

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Comunicación pública. Captación de emisiones en local público. Independencia de los derechos. Análisis crítico del fallo.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Chile

ORGANISMO: Corte Suprema de Justicia

FECHA: 19-8-1998

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo disponible en http://www.confedech.cl/portal/fallo_sobre_pagos_de_derecho_de_autor

OTROS DATOS: Sociedad Chilena del Derecho del Autor vs. Rometsch y Reissenegger Ltda.

SUMARIO:

“... la sentencia recurrida da por establecido como hechos del juicio, que en el establecimiento Salón de Té Rometsch ... en la ciudad de Concepción, se proporciona a los clientes, mediante cinco parlantes adosados a sus paredes, música ambiental tanto orquestada cuanto cantada, proveniente de diversas radioemisoras de la zona, que se recogen a través de un receptor de radio, en emisiones que junto con entregar música u otra programación artística, también destinan espacios que difunden avisos comerciales. Estas radioemisoras para elaborar sus programas en lo que concierne a su sección musical han debido pagar el correspondiente derecho de autor, precisamente con la finalidad de hacerla llegar sin tropiezo a su público audiencia ...”.

“... las obligaciones a que se refieren los artículos 18 letra b), 19 y 21 de la ley 17.336¹, en cuanto exigen que para reproducir por cualquier procedimiento o utilizar públicamente una obra de dominio privado se debe contar con la autorización expresa del titular del derecho de autor o de la entidad de gestión colectiva correspondiente y efectuar el pago de la remuneración pertinente, están impuestas, entre otros, a todo propietario de un local público en que se representen o ejecuten, en piezas musicales o fonogramas o videogramas que contengan tales obras”

“... en consecuencia, para quedar sujeto a las obligaciones indicadas, atendidas las normas que se han mencionado, es necesario que el propietario, concesionario, usuario, empresario, arrendatario, o persona que tenga en explotación cualquier local público haya procedido específicamente a reproducir, representar o ejecutar una obra de dominio privado, situación que evidentemente no es lo que ha sucedido en la especie. En efecto, según el Diccionario de la Lengua Española, el verbo «reproducir» significa, en lo pertinente a este análisis, «sacar copia de uno o muchos

¹ Ley chilena de Propiedad Intelectual (nota del compilador).

ejemplares de una obra de arte, objeto arqueológico, texto, etc., por procedimientos calcográficos, electrolíticos, fotolitográficos o mecánicos», a su vez, la voz «representar» equivale a «recitar o ejecutar en público una obra dramática; interpretar un papel de una obra dramática» y por último, «ejecutar» implica «tocar una pieza musical»; de manera, pues, que resulta de toda evidencia que la acción o conducta asumida por el demandado, como son sus conexiones o instalaciones para difundir cualquier radio local (que ya ha pagado en su momento el derecho de autor), y que junto con entregar música y otra programación artística emite también para información del público oyente diversos avisos comerciales, no encuadra bajo ningún respecto en las normas citadas, como queda en claro de su tenor literal y del sentido y alcance de las normas”.

COMENTARIO: Aunque la sentencia que se reseña es de vieja data, pareciera que la posición asumida en ella no ha sido revertida con posterioridad, pues al menos otra del 29-10-2010 (también recogida y comentada en esta compilación), se pronunció de similar manera, al referirse a la captación de composiciones musicales en un local público a través de aparatos receptores de servicios de “*música ambiental*”. Ahora bien, aunque el fallo en comentarios acierta cuando declara que “... *para reproducir* [en el sentido de comunicar] *por cualquier procedimiento o utilizar públicamente una obra de dominio privado se debe contar con la autorización expresa del titular del derecho de autor o de la entidad de gestión colectiva correspondiente y efectuar el pago de la remuneración pertinente*”, se aleja sin embargo, en nuestra modesta opinión, de las constantes internacionales, al eximir del pago de la remuneración correspondiente al establecimiento comercial que realizaba la comunicación de obras protegidas al público presente en él, mediante la captación de emisiones de radiodifusión, sobre la base de que el organismo emisor ya había pagado las contraprestaciones derivadas de la transmisión de origen de las obras utilizadas. El primer aspecto a resaltar, en nuestra respetuosa discrepancia, es el carácter enunciativo de las modalidades que conforman el derecho patrimonial del autor y, en este asunto en particular, el derecho de comunicación al público, afirmación que se ve apoyada por la propia ley chilena, cuando menciona entre las formas de utilización de la obra reservadas a la autorización previa del autor, la de “*ejecutarla públicamente mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizado en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes, o por cualquier otro medio*” (negrillas nuestras). Ese carácter meramente ejemplificativo del derecho patrimonial (salvo excepción legal expresa), es destacada por la Casación italiana, al expresar que “... *el derecho patrimonial atribuye al autor la facultad exclusiva de utilizar económicamente la obra en todas sus formas y modos originales, o derivados ...*”². Y con referencia al derecho de comunicación en concreto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dicho reiteradamente que “... *el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio*” y que “*esta interpretación resulta, además, indispensable para la consecución del objetivo principal [que] se concreta en lograr un elevado nivel de protección en favor, entre otros, de los autores, con el fin de que éstos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra y, concretamente, en el caso de su comunicación al público*”³. Otro aspecto a considerar en este asunto es que, a la luz del derecho de autor, términos como los de ejecución pública tienen una connotación especial y más amplia que la utilizada en el lenguaje común, pues “*comprende todos los sonidos y ejecuciones que se hacen audibles para el público en cualquier lugar ...*”, de suerte que no solamente alcanza a los modos de ejecución tradicional, sino que la noción de “*derechos de ejecución*” abarca también “*el derecho de ra-*

2 Sentencia 22/2000 de la Plenaria Penal (2000).

3 Sentencia de la Sala 3ª, dictada en el Asunto C-306/05 (7-12-2006).

diodifusión y el de transmisión al público en general (por cable, altavoces, etc.)”⁴. No en balde, el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor dispone que “*sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*” (énfasis añadido). De otro lado, a nuestra manera de ver las cosas, la sentencia obvia el principio de la “*independencia de los derechos*”, por el cual cada forma de utilización de la obra es distinta de las demás y cada una de ellas requiere de la preceptiva autorización y el abono de la remuneración respectiva o, en palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que los derechos patrimoniales del autor “*son independientes entre sí: fundamental importancia reviste este punto, toda vez que el hecho de haber un titular autorizado o permitido la explotación de su obra, mediante licencia o cesión, no implica que se han consentido las restantes formas de utilización, para las cuales se requerirá de la correspondiente autorización*”⁵. En ese sentido, el artículo 11 bis del Convenio de Berna reconoce como derechos distintos el exclusivo del autor de autorizar “*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*” (numeral 1, ordinal 1º), del también derecho exclusivo de autorizar “*la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida*” (numeral 1, ordinal 3º). En cuanto a esta última modalidad, la Guía del Convenio de Berna de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) comenta que “*... la tercera situación que se prevé en el párrafo 1) del artículo 11 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 persiguen fines de lucro*”⁶. Y es la propia guía la que contesta: “*la respuesta del Convenio es negativa al atribuir al autor, en este caso, un derecho exclusivo*”⁷. Asimismo, el Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, al definir lo que significa “*transmisión al público de la recepción de una emisión de radiodifusión*”, dice que “*es la utilización de receptores de radio o de televisión (altavoces, y tubos de receptores) fuera de salas privadas, lo que da acceso al programa radiodifundido a toda persona que por cualquier motivo entre en el lugar de la recepción*” y agrega que “*el derecho a radiodifundir o la posibilidad de recibir emisiones de radiodifusión no incluye necesariamente el derecho a transmitir al público los programas recibidos*”, como también que “*es preciso obtener las autorizaciones que sean del caso, en general de las sociedades de autores o de otras organizaciones que administran derechos de los autores*”⁸. De allí que, por ejemplo, la autorización concedida al emisor por el titular del derecho de autor para la transmisión a distancia de la obra, no implica el consentimiento para que un tercero proceda

4 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): Administración Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos (autor: Mihály Ficsor). Ginebra, 1991. pp. 12-13.

5 Proceso 24-IP-98 (21-9-1998).

6 OMPI: Guía del Convenio de Berna (autor principal: Claude Masouyé). Ginebra 1978, p. 81.

7 Idem, pp. 81-82.

8 OMPI: Glosario de derecho de autor y derechos conexos (autor principal: György Boytha), Ginebra, 1980. Voz 44, p. 44.

a comunicarla públicamente a través de pantallas, altoparlantes u otros instrumentos análogos capaces de captar esa transmisión de sonidos o imágenes, cuando dichos equipos receptores son colocados en un local público. De otra manera carecerían de significado las previsiones del Convenio de Berna, cuando contemplan como derechos diferentes e independientes, como ya fue anotado, por una parte el de la transmisión de la obra por telecomunicación (art. 11 bis1,1º) y, por la otra, el de la captación en lugares públicos de la transmisión de esa obra por medio de aparatos receptores (art. 11 bis1,3º) La jurisprudencia comparada (en una importante medida recogida en esta recopilación), arroja también resultados unánimes al coincidir con la anotada interpretación. Así, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal Alemán sentenció que *“la comunicación de obras mediante la captación de emisiones de radiodifusión en un club deportivo se halla afecta al pago de derechos de autor por constituir un acto de ejecución pública”*⁹. También el Tribunal Constitucional del Perú, con motivo de la difusión en un local comercial de emisiones de radiodifusión mediante la colocación de altoparlantes, declaró sin lugar el recurso extraordinario de inconstitucionalidad intentado contra la decisión administrativa que declaró la comisión de una infracción al derecho de comunicación pública de los autores de las obras así comunicadas, al afirmar que *“... el demandante ha recepcionado las obras musicales emitidas por la radio y ha efectuado una comunicación pública haciendo uso de cuatro parlantes ubicados en el techo del local, evidenciándose que el uso de las obras musicales no ha tenido fines estrictamente domésticos ...”*¹⁰. Por su parte, el Tribunal Supremo español, ante la negativa del propietario de un bar a pagar las tarifas fijadas por la entidad de gestión colectiva representativa de los autores, por la difusión de música a través de radiorreceptores, manifestó que *“... el reflejo que en la normativa vigente tiene el derecho de propiedad intelectual persigue conceder al autor el derecho de explotación de la misma, traducido, en lo que ahora se discute ... en «la emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión». Norma ésta a su vez plenamente establecida en el Convenio de Berna [que] en su artículo 11 bis.1 atribuye a los autores intelectuales no solo la radiodifusión de sus obras o su comunicación pública por cualquier medio y toda comunicación pública, con hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida o televisada, sino, en cuanto ahora interesa «la comunicación pública por altavoz o por cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida o transmitida»”*¹¹. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la República Argentina, al diferenciar la actividad de quien emite la obra a distancia y de quien capta la emisión para su comunicación al público, expresó que *“... tratándose de dos actividades empresariales que comportan sendas explotaciones del repertorio musical difundido, lejos de mediar la doble imposición arancelaria que recrimina la demandada, se advierten, en cambio, dos aprovechamientos distintos, alcanzado, cada uno, por el canon respectivo atinente a la licencia legal de que aquí se trata”*¹². Y en la misma orientación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisó que *“el propietario de un establecimiento de restauración realiza una comunicación cuando transmite deliberadamente obras difundidas, mediante una pantalla de televisión y altavoces, a los clientes presentes en dicho establecimiento”*¹³. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

9 Sentencia del 7-10-1960, citada por MOLAS VALDERDE, J.: Normas procesales de especialización en propiedad intelectual. Ed. Nauta. Barcelona, 1968, p. 85.

10 Sentencia de la Sala 1ª (21-4-2005).

11 Sentencia de la Sala 1ª (19-7-1993).

12 Sentencia del 4-11-2006.

13 Sentencia de la Gran Sala (4-10-2011).

TEXTO COMPLETO:

Por sentencia de 20 de septiembre de 1995, escrita a fojas 447, la juez titular del Tercer Juzgado Civil de Concepción rechazó, con costas, la demanda de indemnización de perjuicios por infracción a la ley 17.336, deducida por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor en contra de la sociedad Rometsch y Reissenegger Ltda.

Apelado este fallo por la demandante, una de las salas de la Corte de Apelaciones de Concepción lo confirmó, sin costas, por estimar que la apelante tuvo motivos plausibles para alzarse.

En contra de esta última sentencia la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, según se lee a fojas 525.

Se trajeron los autos en relación.

La Corte

Considerando:

1º) Que el recurso se funda en que la sentencia ha cometido errores de derecho que derivan de la infracción de los artículos 17, 18 letra b), 19, 21 y 47 inciso 1º de la ley 17.366, artículos 11 y 11 bis del Convenio de Berna promulgado por Decreto Supremo 266/75 publicado en el Diario Oficial de 5 de junio de 1975 y 22 del Código Civil, por cuanto, pese a que los artículos 17 y 19 citados establecen que sólo el titular de una obra puede autorizar su utilización pública, para los sentenciadores, en cambio, este permiso previo no sería necesario si el aprovechamiento de una obra musical se lleva a cabo en un local a través de un receptor de radio. Agregan que no obstante que la ley es genérica para referirse a las diferentes formas de utilización de una creación del intelecto, al emplear expresiones como “cualquier otro medio” (art. 18 letra d) de la Ley sobre Propiedad Intelectual) o “por todos los medios o procedimientos” (art. 11 del Convenio de Berna), la sentencia recurrida excluye en su decisión a los receptores de radio y altavoces como medios idóneos

para dicho propósito, fundada en que las radioemisoras para la “emisión” -que es una de esas formas- habrían pagado antes, en su oportunidad, el derecho de autor, de manera que su difusión pública por un procedimiento diferente a la emisión, como es el indicado receptor, no requeriría autorización, la que sólo sería necesaria si se tratara de una ejecución en vivo o si se accionaran fonogramas o videogramas directamente en el local. El fallo agrega, así, en su concepto, dos calificativos no contemplados por el legislador, no respetando, además, lo dispuesto en el artículo 11 bis del Convenio de Berna, que considera expresamente la autorización cuando la comunicación se hace mediante altavoces o cualquier otro instrumento análogo. Estima que la difusión por altavoces no es una parte constitutiva de la emisión, sino un acto independiente de ésta, por la cual la obra se comunica a un nuevo público. Consideran que infringen, también, el artículo 21 de la ley 17.366, al establecer un distingo donde la ley no lo hace, pues se da por hecho que el pago por parte de una radioemisora trae como consecuencia la exención del mismo a quienes difunden dicha radio al interior del local, desconociendo que el legislador exige la autorización cuando la emisión se hace por “cualquier otro medio”. Este razonamiento del fallo lo lleva, además, a infringir el artículo 47 de la ley en estudio, al crear una excepción que éste no contempla. Por último, estima que todas estas infracciones se producen por la no aplicación del artículo 22 del Código Civil, porque si se estimara que el artículo 21 ya tratado no es suficientemente claro, bastaría analizar las demás disposiciones de la ley 17.366, para concluir que si se comprenden en él las ejecuciones de piezas musicales por medio de receptores de radio y altavoces. Concluye señalando que estas infracciones han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que si la sentencia impugnada hubiese aplicado conforme a derecho las normas analizadas, habría revocado en vez de confirmar la de primera instancia y acogido la demanda en todas sus partes, en vez de rechazarla;

2º) Que la sentencia recurrida da por establecido como hechos del juicio, que en el establecimiento Salón de Té Rometsch, ubicado en el segundo

piso de calle Barros Arana Nº 685 en la ciudad de Concepción, se proporciona a los clientes, mediante cinco parlantes adosados a sus paredes, música ambiental tanto orquestada cuanto cantada, proveniente de diversas radioemisoras de la zona, que se recogen a través de un receptor de radio, en emisiones que junto con entregar música u otra programación artística, también destinan espacios que difunden avisos comerciales. Estas radioemisoras para elaborar sus programas en lo que concierne a su sección musical han debido pagar el correspondiente derecho de autor, precisamente con la finalidad de hacerla llegar sin tropiezo a su público audiencia (segunda parte del considerando 16º del fallo de primera instancia, hecho suyo por la sentencia de la Corte de Apelaciones y fundamentos 4º y 5º de esta última);

3º) Que las obligaciones a que se refieren los artículos 18 letra b), 19 y 21 de la ley 17.336, en cuanto exigen que para reproducir por cualquier procedimiento o utilizar públicamente una obra de dominio privado se debe contar con la autorización expresa del titular del derecho de autor o de la entidad de gestión colectiva correspondiente y efectuar el pago de la remuneración pertinente, están impuestas, entre otros, a todo propietario de un local público en que se representen o ejecuten, en piezas musicales o fonogramas o videogramas que contengan tales obras;

4º) Que, en consecuencia, para quedar sujeto a las obligaciones indicadas, atendidas las normas que se han mencionado, es necesario que el propietario, concesionario, usuario, empresario, arrendatario, o persona que tenga en explotación cualquier local público haya procedido específicamente a reproducir, representar o ejecutar una obra de dominio privado, situación que evidentemente no es lo que ha sucedido en la especie. En efecto, según el Diccionario de la Lengua Española, el verbo “reproducir” significa, en lo pertinente a este análisis, “sacar copia de uno o muchos ejemplares de una obra de arte, objeto arqueológico, texto, etc., por procedimientos calcográficos, electrolíticos, fotolitográficos o mecánicos.”, a su vez, la voz “representar”

equivale a “recitar o ejecutar en público una obra dramática; interpretar un papel de una obra dramática” y por último, “ejecutar” implica “tocar una pieza musical”; de manera, pues, que resulta de toda evidencia que la acción o conducta asumida por el demandado, como son sus conexiones o instalaciones para difundir cualquier radio local (que ya ha pagado en su momento el derecho de autor), y que junto con entregar música y otra programación artística emite también para información del público oyente diversos avisos comerciales, no encuadra bajo ningún respecto en las normas citadas, como queda en claro de su tenor literal y del sentido y alcance de las normas;

5º) Que en cuanto a las infracciones de ley que se denuncian en relación con el Convenio de Berna sobre protección de las obras literarias y artísticas, tampoco se han producido en este caso, puesto que las normas que se invocan con este fin no son idóneas para arribar a una conclusión distinta a la ya enunciada, desde que su artículo 11 no difiere fundamentalmente de lo analizado en el considerando anterior; a su vez, en lo que concierne al párrafo 1) del artículo 11 bis, su texto debe subordinarse a lo normado en el párrafo 2) del mismo artículo que contiene una expresa limitación a los derechos allí descritos, al dejar en manos de la legislación de cada país establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1), de lo que se desprende que en esta materia priman las disposiciones de la ley interna que, como se ha visto, no contempla disposición alguna sobre la situación planteada, por cuanto siempre habla de “ejecución” y no de retransmisión por quien recibe la transmisión, la que, además -como se ha dicho- ya ha pagado los derechos respectivos;

6º) Que al no adolecer la sentencia que se impugna de ninguno de los errores de derecho que le atribuye el recurso, procede desestimar la nulidad de fondo interpuesta en su contra.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que disponen los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de

casación en el fondo deducido por el abogado don Alfredo Moncada Aguayo en representación de la demandante, la “Sociedad Chilena del Derecho de Autor” en lo principal de fojas 525, en contra de la sentencia de 27 de agosto de 1997, escrita a fojas 520, sin costas, por estimar el tribunal que la recurrente tuvo motivos plausibles para interponerlo.

Redacción del Ministro señor Carrasco.

Servando Jordán L., Oscar Carrasco A., Eleodoro Ortiz S., Enrique Tapia W., Jorge Rodríguez A