

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Comunicación pública. Habitación de hotel. Captación de emisiones.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Brasil

ORGANISMO: Tribunal de Alzada del Estado de Minas Gerais

FECHA: 3-10-1995

JURISDICCIÓN: Judicial

FUENTE: Texto del fallo en la base de datos CERLAC/Datalex. Bogotá, 1997.

OTROS DATOS: ECAD vs. Hotel Das S., Ltda.

SUMARIO:

“Cualquier especie de nueva emisión, cualquier reemisión o transmisión, de que el público venga a tener o pueda tener conocimiento, deberá ser expresamente autorizada por el autor, sus sucesores y cesionarios”.

“Se verifica el lucro indirecto cuando la música es utilizada como un elemento ambiental, con el objeto de hacer que el lugar sea más agradable y en consecuencia captar clientela. Nada importa que los negocios aumenten realmente. Revela que para eso se hace la sonorización”.

“Además de hacer el ambiente más agradable para sus empleados, el comerciante utiliza la sonorización para facilitar la captación de la clientela, obteniendo innegable beneficio propio. Se encuentra bien caracterizado el lucro indirecto, de tal modo que justifica el reclamo concerniente a los derechos de autor, pues el dueño del establecimiento no debe enriquecerse a costa de otros”.

“La adquisición, la propiedad y la posesión de aparatos receptores de radio, asociadas al hecho de que la empresa de radiodifusión ya haya recaudado la contribución debida por el derecho de autor de las composiciones artísticas transmitidas, no autorizan al usuario del aparato receptor a difundir, en iniciativa distinta de la mera recepción, el sonido recibido por la radio, para obtener algún provecho de esa segunda difusión, sea cual fuere. No veo necesario calificar el intuïto de esa segunda transmisión como provecho estrictamente económico que el usuario del aparato receptor radiofónico pueda extraer de ella; ni aun cuando sea estrictamente necesario asociar esa actividad a los fines quizás perseguidos de alguna actividad empresarial o profesional, por el usuario del aparato. Lo que me parece suficientemente claro en el texto federal, es la distinción que ocurre entre la audición de la transmisión radiofónica y su retransmisión para una nueva audiencia, para un alcance más amplio y diversificado que pueda, en alguna forma, corresponder a la comodidad, al interés, a la ventaja o a la satisfacción del emisor, porque si así no fuera, habría una restricción al derecho de propiedad autoral ” (del voto del Magistrado Bueno de Souza).

“En realidad, la contribución recaudada por la empresa de radiodifusión tiene como presupuesto la simple transmisión; y no, obviamente, otras actividades, ejercidas por terceros”.

“... el autor, al permitir la radiodifusión de sus obras, concede esta licencia a la estación respectiva. Los destinatarios de las emisiones pueden utilizarla en las mismas circunstancias en que se les permite hacer uso de la obra autoral reproducida: individualmente o en el ambiente familiar. Si pretenden aprovecharla en público, con la finalidad de lucro, están sujetos a nueva licencia de los creadores”.

COMENTARIO:

El lucro, directo o indirecto, es totalmente irrelevante para definir lo que es comunicación pública de una obra a los efectos del derecho exclusivo de su autor (y “*mutatis mutandis*”, la reflexión es absolutamente válida en relación con los derechos de comunicación pública –sea exclusivos o de simple remuneración, de acuerdo a la ley aplicable- que corresponden a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas). Ninguna norma convencional, comunitaria o nacional exige como requisito para que opere el derecho de comunicación pública que se realice con propósitos lucrativos, directos o indirectos. Otra cosa es que existan algunas limitaciones al derecho patrimonial que incluyen entre sus supuestos (los cuales deben aplicarse concurrentemente), ciertos actos de comunicación siempre que no tengan fines de lucro, por ejemplo, dentro de establecimientos educativos o en ceremonias oficiales o religiosas. Pero se trata de excepciones que deben estar previstas expresamente en la ley y que quedan sometidas a una interpretación restrictiva. © **Ricardo Antequera Parilli, 2007.**

TEXTO COMPLETO:

Según autos, siendo Apelante HOTEL DAS SAMAMBAIAS LTDA. y Apelada: ECAD - Organización Central de Recaudación y Distribución, se ACUERDA, RECHAZAR LA ACTUACION PRELIMINAR Y NEGAR PROCEDENCIA A LA APELACION.

VOTOS

LA SEÑORA JUEZ JUREMA BRASIL MARINS (Relatora): Conoce del recurso, propio, oportuno, regularmente preparado y procesado.

Se trata de acción ordinaria de cobro enjuiciada por ECAD -Organización Central de Recaudación y Distribución-, contra el HOTEL DAS SAMAMBAIAS LTDA., siendo la demandada condenada a pagar la suma de Cr\$334.323,70, a título de derechos de autor, además de las costas y honorarios de abogado, a razón de 10% sobre el valor de la causa.

Inconforme, apeló la demandada, postulando la reforma de la decisión monocrática, argumentando preliminarmente vicio de representación, puesto que el autor ingresó con la demanda, trayendo el poder sin acompañamiento de los estatutos u otros

documentos que otorgaran poderes de representación; y en mérito, sostiene que son indebidos los derechos de autor, por la simple retransmisión de obras musicales a través de aparatos receptores de radio AM y FM y su cobro acarrearía el “bis in idem”, porque las emisoras ya los pagan, y que no cobra “cover” artístico, no promueve bailes, “shows” o promociones con música en vivo, no obteniendo pues lucro alguno con la captación de música a través de radio.

En primer lugar, se pasa al examen de la preliminar de defecto de representación.

Según demuestra el instrumento público de mandato, el estatuto del apelado se encuentra debidamente registrado en la Notaría de Registro Civil de las Personas Jurídicas de Rio de Janeiro, en el Libro A-29, bajo el número 96.O58, en 12.11.87, habiéndose publicado en el Diario Oficial, Sección I, Folios 12.461/3, el 6.8.87.

Con el registro, el estatuto se volvió público, oponible “erga omnes”, de manera que corresponde a la apelante la prueba del hecho modificativo o impeditivo, CPC, art. 33-II, para eliminar la presunción de que la Superintendente Cecy Costa Dutra Lopes representa al apelado, en los términos del parágrafo 2º del art. 21.

Por otra parte, el apelado fue constituido para recaudar y distribuir los derechos de autor sobre obras musicales de autores nacionales afiliados a las asociaciones que la integran, así como extranjeros, pudiendo practicar, en nombre propio, todos los actos judiciales en defensa de tales derechos (art. 115 c/c el art. 104 de la Ley N° 5.988/73), correspondiéndole fijar normas para la unificación de los precios, sistema de cobros y distribución de derechos de autor (art. 117-IV de la Ley N° 5.988/73 y Resolución N° 543, de 22.7.87).

Así, se rechaza la preliminar

En lo concerniente al mérito, de acuerdo con el espíritu de la Ley N° 5.988/73, que protege los derechos de autor de toda y cualquier modalidad de audición pública, “donde quiera que se representen, ejecuten, declamen, interpreten o transmitan obras intelectuales...”, con el objeto de obtener lucro directo o indirecto, necesariamente se habrá de efectuar pagos por el derecho autoral, al artista que la ejecuta.

El hecho de que la apelante se limitó a reproducir sonidos a través de radio AM y FM no la exime del pago, puesto que la ley prohíbe que todos y cualquier establecimiento como teatros, cines, salones de bailes o conciertos, discotecas, bares, clubes de cualquier naturaleza, almacenes comerciales e industriales, estadios, circos, restaurantes, hoteles, reproduzcan obras musicales protegidas por la ECAD, sea la comunicación directa o indirecta, por cualquier forma (art. 30-IV según el parágrafo 1° del art. 73 de la Ley N° 5.988/73), permitiéndose solamente la captación radiofónica familiar en el ámbito familiar.

Antonio Chaves señala que: “cualquier especie de nueva emisión, cualquier reemisión o transmisión, de que el público venga a tener o pueda tener conocimiento, deberá ser expresamente autorizada por el autor, sus sucesores y cesionarios”, siendo que “la razón reside justamente en el hecho de que está implícito en ellas el intuito lucrativo” (Derecho Autoral de Radiodifusión”, pág. 371).

Según manifestación del Magistrado Eduardo Ribeiro: “se verifica el lucro indirecto cuando la música es utilizada como un elemento ambiental, con el objeto de hacer que el lugar sea más agradable

y en consecuencia captar clientela. Nada importa que los negocios aumenten realmente. Revela que para eso se hace la sonorización”. (JSTJ y TRF, vol. 30/76).

El Magistrado Barros Monteiro enfatizó: “Además de hacer el ambiente más agradable para sus empleados, el comerciante utiliza la sonorización para facilitar la captación de la clientela, obteniendo innegable beneficio propio. Se encuentra bien caracterizado el lucro indirecto, de tal modo que justifica el reclamo concerniente a los derechos de autor, pues el dueño del establecimiento no debe enriquecerse a costa de otros” (op. cit., pág. 77).

Aclara el Magistrado Bueno de Souza, REsp. N° 1297-RJ que: “La adquisición, la propiedad y la posesión de aparatos receptores de radio, asociadas al hecho de que la empresa de radiodifusión ya haya recaudado la contribución debida por el derecho de autor de las composiciones artísticas transmitidas, no autorizan al usuario del aparato receptor a difundir, en iniciativa distinta de la mera recepción, el sonido recibido por la radio, para obtener algún provecho de esa segunda difusión, sea cual fuere. No veo necesario calificar el intuito de esa segunda transmisión como provecho estrictamente económico que el usuario del aparato receptor radiofónico pueda extraer de ella; ni aun cuando sea estrictamente necesario asociar esa actividad a los fines quizás perseguidos de alguna actividad empresarial o profesional, por el usuario del aparato. Lo que me parece suficientemente claro en el texto federal, es la distinción que ocurre entre la audición de la transmisión radiofónica y su retransmisión para una nueva audiencia, para un alcance más amplio y diversificado que pueda, en alguna forma, corresponder a la comodidad, al interés, a la ventaja o a la satisfacción del emisor, porque, si así no fuera, habría una restricción al derecho de propiedad autoral”.

Con relación al “bis in idem”, así declaró el mismo Magistrado: “En realidad, la contribución recaudada por la empresa de radiodifusión tiene como presupuesto la simple transmisión; y no, obviamente, otras actividades, ejercidas por terceros” (“in op. cit”, págs. 77/78).

“Queda prohibida al establecimiento comercial la reproducción de obras musicales, protegidas

por la ECAD, a través de emisiones radiofónicas, admitiéndose solamente su captación individual y en el ámbito familiar” (Ap. Civ. N° 15O.684-3, relator Juez Sérgio Resende, RJTAMG 51/138).

Considerando los términos de la ley que rige el asunto ahora en discusión, no se configura “bis in idem” tal cobro, por cuanto, si así lo fuera, no existiría ley específica con respecto a la legalidad del cobro por la alegada transmisión radiofónica en ambientes públicos de hoteles y en especial, en virtud “de que el autor, al permitir la radiodifusión de sus obras, concede esta licencia a la estación respectiva. Los destinatarios de las emisiones pueden utilizarla en las mismas circunstancias en que se les permite hacer uso de la obra autoral reproducida: individualmente o en el ambiente familiar. Si pretenden aprovecharla en público, con la finalidad de lucro, están sujetos a nueva licencia de los creadores” (“Presupuestos de Derecho Autoral de Ejecución Pública”, Prof. Milton Fernandes, cap. IV, parágrafo 6°).

Mediante tales enseñanzas, se tiene que la sentencia del “a quo” posicionó adecuadamente la especie versada en el expediente, lo que vuelve inaceptables las razones del recurso expandidas por la empresa recurrente.

Así siendo, se niega provisión al recurso, manteniéndose la decisión monocrática, por sus propios fundamentos.

Costas del recurso por cuenta de la apelante.

VOTOS

EL SEÑOR JUEZ PARIS PENA: Acompaño el voto de la Relatora.

EL SEÑOR JUEZ QUINTAO: Confieso que el voto de la ilustre Relatora, muy bien formulado y fundamentado, como sucede en sus trabajos, condujo bien el análisis de la cuestión y sacó una conclusión adecuada, también es mi opinión.

Sin embargo, me gustaría resaltar que todavía no he logrado llegar a una convicción absoluta de que el cobro de derechos autorales en retransmisiones radiofónicas no constituya un “bis in idem”. Está claro que si estuviéramos ante una situación semejante al impuesto selectivo, donde la radio que

pagara quedara acreditada para otra oportunidad, si eso fuera posible de controlar, no se podría hablar de cobro doble o múltiple.

Los argumentos contenidos en el voto de la Relatora son serios, bien encadenados y lógicos. Yo los acompaño, no sin hacer esa observación, permitiéndome continuar a meditar sobre la cuestión, con el fin de posicionarme definitivamente en uno o en otro sentido. Mientras tanto, me acojo también a la colocación hecha por la Relatora.