



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.  
SALA PRIMERA CIVIL DE DECISIÓN**

**AUDIENCIA PÚBLICA DE SUSTENTACIÓN Y FALLO**

Referencia: Proceso No. 110013103031200700238 03 de Nintendo of America INC contra María Del Pilar Pulecio Espitia.

En Bogotá D.C., a las tres y treinta (3:30 p.m.) del trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), se constituyeron en audiencia pública los Magistrados que conforman la Sala Primera Civil de Decisión, dentro del proceso verbal promovido por Nintendo of America INC contra María Del Pilar Pulecio Espitia, con el fin de adelantar la audiencia de sustentación y fallo. Obra como secretaria *ad hoc* la Abogada Asesora Grado 23 del Despacho, María José Ávila Paz.

**Comparecientes:**

Nombre	Calidad
Luis Guillermo Acero Gallego	Apoderado parte demandante
Alberto Acevedo Rehbein	Apoderado parte demandada

**Actuaciones:**

Instalada la audiencia, el Magistrado Sustanciador le dio aplicación al inciso 5º del numeral 1º del artículo 107 del C.G.P., porque se recompuso la Sala con el Magistrado José Alfonso Isaza Dávila.

Se escucharon las alegaciones de las partes.

Se decretó un receso. Una vez reanudada, se dictó **SENTENCIA** cuya parte resolutive es la siguiente:

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **MODIFICA los numerales 2º y 3º** de la parte resolutive de la sentencia de 6 de julio de 2017, proferida por el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá dentro de este proceso, los cuales quedarán así:

SEGUNDO: Declarar que la demandada María Del Pilar Pulecio Espitia vulneró los derechos de autor de la demandante Nintendo of America INC., al utilizar sin autorización las obras Mario y Luigi, entre otros dibujos o



expresiones artísticas de los que aquella es titular, e infringió el derecho al nombre comercial de dicha sociedad, al emplear como signo, sin autorización, la expresión "Nintendo".

TERCERO: En consecuencia, ordenarle a la demandada María Del Pilar Pulecio Espitia retirar de los establecimientos de comercio de su propiedad, los dibujos de Mario Bross y Luigi, y demás dibujos de los que la sociedad demandante es titular, lo mismo que la expresión "Nintendo", sin perjuicio de su utilización en los precisos términos del artículo 158 de la Decisión 486 de 2000 y del párrafo del artículo 12 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 3º de la Ley 1915 de 2018, en lo que concierne a reventa.

Se confirman los numerales 1º, 4º y 5º de dicho fallo.

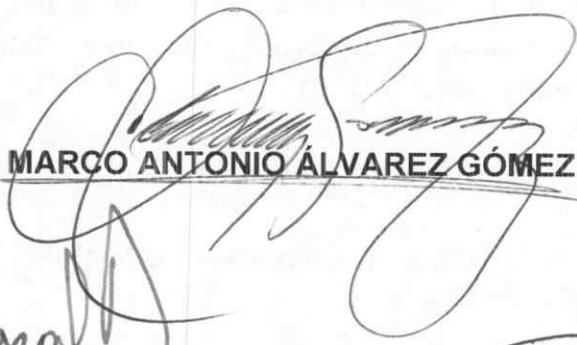
Condenar en costas a la parte demandada.

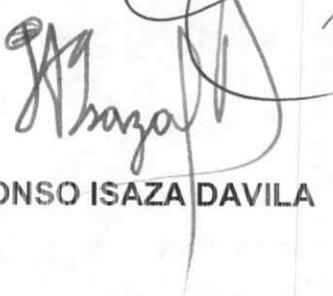
La anterior decisión quedó notificada en estrados.

El Magistrado Sustanciador fija como agencias en derecho, por lo actuado en esta instancia, la suma de \$3'500.000,00. Liquidense.

No siendo otro el objeto de la audiencia, se dio por terminada.

Los Magistrados,

  
**MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ**

  
**JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA**

  
**RICARDO ACOSTA BUITRAGO**

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Primera Civil de Decisión

Proceso verbal de Nintendo Of America INC. contra María del Pilar Pulecio  
Espitia.

(exp.: No. 110013103031200700238 03).

**RAZONES JURÍDICAS DE LA DECISIÓN**  
**NOTA DE RELATORÍA**

**DERECHOS DE AUTOR**

1. **SOBRE LA AUTORIA Y LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR:** Existe una clara diferencia entre el autor de una obra literaria, científica o artística, y el titular de los derechos de autor. El primero es la persona natural que la creó, o lo que es igual, quien aplicó su talento creativo para generar la obra y que, por ende, tiene título originario; el segundo, por el contrario, es la persona –natural o jurídica- que ostenta los derechos patrimoniales derivados de la obra, en virtud de una presunción legal, una cesión de derechos u otro negocio jurídico similar.

Al respecto puntualizó el Tribunal de la Comunidad Andina en la interpretación que hizo dentro de este proceso, que:

“El titular de una obra es el ser humano –persona natural- que realiza la creación intelectual, mientras que el titular de una obra es aquella persona natural o jurídica que cuenta con las facultades para ejercer los derechos patrimoniales sobre la obra, de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los países miembros” (Interpretación prejudicial 464-IP-2017 de 3 de octubre de 2018).

A partir de esa diferencia, tanto la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina (art. 8º), como la Ley 23 de 1982 (art. 10º), presumen como autor a “la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra”, o a aquella “cuyo nombre, seudónimo, iniciales, o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan impresos en dicha obra o en sus reproducciones, o se enuncien en la declamación, ejecución, representación, interpretación, o cualquiera otra forma de difusión pública de dicha obra”, respectivamente.

Luego ninguna de esas normatividades, en sus versiones originales, presume la titularidad de los derechos de autor sobre la obra, razón por la cual, quien se presente como persona facultada para ejercerlos debe acreditar, con plena libertad probatoria, su condición de titular, aunque es necesario resaltar que tras la expedición de la Ley 1915 de 2018, vigente desde el 12 de julio de este año, en el derecho colombiano también se presume esa titularidad en “la persona bajo

## República de Colombia



### Tribunal Superior de Bogotá Sala Primera Civil de Decisión

cuyo nombre, seudónimo o su equivalente se haya divulgado la obra” (art. 1, mod. Ley 23/82, art. 10).

2. LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS MULTIMEDIA: Si bien es cierto que el artículo 4º de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina no incluye expresamente las obras multimedia o juegos de video dentro del listado de creaciones protegidas por el derecho de autor, no lo es menos que esa relación es meramente enunciativa, como se desprende de su tenor literal. De allí el uso de la expresión “entre otras”.

Por tanto, la obra multimedia o juego de video, como se conoce a la “creación unitaria [que] reúne aportes de al menos dos tipos de obras como pudiera ser el caso de las obras literarias (guiones, artículos de investigación, poemas, etc.), obras musicales, obras audiovisuales, obras de arte plásticas, obras artísticas, obras fotográficas, etc., las cuales son ejecutadas a través de un programa de ordenador que permite la interacción entre el computador o equipo similar y un usuario”<sup>1</sup>, está protegida por el derecho de autor y es catalogable como obra en colaboración o colectiva, por ser el resultado de aportes originales de diferentes personas naturales creadoras de la música, los dibujos y los libretos, entre otros, que la componen.

Dados estos rasgos característicos, el derecho de autor no sólo ampara la obra multimedia como tal, sino también cada uno de sus componentes, como los dibujos artísticos de los personajes que hacen parte del respectivo juego, entre ellos, en este caso, los personajes Mario Bross, Luigi, Joshi, etc. Al respecto, precisó el Tribunal de la Comunidad Andina:

“(…) resulta necesario indicar que los elementos originales que pudieran formar parte de la obra multimedia –dibujos de personajes (obra artística), música (obra musical), argumentos y guiones (obras literarias), etc, se encuentran igualmente protegidos por la legislación del derecho de autor e incluso sus autores pueden explotarlos económicamente de manera independiente a la obra multimedia, salvo que se haya estipulado lo contrario” (Interpretación prejudicial 464-IP-2017 emitida en este proceso )

3. LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL AUTOR Y EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO: El derecho de autor está conformado por un conjunto de normas tuitivas de la creación y, desde luego, de los correspondientes derechos morales y patrimoniales. En el caso de estos últimos, su titular, por vía de ilustración, tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir (a) la reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, lo mismo que (b) su comunicación pública, cualesquiera que sea el medio o procedimiento que sirva para difundirla, al igual

<sup>1</sup> Interpretación prejudicial 464-IP-2017 de 3 de octubre de 2018.

## República de Colombia



### Tribunal Superior de Bogotá Sala Primera Civil de Decisión

que (c) la distribución mediante negocios jurídicos que impliquen la transferencia de la propiedad, entre algunas prerrogativas reconocidas en la Decisión 351 de 1993, el Convenio de Berna (aprobado en Colombia por la Ley 33 de 1987) y las Leyes 23 de 1982 y 1915 de 2018.

Por consiguiente, quien reproduzca una obra, la comunique públicamente o la distribuya –entre otros comportamientos- sin la autorización del autor o su derechohabiente, incurre en una actividad ilícita por infracción de los derechos patrimoniales, y queda expuesto a las acciones judiciales de naturaleza cautelar, declarativa y condenatoria previstas en la ley.

Con todo, los derechos patrimoniales sobre una obra no son absolutos, por lo que es posible realizar ciertos actos sin la autorización del autor y sin necesidad de reconocerle pago alguno, como se desprende de los artículos 21 y 22 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, relativos a las limitaciones y excepciones, entre las que se destacan puntuales y determinadas modalidades de reproducción con fines de enseñanza, preservación en bibliotecas o archivos, conformación de expedientes o con propósitos de información al público. Más aún, en el caso del derecho a controlar la distribución, la ley prevé su agotamiento “con la primera venta hecha por el titular del derecho o con su consentimiento, únicamente respecto de las sucesivas reventas...” (Ley 23 de 1982, art. 12, mod. Ley 1915 de 2018, art. 3).

Por consiguiente, si una persona adquiere legítimamente una obra o una reproducción autorizada de la misma, no podrá ser censurada si en el proceso de reventa emplea de buena fe y con fines simplemente informativos algunos componentes de la obra.

### EL NOMBRE COMERCIAL

Se entiende por nombre comercial “cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil” (art. 190, Decisión 486 de 2000). Su régimen de protección es similar al otorgado a las marcas, por expresa disposición del artículo 192 de esa Decisión, conforme al cual, “será aplicable al nombre comercial lo dispuesto en los artículos 155, 156, 157 y 158, en cuanto corresponda”.

Desde esta perspectiva, el titular de un nombre comercial tiene el derecho de impedir que cualquier tercero, sin su consentimiento, use en el comercio un signo idéntico o similar al suyo, siempre que pueda causar confusión o un riesgo de asociación (lit. d.). Con otras palabras, ninguna persona, sin dispensa de aquel, puede utilizar la respectiva expresión como signo que, de una u otra manera, de

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Primera Civil de Decisión

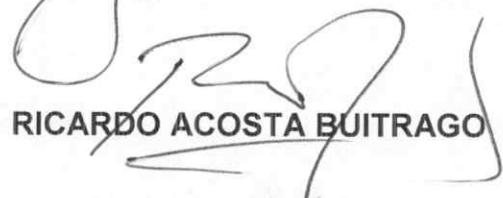
lugar a pensar que identifica su establecimiento de comercio o la actividad económica que desarrollada, o que se encuentra autorizado por su titular.

Sin embargo, el derecho al nombre comercial no impide que un tercero lo use con el único propósito de anunciar u ofrecer en venta bienes o servicios legítimamente adquiridos del titular o persona autorizada por él, "siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos" (Decisión 486, art. 157). De igual manera, el derecho al nombre se agota en los precisos términos del artículo 158 de esa Decisión, lo que "le impide (a su titular) oponerse a la sucesiva comercialización de sus productos o a obtener rédito económico por estos una vez realizada la primera venta. Los derechos del titular sobre su marca (entiéndase el nombre comercial) se agotan legalmente a partir de su primera venta, después de la cual la mercancía tiene libre circulación en un mercado integrado. Esto significa que el titular pierde todos los derechos sobre el bien vendido mientras no sea alterada la marca (nombre comercial), su distintividad o la calidad del bien", como lo precisó el Tribunal de la Comunidad Andina en la interpretación que emitió para este proceso.

Los Magistrados,

  
MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

  
JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

  
RICARDO ACOSTA BUITRAGO