

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. Captación de emisiones. Música ambiental.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Brasil

**ORGANISMO:** Superior Tribunal de Justicia, Sección 4ª

**FECHA:** 28-4-1992

**JURISDICCIÓN:** Judicial

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

**OTROS DATOS:** ECAD vs. Restaurante P. Ltda y otros.

### SUMARIO:

*Ante la apelación interpuesta por varios restaurantes contra la decisión que los condenaba al pago de las remuneraciones correspondientes a los autores por la comunicación pública de sus obras a través de “música ambiental” captada de emisiones de radiodifusión, el Tribunal de Alzada dijo:*

*“... la utilización de música en establecimientos comerciales, aun tratándose de una retransmisión radiofónica, está sujeta al pago de derechos autorales, por generarse lucro indirecto, a través de la captación de clientela”.*

*“El comerciante puede, pues, utilizar música ambiental, sin embargo, es justo que pague por el lucro indirecto que percibe por el trabajo ajeno”.*

*“... la amplia documentación comprueba que existe por parte de los compositores una asociación, revelándose, en contrapartida, que no existe cualquier documento que autorice a las apelantes a la ejecución de obras musicales lo que, adicionado a la legitimidad de la apelada para actuar en defensa de los asociados, inexorablemente hace repeler la argumentación presentada en las motivaciones del recurso”.*

### COMENTARIO:

Se recoge así lo dispuesto en el artículo 11 bis 1 del Convenio de Berna, cuando contempla como derechos distintos el de la radiodifusión de las obras y el de la comunicación pública de la obra radiodifundida, mediante altavoz u otro instrumento análogo. Por lo demás, 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 el 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:

### SENTENCIA

*Leído, relatado y discutido este expediente, acuerdan los Ministros de la Sección Cuarta del Tribunal Superior de Justicia, por unanimidad, conocer del recurso y negarle su procedencia. Han votado con el Relator los Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro y Fontes de Alencar.*

### EXPOSICION

**MINISTRO RELATOR SALVIO DE FIGUEIREDO:**  
- Se trata de recurso especial interpuesto contra la sentencia, y se resume así:

*“Derecho de autor - Interdicto prohibitorio - Legitimidad.*

*Se confiere a la Organización Central de Recaudación y Distribución -ECAD- legitimidad para venir a juicio en defensa de los compositores afiliados a esa entidad. Por eso, el interdicto prohibitorio por ella postulado es procedente, en la medida que se constata el hecho de que están siendo ejecutadas creaciones musicales sin la debida contraprestación.*

*Se niega el recurso de apelación interpuesto por el Restaurante Peking Ltda y otros.”*

*Entre las razones de la apelación, alegan los recurrentes violación de los arts. 267, parágrafo 3º, CPC, 103, parágrafo 2º, 104 y 73 de la Ley 5.988/73, además de desacuerdo con la jurisprudencia, citando, para ello, decisiones del ilustre Magistrado y de esta Corte.*

*Aportada la contestación, se admitió el recurso por el disenso.*

### VOTO

**MINISTRO SALVIO DE FIGUEIREDO (RELATOR):**  
- Se trata de una acción de interdicto prohibitorio

*acumulada con indemnización por pérdidas y daños promovido por ECAD - Organización Central de Recaudación y Distribución - con el objetivo de prohibir la ejecución musical en establecimientos comerciales que hagan uso de música ambiental sin autorización.*

*Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la materia.*

*Sin embargo, antes de entrar al mérito, cumple apreciar las preliminares suscitadas por los recurrentes, o sea, no ocurrir preclusión de la acción y falta de legitimidad a la ECAD para representar a sus asociados.*

*A este propósito, señaló el ilustre Vicepresidente del Tribunal de Alzada de Paraná, Doctor Nasser de Melo: “En lo concerniente a la letra “a” del orden constitucional, el recurso no merece seguimiento. No ocurre la alegada negativa de vigencia del artículo 267 parágrafo 3º del Código de Proceso Civil. Es cierto que la sentencia observó inicialmente que habiéndose decidido la “materia preliminar en el fundamento saneador del folio 366/367, no se interpuso ningún recurso de esa decisión, motivo por el cual, con innegable acierto, fue registrado que se operó la preclusión al respecto. También es cierto que la materia que consta en los incisos IV y VI del artículo 267 del Código de Proceso Civil no precluye para el juicio, o sea, puede ser revisada. Con todo, eso no significa que sea concedida a la parte que silenció cuando de su decisión, la facultad de resucitarla, con la correspondiente exigencia de respuesta” (sic., folios 499/500).*

*Sin embargo, a continuación se ve que la decisión impugnada volvió a apreciar las preliminares, puesto que ponderó: “Al lado de eso, se observa que no se vislumbra cualquier falta de presupuesto procesal -como la suscitada ineptitud de la inicial-, tampoco la carencia de acción, visto que, según lo instituido por la Ley 5.988, de 14.12.73, pues*

la decisión recurrida en ningún momento dedujo que la ECAD tendría legitimidad para representar a quien no estuviera afiliado a las asociaciones congregadas en ella.

Por el contrario, se recoge, de los fundamentos de la sentencia, lo siguiente: "... la amplia documentación comprueba que existe por parte de los compositores una asociación, revelándose, en contrapartida, que no existe cualquier documento que autorice a las Apelantes la ejecución de las obras musicales lo que, adicionado a la legitimidad de la Apelada para actuar en defensa de los asociados, inexorablemente hace repeler la argumentación presentada en las motivaciones del recurso".

En cuanto a la divergencia interpretativa con relación a esos puntos, la alejó bajo los siguientes fundamentos: "Es de resaltar que la primera y segunda decisiones presentadas como paradigmas -folios 520/522 y 525/526, respectivamente- no son suficientes para demostrar la divergencia pretendida. La primera trata sobre el sentido y el alcance del artículo 267 parágrafo 3º del Código de Procedimiento Civil, trayendo consideraciones de orden procesal, no obstante sin presentar similitud de hecho con la cuestión del expediente. La segunda trata de un caso donde se ha discutido que la legitimidad activa de la ECAD se circunscribe a los compositores asociados, restringiéndose -solamente en cuanto a ellos- los límites de la conminación impuesta en el interdicto prohibitorio. Sin embargo, en autos, esta asociación se consideró demostrada a través de amplia documentación. Además, esta cuestión está relacionada con las pruebas, cuyo reexamen está prohibido en aras del recurso especial".

También se indicó que la violación al art. 73 y sus parágrafos, de la Ley 5.988/73. Sin embargo, en cuanto al punto, el recurrente se limitó a referirse genéricamente a los dispositivos, no obstante, sin realizar la necesaria demostración objetiva, mencionando de qué manera y sobre qué aspecto habría la sentencia incurrido en el alegado agravio.

Prefirió el recurrente, en este particular, transcribir la decisión de la Tercera Sección de este Tribunal, que, analizando aspectos concernientes a la obtención de lucro indirecto y ocurrencia de "bis in idem", se detuvo pormenorizadamente en el

análisis del referido art.73, confiriendo la exégesis que le pareció más adecuada.

Por otra parte, con base en esa decisión (983-RJ, siendo relator el Señor Ministro Waldemar Zveiter) es que, por la divergencia, fue admitido en el origen el recurso especial.

En efecto, según se ha esforzado el recurrente en demostrar, el paradigma traído a confrontación guarda similitud incontestable con la hipótesis del expediente.

Ocurre que ese paradigma fue objeto de embargos de divergencia, de los que fuí relator (Embargos de Divergencia en el Recurso Especial nº 983-RJ, juzgado en 27.8.90 y publicado en el Diario de Justicia de 3.9.90).

Finalmente, prevaleció en pronunciamiento mayoritario de la Segunda Sección de este Tribunal el siguiente entendimiento:

"Derechos autorales. Música ambiental en establecimiento comercial. Retransmisión. Pago debido. Precedentes. Entiende la sección de derecho privado, por mayoría, que la utilización de música en establecimientos comerciales, aún tratándose de retransmisión radiofónica, está sujeta al pago de derechos autorales, por generarse lucro indirecto, a través de la captación de clientela"

En aquella oportunidad se confrontaron las tesis y posiciones jurisprudenciales y doctrinarias. Ya suficientemente discutida la cuestión, no hay lugar para reavivar la polémica.

Por los mismos fundamentos del voto que he proferido en aquella ocasión, conozco del recurso, negándole su procedencia.

#### VOTO

EL SEÑOR MINISTRO BARROS MONTEIRO: Señor Presidente, en lo concerniente a la legitimidad del ECAD, la cuestión se decidió a la luz de los elementos probatorios que constan en el expediente. Por otra parte, no ocurre el alegado "bis in idem" en el cobro de los derechos de autor, aclarado como fue que la transferencia hecha por MUSITEL es para recepción individual. En cuanto al precedente de la Egregia Sección Tercera, de la cual fue Relator el Eminente Ministro Waldemar

*Zveiter, se debe observar que el mismo no se presta a confrontación en este caso, ni aún a título de refuerzo de argumentación, porque esta sentencia, como mencionó el Eminente Ministro Relator, fue reformada con ocasión del juzgamiento de los embargos de divergencia por la Egregia Sección Segunda.*

*En lo referente al mérito, la sentencia cumplió exactamente lo enunciado en el Art. 73 de la Ley de Derechos de Autor. El comerciante puede, pues, utilizar música ambiental; sin embargo, es justo que pague por el lucro indirecto que percibe por el trabajo ajeno.*

*Acojo la decisión del Ministro Relator.*

#### VOTO

*EL SEÑOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Señor Presidente, aunque no haya escuchado una parte de la sustentación oral, lo cierto es que el informe me fue encaminado previamente. Por lo tanto, de él tengo entero conocimiento y habiendo acompañado atentamente todo lo demás que pasó en la sesión, y tratándose de materia familiar a esta Corte, me doy por suficientemente esclarecido para votar y lo hago, suscribiendo el digno voto del eminente Ministro Relator.*

#### VOTO

*EL EXCELENTISIMO SEÑOR MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Señor Presidente, acojo las explicaciones del Señor Ministro Bueno de Souza en cuanto a que tomó conocimiento del informe oportunamente y asistió al debate de los Eminentes Abogados, por lo cual me siento capacitado para proferir voto.*

*En el caso, la tesis hoy discutida aquí es la que me dejaba en minoría en esta Sección; era yo el voto disonante. Con todo, la Sección Segunda entendió diferentemente en los embargos de divergencia ya mencionados.*

*Así, guardando armonía con la posición adoptada por la Sección de Derecho Privado de esta Corte, acojo la decisión del Eminente Ministro Relator.*