



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 7 de octubre de 2020

Proceso: 44-IP-2020

Asunto: Interpretación prejudicial

Consultante: Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia

Expediente interno del Consultante: 11001010300520160043402

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), 48, 49 y 57 (Literal a) de la Decisión 351

Temas objeto de interpretación:

1. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva
2. El derecho del autor de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de su obra
3. La comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje
4. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva
5. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor

Magistrado Ponente: Hugo R. Gómez Apac

VISTO

El Oficio N° C-0278 del 5 de febrero de 2020, recibido vía correo electrónico el 18 del mismo mes y año, mediante el cual la Sala Civil del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia solicitó interpretación prejudicial de los Artículos 13 (Literal b), 15 (Literal f), 48, 49 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el proceso interno N° 11001010300520160043402; y,

El Auto del 27 de abril 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: Alianza Fiduciaria S.A. (propietaria del establecimiento “Complejo Hotelero Metro 127”)

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

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

1. Si EGEDA Colombia se encuentra legitimada para reclamar por los derechos patrimoniales de autor de sus afiliados: productores de obras audiovisuales.
2. Si la demandada, a través de los televisores ubicados en las habitaciones, restaurante y lobby de su establecimiento “Complejo Hotelero Metro 127” (con señal de UNE EPM Telecomunicaciones S.A.), comunicó o no públicamente obras audiovisuales de productores (titulares de derechos de autor) representados por EGEDA Colombia.
3. 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 de las obras antes referidas.
4. Si el monto de las tarifas que exige EGEDA Colombia es o no desproporcionada.
5. Si corresponde o no que la demandada pague a EGEDA Colombia indemnización por daños y perjuicios.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La Sala consultante solicitó la interpretación prejudicial de los Artículos 13 (Literal b), 15 (Literal f), 48, 49 y 57 (Literal a) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena¹, la referida solicitud procede por ser pertinente.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva.
2. El derecho del autor de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de su obra.
3. La comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles y otros establecimientos de hospedaje.
4. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva.
5. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor.
6. Respuestas a las preguntas formuladas por la Sala consultante.

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 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.”

“Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.”

“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;

(...)”

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

1.1. En el presente caso, la demandada cuestionó si EGEDA Colombia se encuentra legitimada para demandarla por presunta infracción de derechos de autor debido a que no habría acreditado que ella representa a los productores de las obras audiovisuales que dice representar. En ese sentido, corresponde analizar este tema.

1.2. La legitimidad para obrar activa es la facultad con la que cuenta una persona natural o jurídica para activar válidamente un procedimiento administrativo (como peticionante) o un proceso judicial (como demandante).

1.3. El Artículo 49 de la Decisión 351 establece lo siguiente:

“Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.”

1.4. La norma antes citada confiere a las sociedades de gestión colectiva legitimidad para obrar activa bajo dos supuestos²:

- a) Bajo los términos de sus propios estatutos.
- b) Bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras, para el ejercicio de los derechos encomendados a ellas para su administración, y para hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y proceso judiciales.

1.5. Toda sociedad de gestión colectiva debe tener estatutos debidamente aprobados por la autoridad competente y celebrar contratos con las personas a las que representa, en los cuales se le autorice para que, en nombre de ellas, pueda iniciar las acciones necesarias en defensa de sus derechos, sea en la vía administrativa o la judicial.³

1.6. Por otro lado, en relación a la legitimidad procesal de una sociedad de gestión colectiva, mediante Interpretación Prejudicial 165-IP-2015 este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

“...para que una sociedad de gestión colectiva ejerza a nombre y en representación de los titulares las acciones legales encaminadas a la protección de los derechos de autor, debe contar con la facultad para

² Ver Interpretación Prejudicial N° 519-IP-2016 del 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3154 del 11 de diciembre de 2017.

³ Ibídem.

actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio afiliado (mandato voluntario), por mandato estatutario o por imperio de la ley, a través de una presunción legal.

(...)

[artículo 49]

...la citada norma andina establece una presunción relativa, iuris tantum, de representación o legitimación procesal, tanto en la fase administrativa como en la judicial, en favor de las sociedades de gestión colectiva legalmente establecidas en el territorio andino⁷. Esta presunción de representación o legitimación procesal vuelve más eficiente el sistema de gestión de derechos de autor y derechos conexos, y facilita su defensa y protección, que, de lo contrario, en muchos casos, no sería posible por cuenta del propio derecho-habiente...

(Subrayado agregado)

⁷ De conformidad con la presente interpretación prejudicial, véase, por ejemplo, el artículo 20.4) de la Ley de Propiedad Intelectual de España, que establece la presunción de afiliación a una sociedad de gestión colectiva; el artículo 53 de la Ley sobre Derechos de autor de Francia, que establece una presunción de gestión de derechos en favor de las sociedades de gestión colectiva; el artículo 200 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, que establece una presunción de legitimación respecto de autores residentes en México; la primera parte del artículo 147 del Decreto Legislativo 822 del Perú, que establece una presunción relativa (iuris tantum) con respecto a la legitimación de las entidades de gestión colectiva, estando a cargo de la denunciada acreditar lo contrario, pues de no hacerlo, se tendrá por válida dicha presunción legal⁴.

1.7. La presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva lo que busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer de manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración, así como una adecuada recaudación de estos derechos.

Si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tenga que demostrar la representación de todo su repertorio como condición para protegerlo ante una autoridad y recaudar así el derecho de sus asociados, ello significaría la asunción de costos excesivos por parte de dicha sociedad, lo que haría inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados.

Más aún si se tiene presente que el repertorio de obras administradas por una sociedad de gestión colectiva puede variar constantemente y que la incorporación de nuevos asociados puede efectuarse en cualquier momento, lo que haría difícil o hasta imposible que estas sociedades de puedan demostrar en tiempo real todo el repertorio que se encuentra bajo su administración al momento de iniciar la defensa de los derechos de sus asociados o al momento de efectuar la recaudación patrimonial correspondiente. Por tal razón se justifica que una sociedad de gestión

⁴ Ver Interpretación Prejudicial N° 165-IP-2015 de fecha 4 de febrero de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2682 del 14 de marzo de 2016.

colectiva no se encuentre obligada a demostrar la representación de todo su repertorio por cada proceso iniciado o por cada requerimiento de pago efectuado a un tercero. Así es como funciona esta presunción de legitimidad que la Decisión 351 ha reconocido a favor de las sociedades de gestión colectiva.

- 1.8. No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario; es decir, que en un caso en concreto, la persona a quien se le impute estar utilizando o explotando obras sin contar con la autorización respectiva, deberá demostrar que el titular del derecho sobre la obra no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva, o que no se encuentra incorporado a la sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca.

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

- 2.1. 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 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;

(...)”

- 2.2. 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.
- 2.3. 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...”⁵

⁵ 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.

(Subrayado agregado)

- 2.4. 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 personas⁶. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.⁷
- 2.5. El Artículo 15 de la Decisión 351 contempla un listado enunciativo de las formas de comunicación pública de una obra.⁸
- 2.6. 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.⁹
- 2.7. 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.
- 2.8. 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:

⁶ 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: 16 de setiembre de 2020)

⁷ Ver Interpretación Prejudicial N° 33-IP-1999 de fecha 22 de marzo de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 565 del 12 de mayo de 2000.

⁸ 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.

⁹ *Ibidem*.

- 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.

2.9. 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;

(...)”

2.10. 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;

(...)”

- 2.11. 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.”¹⁰

(Subrayado agregado)

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

- 3.1. Dado que en el proceso interno EGEDA Colombia alegó que en los televisores ubicados en las habitaciones, restaurante y lobby 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.
- 3.2. 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.
- 3.3. 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

¹⁰ 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: 16 de setiembre de 2020)

pública de dichas obras audiovisuales, en los términos previstos en el Literal f) del Artículo 15 de la Decisión 351.¹¹

- 3.4. 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.
- 3.5. 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 puede ser tanto de señal abierta como de señal cerrada (televisión paga o por suscripción).
- 3.6. 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.”¹²

- 3.7. 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,

¹¹ El razonamiento referido a los aparatos de televisión es aplicable a los de radio.

¹² 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.

ya sea desde las habitaciones, o desde otros ambientes como el lobby, el restaurante, el bar, el gimnasio u otros espacios de uso común.

- 3.8. 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.
- 3.9. 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.

4. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva

- 4.1. Dado que en el proceso interno la demanda sostuvo que el monto de las tarifas que exige EGEDA Colombia es desproporcionado, corresponde desarrollar el presente tema.
- 4.2. La tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva. Sirve, como se advirtió anteriormente, para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad; además, genera igualdad de trato en todos los usuarios del repertorio administrado por la institución.¹³
- 4.3. Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características¹⁴:
 - 4.3.1. Deben estar consignadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva (Literal g del Artículo 45).
 - 4.3.2. Las tarifas generales por el uso de los derechos de sus afiliados deben ser publicadas por lo menos una vez al año en un medio de amplia circulación (Literal h del Artículo 45).

¹³ Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*, p. 285.

¹⁴ Ver Interpretación Prejudicial N° 119-IP-2010 de fecha 8 de abril de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1949 del 3 de junio de 2011.

- 4.3.3. Deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, salvo que la normativa interna de los países miembros establezca algo diferente (Artículo 48).¹⁵
- 4.4. Uno de los pilares básicos del sistema comunitario de protección de los derechos de autor es la libre disposición de los derechos patrimoniales de autor por parte de los titulares de los mismos, salvo ciertas excepciones expresamente consagradas. De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales. Son derechos exclusivos, lo que significa que nadie puede explotar el objeto protegible sin la respectiva autorización de su titular. El Artículo 54 de la Decisión 351 es una consecuencia de lo anterior, ya que establece que, para la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica, emisión de la radiodifusión, o prestación de apoyo para su utilización, se debe contar siempre con la autorización previa y expresa del titular del derecho o su representante y, por lo tanto, nadie puede autorizar su utilización sin este requisito esencial¹⁶.
- 4.5. En ese mismo sentido, conforme al mismo Artículo 54 de la Decisión 351, para que una persona natural o jurídica, incluso una autoridad, pueda autorizar la utilización, interpretación, producción fonográfica, radiodifusión de una obra, deberá contar con la autorización expresa por parte del titular del derecho o de su representante; caso contrario podrá ser solidariamente responsable.¹⁷
- 4.6. Lo anterior está en consonancia con el manto de exclusividad que cubre el derecho de autor, impidiendo que se explote el objeto protegido sin que el titular lo autorice. Salvo excepciones expresamente consagradas, la explotación sin autorización previa y expresa constituiría una infracción a los derechos de autor y daría lugar a trámites administrativos e interposición de acciones judiciales para el cese de la actividad ilícita y la búsqueda de una reparación. Es lógico, pues, que el titular de los derechos de autor esté interesado en autorizar la utilización y acordar los términos de la misma¹⁸.

¹⁵ Las tarifas, por cierto, deben guardar correspondencia con el volumen de repertorio que administra la sociedad de gestión colectiva en el territorio del país miembro de la Comunidad Andina, lo que significa que si dicha sociedad representa a un porcentaje pequeño o mínimo de las obras que se utilizan en el referido territorio, no podría cobrar tarifas como si representara a la mayor parte de las obras (por ejemplo, un repertorio prácticamente universal) que se utilizan en el mencionado territorio.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Ver Interpretación Prejudicial N° 154-IP-2015 de fecha 24 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3045 del 26 de junio de 2017.

¹⁸ *Ibidem*.

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

5.1. 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.

5.2. 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;
(...)”

5.3. 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.¹⁹

5.4. 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.

5.5. 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.

5.6. 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.

5.7. 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).

5.8. 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

¹⁹ 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.

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*”.²⁰

- 5.9. 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.

6. Respuestas a las preguntas formuladas por la Sala consultante

Antes de dar respuesta a la pregunta formulada por la Sala consultante, es necesario precisar que este Tribunal no brindará una respuesta que resuelva el caso en concreto, siendo que se limitará a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como tampoco calificará los hechos materia del proceso.

6.1. ¿Qué se considera comunicación pública?

Para dar respuesta a esta pregunta la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 2 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

6.2. Además del autor, ¿quién está facultado para prohibir o autorizar la comunicación pública de las obras?

Los derechohabientes del autor o la sociedad de gestión colectiva que representa al autor. Para mayor amplitud a esta pregunta la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 1 del Apartado E de la presente Interpretación Prejudicial.

6.3. ¿Quién posee y utiliza un televisor en un establecimiento abierto al público y realiza a través de él una comunicación pública de obras audiovisuales, requiere la autorización y el consecuente pago a su autor o a la entidad de gestión colectiva que lo represente?

La respuesta es sí. Para mayor amplitud a esta pregunta la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 3 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

6.4. ¿El pago que realiza el propietario o responsable del establecimiento por la comunicación pública de obras audiovisuales a través de un televisor, es diferente al pago que realiza el canal de televisión respectivo por el derecho de emitir obras audiovisuales dentro de su programación?

²⁰ Gisela María Pérez Fuentes, *El Daño Moral en Iberoamérica*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. México. 2006. p 205.

La respuesta es sí. Para mayor amplitud a esta pregunta la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 3 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

- 6.5. **¿Los servicios de hotelería y hospedaje están obligados al pago por la comunicación pública de obras audiovisuales dentro de sus instalaciones (habitaciones, restaurante, lobby)?**

La respuesta es sí. Para mayor amplitud a esta pregunta la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 3 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

- 6.6. **¿La sola instalación de televisores y antenas de cable en sus habitaciones genera que el hotel realice una comunicación pública de obras audiovisuales? ¿Basta con que los huéspedes tengan la posibilidad de acceder a la obra, aunque no lo hagan efectivamente?**

La respuesta a ambas preguntas es sí. Para mayor amplitud a estas dos preguntas la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 3 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

- 6.7. **¿Los establecimientos públicos que tienen un contrato con un operador del servicio de televisión por suscripción (señal cerrada), igualmente están obligados a pagar por la comunicación pública de obras audiovisuales, grabaciones audiovisuales u obras cinematográficas dentro de sus instalaciones?**

La respuesta es sí. Para mayor amplitud a esta pregunta la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 3 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

- 6.8. **En el caso de hoteles ¿si el huésped no sintoniza ninguna obra en la habitación, de igual forma se genera un cargo a costa del establecimiento por el solo hecho de tener un televisor en la habitación?**

Como se ha explicado, colocar un televisor en una habitación del establecimiento de hospedaje califica como una «puesta a disposición del público» de las obras audiovisuales que podrían emitirse a través de las señales —de las empresas de radiodifusión que brindan el servicio de televisión de señal abierta y/o cerrada correspondiente— que emita el televisor. Por tanto, la respuesta es sí. Para mayor amplitud a esta pregunta la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 3 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

- 6.9. **¿Las tarifas a cobrar por las sociedades de gestión colectiva por la comunicación pública de las obras audiovisuales protegidas se miden por las veces que los establecimientos públicos retransmiten dichas obras?**

Como señala el Artículo 48 de la Decisión 351, las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras audiovisuales, salvo que las legislaciones internas de los países miembros expresamente dispongan algo distinto.

Para la fijación de sus tarifas, las sociedades de gestión colectiva deben tener en consideración los criterios establecidos en la legislación interna de cada país miembro²¹. Si bien en principio dichas sociedades y los usuarios de las obras (agremiados o no, que explotan las obras que forman parte del repertorio de tales sociedades) pueden ponerse de acuerdo contractualmente sobre el monto de las tarifas (o remuneraciones), en caso de controversia, la autoridad competente en dirimir dicha controversia tendrá en cuenta los referidos criterios.

Para mayor amplitud en la respuesta a esta pregunta la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 4 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

6.10. ¿Cuáles son los criterios para calcular la indemnización al titular del derecho por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la vulneración?

Para dar respuesta a esta pregunta la Sala consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 5 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la Sala consultante al resolver el proceso interno N° **11001010300520160043402**, 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 con el voto de los Magistrados Hernán Rodrigo Romero Zambrano, Luis Rafael Vergara Quintero, Hugo R. Gómez Apac y Gustavo García Brito en la sesión judicial de fecha 7 de octubre de 2020, conforme consta en el Acta 18-J-TJCA-2020.

²¹ En caso de ausencia de tales criterios, se aplicaría el criterio de proporcionalidad previsto en el Artículo 48 de la Decisión 351.

Luis Felipe Aguilar Feijó
SECRETARIO

Notifíquese a la Sala 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.