 2015.



- 3.8. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que «...la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño».¹¹
- 3.9. Corresponde a los países miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por el Juzgado consultante al resolver el proceso interno N° 11001400307120170057200, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal f) del Artículo Primero de la Resolución 05/2020 de 10 de abril de 2020, certifica que la presente interpretación prejudicial ha sido aprobada por el Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Magistrado Hernán Rodrigo Romero Zambrano, así como por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha 11 de diciembre de 2020, conforme consta en el Acta 21-J-TJCA-2020.

Luis Felipe Aguilar Feijóo
SECRETARIO

Notifíquese al Juzgado consultante y remítase copia de la presente interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.



¹¹ Gisela María Pérez Fuentes, *El Daño Moral en Iberoamérica*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. México. 2006. p 205.