Derechos de Autor y Habitaciones de Hoteles

Un Estudio desde el Derecho Internacional y la Comparación Jurídica

Eduardo de la Parra Trujillo

Prologo de Fernando Zapata López

DERECHOS DE AUTOR Y HABITACIONES DE HOTELES:

UN ESTUDIO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA COMPARACIÓN JURÍDICA

Eduardo de la Parra Trujillo

Para Eduardo y Malú,

mis padres.

Primera edición, 2019.

DERECHOS DE AUTOR Y HABITACIONES DE HOTELES:
UN ESTUDIO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL
Y LA COMPÁRACIÓN JURÍDICA

Edición electrónica.

Autor: Eduardo de la Parra Trujillo
Imagen de portada: Daniela Nallely Guevara García
Diseño de portada y maquetación: José Manuel Guevara García

ISBN: 978-607-30-2630-7

Derechos reservados 2019. Todos los derechos reservados conforme a la ley. Las características de esta edición, así como su contenido, no podrán ser reproducidas o transmitirse bajo ninguna forma o por ningún medio, electrónico, mecánico, incluyendo fotocopiado y grabación, ni por ningún sistema de almacenamiento y recuperación de información sin permiso por escrito del propietario del Derecho de Autor.

© Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México
© Eduardo de la Parra Trujillo

Hecho en México.

Directorio

Enrique Graue Wiechers

Rector

Leonardo Lomelí Vanegas

Secretario General

Javier Nieto Gutiérrez

Coordinador General de Estudios de Posgrado

Carlos Humberto Reyes Díaz

Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho

Entidades

Manuel Martínez Justo

Facultad de Estudios Superiores Acatlán

Fernando Macedo Chagolla

Facultad de Estudios superiores Aragón

Raúl Contreras Bustamante

Facultad de Derecho

Pedro Salazar Ugarte

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Héctor Alejandro Ramírez Medina

Coordinador Editorial

ÍNDICE

ACERCA DEL AUTOR 13

ABREVIATURAS 14

PRÓLOGO 15

INTRODUCCIÓN 19

CAPÍTULO I

ELEMENTOS DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

1.- Justificación del presente capítulo 23

2.- Preámbulo: la propiedad intelectual frente al fenómeno de la radiodifusión y su uso en el sector hotelero 24

3.- La diferencia entre los derechos de autor y los derechos conexos 29

4.- Los derechos de autor 32

4.1.- Objeto de los derechos de autor 32

4.2.- Sujeto de los derechos de autor 33

4.3.- El contenido de los derechos de autor 34

4.3.1.- Derechos morales 35

4.3.1.1.- Derecho de divulgación 36

4.3.1.2.- Derecho de paternidad 36

4.3.1.3.- Derecho de integridad 36

4.3.1.4.- Otros derechos morales 37

4.3.2.- Derechos de explotación 37

4.3.2.1.- Derecho de reproducción 41

4.3.2.2.- Derecho de distribución 43

4.3.2.3.- Derecho de comunicación pública 45

4.3.2.4.- Derecho de transformación 49

4.3.3.- Derechos de simple remuneración 50

5.- Los derechos conexos. 50

5.1.- Derechos de los artistas (intérpretes o ejecutantes) 51

5.2.- Derechos de los productores de fonogramas 53

5.3.- Derechos de los organismos de radiodifusión 54

5.3.1.- Objeto 55

5.3.2.- Sujeto 57

5.3.3.- Contenido 57

6.- La regulación jurídica de las utilizaciones secundarias de las obras radiodifundidas 60

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO INTERNACIONAL DE LA COMUNICACIÓN PÚBLICA EN LAS HABITACIONES DE HOTEL

1.- Introducción al Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual 63

2.- Derechos de autor (I): el Convenio de Berna 64

2.1.- La regulación del derecho de comunicación pública en el Convenio de Berna 64

2.2.- El derecho primario de radiodifusión 65

2.3.- Los derechos sobre las utilizaciones secundarias de las obras radiodifundidas 68

2.3.1.- La comunicación pública por altavoz o televisión de obras radiodifundidas 71

2.3.2.- La retransmisión de obras realizada por quien no tiene carácter de organismo de radiodifusión 78

3.- Derechos de autor (II): el TODA 82

4.- Derechos conexos (I): la Convención de Roma 84

4.1.- Fundamento jurídico de los derechos de artistas y productores de fonogramas. 84

4.2.- Situación de los derechos de los organismos de radiodifusión 86

5.- Derechos conexos (II): el TOIEF 93

6.- Derechos conexos (III): el Tratado de Pekín 95

7.- Recapitulación 96

CAPÍTULO III

TÓPICOS EN EL DEBATE JURÍDICO

1.- Introducción a las principales objeciones esgrimidas por los hoteles 97

2.- El carácter privado de las habitaciones y la inviolabilidad del domicilio 97

2.1.- La comunicación es "pública" según la relación jurídica entre el comunicador y los posibles receptores, no por el lugar donde se recibe la obra 98

2.2.- No se afecta la privacidad e inviolabilidad del domicilio (ni de huéspedes, ni del empresario hotelero) 109

2.3.- Se quebrantaría injustificadamente el principio de igualdad 113

3.- La comunicación no la hace el hotel, sino un servicio de televisión restringida 116

4.- La contratación de un servicio de televisión restringida excluye las obligaciones en materia de derechos de autor 124

5.- La supuesta falta de finalidad lucrativa 136

5.1.- Los derechos de autor protegen, incluso, frente a usos no lucrativos 137

5.2.- Los hoteles sí incurren en fines lucrativos (lucro indirecto) 141

6.- El pago a otro titular de derechos exime de cumplir con el resto de derechos 153

7.- La ausencia de acceso efectivo de las obras por parte de los huéspedes 154

8.- Los hoteles no son organismos de radiodifusión, y por ende, no pueden realizar actos de retransmisión 160

9.- La jurisprudencia comparada está cambiando de sentido 164

9.1.- El caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 164

9.2.- El caso de la Corte Constitucional de Colombia 174

10.- Conclusiones sobre estos tópicos 182

CONCLUSIONES GENERALES 183

BIBLIOHEMEROGRAFÍA 185

ACERCA DEL AUTOR

Eduardo de la Parra Trujillo es un académico, abogado postulante y experto mexicano en materia de Propiedad Intelectual. Sus estudios académicos han recibido condecoraciones con el "Premio a la Mejor Tesis Doctoral en Ciencias Sociales" de la Academia Mexicana de Ciencias, el *Accesit* del Premio ASEDA en Derechos de Autor (España), el "Premio Marcos Kaplan" del IIJ-UNAM, el "Premio Ernesto Aracama Zorraquín" de la Asociación de Derechos Intelectuales (Argentina), etc.

Cuenta con Doctorado en Derecho, con mención honorífica, por el IIJ-UNAM; con una Maestría en Propiedad Intelectual y Derecho de la Sociedad de la Información, por la Universidad de Alicante, España; es Especialista en Propiedad Intelectual por la Universidad Panamericana; cursó el Posgrado en Derechos de Autor y Derechos Conexos en la Universidad de Buenos Aires, Argentina; así como cuenta con diversos cursos y certificaciones de la OMPI; es Licenciado en Derecho, con mención honorífica, por la FD-UNAM.

Ha escrito los siguientes libros: *Derechos humanos y derechos de autor: las restricciones al derecho de explotación* (IIJ-UNAM), *Introducción al derecho intelectual* (Porrúa), *Retransmisiones televisivas, derechos de autor y telecomunicaciones. El debate sobre el must offer y el must carry* (Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN), *Libertad de expresión y acceso a la información* (Comisión Nacional de los Derechos Humanos), *El derecho a la propia imagen* (Tirant lo Blanch), y *Derechos de los autores, artistas e inventores* (IIJ-UNAM). Y es coordinador de los libros: *Propiedad intelectual: análisis de casos* (Tirant lo Blanch), y *Cine y Derechos humanos* (Porrúa). Asimismo, es autor de varios artículos y ensayos publicados en Argentina, Brasil, España y México.

En el Posgrado de la FD-UNAM imparte las materias "Derecho Autoral I", "Derecho Autoral II", y "La Propiedad Intelectual de la Empresa"; en la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad Panamericana dicta el curso sobre "Derecho a la Propia Imagen"; asimismo, es docente del Instituto de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia (IPIDEC), el programa de licenciatura en derecho de la FD-UNAM, el posgrado de la Universidad Panamericana campus Guadalajara, y el Centro de Capacitación Cinematográfica (CCC).

ABREVIATURAS

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
AISGE	Artistas, Intérpretes, Sociedad de Gestión
BIRPI	Buroes Internacionales Unidos para la Protección de la Propiedad Intelectual
CERLALC	Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe
CISAC	Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores
Convención de Roma	Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión
Convención de Viena	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
Convenio de Berna	Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
FCE	Fondo de Cultura Económica
FD-UNAM	Facultad de Derecho de la UNAM
IIJ-UNAM	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Perú
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
Tecnológico de Monterrey	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
T-MEC	Tratado México-Estados Unidos-Canadá
TODA	Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor
TOIEF	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas
TPP-11	Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico
Tratado de Pekín	Tratado de Beijing o Pekín sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

PROLOGO

Por una generosa y amistosa petición del autor, he tenido el privilegio de leer esta nueva obra del doctor Eduardo de la Parra Trujillo, titulada "Derechos de Autor y Habitaciones de Hoteles: Un estudio desde el derecho internacional y la comparación jurídica". Una obra, cuyo título por sí mismo sugiere un tema de singular importancia y de reiterada actualidad por las posiciones extremas de un sector que, como el hotelero, se empeña en acudir a todo tipo de subterfugios para desconocer la capacidad de los autores y titulares de derecho de autor de controlar la explotación de las obras en el ámbito de las habitaciones de hoteles y hospedajes. Este texto, me permito anticiparlo, será por su temática, de obligatoria lectura para los estudiosos e interesados en el derecho de autor y la gestión colectiva.

El Doctor de la Parra Trujillo, anunció en las primeras palabras de la Introducción a su libro que buscaría que en sus páginas el derecho hablara aludiendo al aforismo latino *"Ius sempeter loquitur*", y, a fe, que lo logró con lujo de detalle y de profundidad manifiesta. En desarrollo de dicho propósito, puso en evidencia la ventaja competitiva que caracteriza al Sistema Internacional de Protección del Derecho de Autor respecto de otros sistemas internacionales que procuran la integración de múltiples y variadas disciplinas en el mundo, pero que a diferencia del de derecho de autor, no comportan mecanismos de obligada observancia como los mínimos establecidos en el Convenio de Berna y los arreglos particulares entre los países de la Unión de Berna como el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor de 1996, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio -Acuerdo sobre los ADPIC- o los muchos tratados que hoy existen de promoción comercial -conocidos también como tratados de libre comercio. Este sistema internacional de protección del derecho de autor impone a los países miembros de la Unión que establece el Convenio de Berna, comportamientos eficaces y uniformes, obligando a los legisladores nacionales a dibujar una protección conforme a los cánones mínimos allí establecidos, y a los jueces y magistrados a sustanciar los contenciosos que conozcan acorde con esos mínimos establecidos. Todo ello nos lo recordó el licenciado De la Parra Trujillo en el decurso de su exposición.

Cierto que, para llegar el autor a lo arriba señalado, no solo obligó a hablar al derecho con toda la sindéresis y la lógica propia de un sistema jurídico, sino que lo explicó con la simpleza y la maestría de quien conoce la imbricada relación entre los tratados y convenios internacionales y la legislación nacional. En medio de esa explicación hizo ideología de la capacidad del derecho de autor para controlar los derechos de explotación de los autores en el ámbito de los hoteles y hospedajes. Puso en contexto, explicó y desarrolló la génesis del artículo 11bis del Convenio de Berna desde su revisión en Roma en 1928 y Bruselas de 1948 hasta su complemento con el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor de 1996. Serpenteó por entre los romanos 1, 2 y 3, de dicho artículo 11bis y, en particular, de los dos últimos poniendo de relieve todas las discusiones que entonces se dieron entre la necesidad de proteger y la supuesta vulneración de un interés colectivo superior.

Es un verdadero deleite académico ver el alarde de pedagogía con que el autor hizo largas referencias a la distinción entre el acto de emitir y el acceso efectivo, como presupuesto para entender las implicancias del derecho de comunicación pública contenido en el artículo 11bis del Convenio de Berna, o las referencias a la forma como operan las utilizaciones secundarias de las obras radiodifundidas valiéndose de referencias a connotados tratadistas y académicos del derecho de autor, tanto europeos como latinoamericanos, dentro de los cuales destaco a Antonio Delgado Porras, el español maestro de todos y preclaro inspirador de las leyes latinoamericanas sobre derecho de autor del último cuarto del siglo XX.

La obra de De la Parra Trujillo abunda en opiniones asertivas sobre el derecho de autor, propias de quien hace gala de un amplio y profundo conocimiento de la materia sin ambages ni concesiones, y apela a citas y a opiniones suyas ya vertidas en obras que le anteceden a esta que se prologa, como cuando señala que "los derechos de autor solo sirven para controlar actos de comunicación pública, mientras que los actos de comunicación privada quedan excluidos de su alcance".

Conozco de vieja data a Eduardo de la Parra Trujillo, supe de él por boca de Antonio Delgado cuando cursaba su maestría en propiedad intelectual y derecho de la sociedad de la información en la Universidad de Alicante, España, y por colegas mexicanos, dada mi estrecha relación con este país desde mediados de los años 80. He conocido de su dedicación y de su prolífica pluma, que ha contribui-

do a una bibliografía cierta y confiable sobre derecho de autor y al fortalecimiento de su protección tanto en un entorno analógico como digital. No obstante, debo señalar que, como colombiano, me sorprendió con el minucioso conocimiento que Eduardo revela en su obra sobre la posición que ha asumido la Corte Constitucional de Colombia en relación con la vigencia del derecho de autor en el uso de las obras puestas a disposición de los huéspedes por parte de los hoteles y en la distinción que ha hecho ese alto tribunal entre el sujeto que se beneficia con la puesta disposición de la obra y el lugar en que se realiza esa puesta a disposición.

Por la época en que se expidió la Ley 300 de 1996, conocida como la ley de turismo, cuyo artículo 83 dio lugar a la sentencia C-282/97 en donde la Corte Constitucional resolvió declarar contraria a la Constitución de Colombia la asimilación que a domicilio privado hacía dicho artículo de las habitaciones de los hoteles para considerar como libre el uso de las obras que allí se hacía, fungía yo como Director Nacional de Derecho de Autor de Colombia, y por lo mismo tanto, puedo testimoniar sobre el elevado interés y la incidencia que el doctor Delgado Porras, profesor del entonces destacado discípulo De la Parra Trujillo, tuvo en las resultas de ese destacado proceso de constitucionalidad.

Por todo lo antes dicho, estimo obligado reiterar que la obra del abogado y académico y, hoy, destacado profesor de juventudes, se convertirá, por el tema y la manera en cómo fue abordado y desarrollado, en un libro de obligada consulta para todos aquellos quienes desde un extremo u otro necesiten de información relevante y comparada sobre la utilización de las obras en las habitaciones de hoteles y hospedajes.

Fernando Zapata López
Profesor de Derecho de Autor en la
Universidad Nacional de Colombia

INTRODUCCIÓN

"*Ius semper loquitur*" es un antiguo aforismo latino y el nombre de un auditorio de la Facultad de Derecho de la UNAM. Hace casi 25 años, junto con otros alumnos de recién ingreso, acudí a ese auditorio para la jornada de inducción y bienvenida para la nueva promoción de aspirantes a jurista. En ese evento nos explicaron el significado de "*ius semper loquitur*": el Derecho siempre habla.

Y, precisamente, esa es la razón del presente libro: dejar hablar al Derecho. Concretamente, dejarlo hablar sobre un tema en el que su voz es clara y firme (pero muchos no quieren escucharla), consistente en los derechos de autor aplicables al uso de obras en las habitaciones de hotel.

Desde hace décadas, existe un consenso en la doctrina especializada (que se ha reflejado en las resoluciones de la mayoría de los tribunales del mundo) sobre que los establecimientos hoteleros necesitan licencias de derechos de autor y tienen que pagar regalías, por poner obras a disposición de sus huéspedes en las habitaciones de esos establecimientos de hospedaje.

Y a pesar de las normas jurídicas existentes, ¿por qué, a veces, no se escucha lo que dice el Derecho en estos casos? La respuesta es multifactorial. En muchos casos, se debe a la ignorancia de abogados y algunos jueces; pues debe reconocerse que el tema de los derechos de autor sigue teniendo algo de esotérico en el ámbito latinoamericano. Asimismo, hay muchos mitos y lugares comunes en la materia, como el pensar que las habitaciones hotel son inmunes a la aplicación del Derecho Autoral o que un mero pago a un cabledistribuidor u operador de televisión satelital cubre todos los derechos de propiedad intelectual involucrados; pero nada es más falso, hay que dejar hablar al Derecho para evidenciar esos mitos. Finalmente, hay mucho de oposición económica, normal, pero jurídicamente injustificada, pues debemos atender a lo que dicta la norma jurídica, no a los deseos de los destinatarios de la norma de ahorrarse un dinero.

Con más de veinte años de experiencia en la práctica profesional de la propiedad intelectual, así como con varios lustros de ejercer la docencia universitaria y la investigación jurídica en estos temas, el que esto escribe es un firme convencido de que las normas de derechos de autor deben cumplirse y respetarse, y que, dentro de estas normas, están las que califican como actos de comunicación pública a la puesta a disposición de obras en habitaciones de hotel.

Precisamente, sobre ese tema, nos quedó muy clara la situación desde el año 2002, cuando dentro de los cursos de maestría en la Universidad de Alicante, el destacado profesor, Antonio Delgado Porras (q.e.p.d.), un verdadero sabio de los derechos de autor nos explicó el derecho de comunicación pública, y dentro de este, dedicó considerable tiempo a exponer la situación jurídica de las habitaciones de hotel frente a los derechos de autor. Nuestras lecturas posteriores, tanto de sentencias como de doctrina, no han hecho más que reiterar y ratificar lo explicado por el profesor.

Sin embargo, a pesar de ser conocimiento probado y comprobado, cada cierto tiempo surgen voces que cuestionan la aplicación de los derechos de autor en las habitaciones de hotel. Muchas de esas voces derivan del desconocimiento del tema o de la sana duda; otras, las menos, surgen de una deliberada intención de engañar.

El presente libro pretende dar respuesta a todas esas voces. Busca dejar que el Derecho hable, claro y fuerte, sobre el tema objeto de estudio.

El enfoque de este libro parte del Derecho Internacional, pues como es sabido, el componente internacional que tienen las normas de propiedad intelectual es muy marcado. Concretamente, sobre el tema que nos interesa, desde 1948 se establecieron las normas jurídicas aplicables a las habitaciones de hotel en el Convenio de Berna, por lo que vale utilizar aquí el método deductivo, partiendo de la generalidad del Derecho Internacional.

Lo anterior nos permite ser congruente con el otro enfoque metodológico del libro: la comparación jurídica. El presente trabajo no pretende ser un estudio del Derecho Mexicano (donde apenas comienza el debate en este tema), sino del llamado "Derecho Comparado" (con un fuerte énfasis en el sector iberoamericano), por lo que, prácticamente, no encontraremos aquí resoluciones dictadas en México, pues no es el propósito del libro. En cambio, se expondrán las sentencias más destacadas de otros países, mucho más avanzados en el tema de estudio.

Con esto, la presente obra, al no estar referida a un país en específico, beneficiará al lector de cualquier región, en especial de los países de la América Latina, España y Portugal. Asimismo, esto nos permitirá apreciar la globalidad del tema, pero a su vez, extraer conclusiones que pueden aplicarse a cada país en lo particular.

De ahí lo benéfico y útil de valernos de estos enfoques de Derecho Internacional y comparación jurídica.

Un último apunte metodológico: el objeto del presente estudio son los derechos de autor, no los derechos conexos ni otros derechos de propiedad intelectual. Únicamente trataremos ciertos aspectos de derechos conexos para aclarar los temas de derechos de autor.

En el primer capítulo, se explican los aspectos básicos de los derechos de autor y los derechos conexos (sobre todo, en beneficio de quienes no están muy familiarizados con estas materias), así como se dan los primeros apuntes introductorios a la problemática del presente libro.

El segundo capítulo toca de lleno el tema de las normas jurídicas internacionales aplicables al uso de obras en habitaciones de hotel, por lo que analizamos los principales tratados que regulan el tema y dan sentido a todas las legislaciones nacionales del ámbito iberoamericano. Además del necesario enfoque dogmático, echamos mano del método histórico, en especial, para comprender el surgimiento y evolución de esas normas.

En el tercer capítulo, entramos de lleno al análisis de los tópicos normalmente esgrimidos para negar la aplicabilidad de los derechos de autor a las habitaciones de hotel. Aquí nos valemos de la doctrina académica y de las apabullantes sentencias de otros lares, para demostrar las obligaciones que los derechos de autor imponen a los hoteles.

Finalmente, se cierra el libro con las conclusiones derivadas del estudio realizado en los capítulos previos.

Queda sólo agradecer al Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, y en especial, al Dr. Carlos Humberto Reyes, el sumo interés y el apoyo para que el presente trabajo llegara a buen puerto. Asimismo, aprovecho estas líneas para reconocer la labor jurisdiccional del Magistrado Víctor Francisco Mota Cienfuegos, ejemplo de juzgador imparcial que no aplica prejuicios, sino que dejó que el Derecho hablara sobre el tema que nos atañe. También quisiera dedicar este modesto trabajo a la memoria de Antonio Delgado Porras, de quien pude beber los más depurados conocimientos sobre la comunicación pública, tanto en Alicante como en Buenos Aires. Por último, se agradece al lector, quien está dispuesto a analizar el tema a la luz de los argumentos jurídicos, dejando atrás los mitos.

CAPÍTULO I
ELEMENTOS DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

1.- Justificación del presente capítulo.

El tema analizado en este libro presenta algunos tecnicismos en materia de Derecho Intelectual, que pueden solventarse sin mayor problema teniendo unas bases conceptuales sólidas.

El debate sobre la aplicación de los derechos de autor al uso de obras dentro de las habitaciones de hotel, muchas veces está salpicado de prejuicios, desconocimiento, y desde luego, de intereses económicos que buscan preservar esa falta de información. Por tal razón, no puede abordarse el tema del presente trabajo si no contamos con los elementos básicos sobre el alcance de los derechos de autor.

Sin embargo, aunque el tema central de este libro son los derechos de autor, no basta con conocer los conceptos mínimos de estos, sino que también es necesario adentrarse en el estudio introductorio de los derechos conexos (especialmente el derecho conexo de los organismos de radiodifusión) dado que estos también inciden en las obligaciones que tienen los establecimientos hoteleros, pero se les suele confundir con los derechos de autor, o peor aun, se les utiliza como justificación para incumplir o violar los derechos de autor. Por tal razón, resulta importante distinguir entre ambos tipos de derechos.

Explicado todo lo anterior, ahora sí, podremos entrar al análisis de la aplicabilidad que tienen los derechos de autor y los derechos conexos en las habitaciones de los hoteles, dando lugar al fenómeno de las utilizaciones secundarias de las obras radiodifundidas, aspecto con el que terminaremos el presente capítulo.

No está de más reiterar que el método utilizado en este capítulo es el de la comparación jurídica, especialmente la del ámbito iberoamericano, por lo que procuraremos referirnos a las leyes de la región al desarrollar los temas.

2.- Preámbulo: la propiedad intelectual frente al fenómeno de la radiodifusión y su uso en el sector hotelero.

Hemos de comenzar con una breve introducción a la radiodifusión de obras y su marco jurídico en sede de Derecho Intelectual (no siendo relevante para el presente estudio su regulación en el marco del Derecho las Telecomunicaciones), en virtud de que, al día de hoy, la radiodifusión sigue siendo la fuente primaria de donde los hoteles obtienen el entretenimiento para sus habitaciones.

Normalmente, las empresas de hospedaje contratan proveedores de servicios de televisión restringida (por cable, microondas o satélite) para obtener las obras audiovisuales y musicales que pondrán a disposición de sus huéspedes en las habitaciones. En los menos casos, el hotel sólo proporcionará aparatos de radio y televisión en las habitaciones para aprovecharse de las señales abiertas (evidentemente, se trata de hoteles de menor categoría). Pero en ambos casos hay "radiodifusión" de obras, por lo que es importante conocer este fenómeno y su alcance jurídico.

Existen países donde la expresión "radiodifusión" tiene un significado específico en el Derecho de las Telecomunicaciones y otro diferente en el Derecho de la Propiedad Intelectual. Tal es el caso de México, donde, en la primera disciplina, "radiodifusión" únicamente es la transmisión de imágenes y/o sonido por el espectro radioeléctrico (es decir, la radio y televisión abiertas), mientras que en la segunda rama jurídica abarca una amplia gama de comunicación a distancia, desde las transmisiones por señal abierta, hasta las realizadas por cable y vía satélite.

Dado que el presente es un estudio de Derecho Intelectual, y lo que nos interesa es conocer las obligaciones de los empresarios hoteleros en la materia, la expresión "radiodifusión" la emplearemos según es entendida en la Propiedad Intelectual.

Sobre esta concepción amplia de "radiodifusión" (y por ende, de "organismo de radiodifusión"), los expertos en materia autoral explican:

> "La doctrina general aboga por asumir un concepto amplio, refiriéndonos, por organismo de radiodifusión, a toda persona jurídica que tome la iniciativa y asuma la responsabilidad en la difusión al público de imágenes, o sonidos, o de imágenes y sonidos, dentro de sus programas. Dentro de esta definición cabría *cualquier tipología de técnica de difusión* (*cable, inalámbrico*, incluso vía internet -como sucede con los

organismos de webcasting y simulcasting-)"[1] (énfasis añadido).

Esa es la postura tomada por la legislación mexicana, cuya Ley Federal del Derecho de Autor determina:

> Artículo 139.- Para efectos de la presente Ley, se considera organismo de radiodifusión, la entidad concesionada o permisionada capaz de emitir señales sonoras, visuales o ambas, susceptibles de percepción, por parte de una pluralidad de sujetos receptores.
> Artículo 140.- Se entiende por emisión o transmisión, la comunicación de obras, de sonidos o de sonidos con imágenes *por medio de ondas radioeléctricas, por cable, fibra óptica u otros procedimientos análogos*. El concepto de emisión *comprende también el envío de señales desde una estación terrestre hacia un satélite* que posteriormente las difunda. (Énfasis añadido).

Otras leyes, siguiendo al TOIEF, utilizan una acepción de "radiodifusión" en forma ligeramente más limitada, donde se contempla toda transmisión de carácter inalámbrico (incluyendo las satelitales) pero se excluyen las transmisiones por cable, como es el caso de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Nicaragua:

> Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entiende por:
> (...)
> 2.28.- Radi odifusión: Es la transmisión al público por medio inalámbrico, incluye la transmisión por satélite.

Otro ejemplo de leyes de este tipo, es la legislación autoral de República Dominicana.

En cambio, los tratados internacionales más modernos tienden a una concepción amplia de "radiodifusión", como se puede apreciar en el T-MEC:

> Artículo 20.57. Definiciones.
> Para los efectos del Artículo 20.H.2 (Derecho de Reproducción) y del Artículo 20.H.4 (Derecho de Distribución) al Artículo 20.H.13 (Gestión Colectiva), las siguientes definiciones se aplican con respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas:
> (...)
> Radiodifusión significa la transmisión por medios inalámbricos para su recepción por el público de sonidos o de imágenes y sonidos o representaciones de los

[1] Martín Salamanca, Sara, "Capítulo II: derecho de autor" en Lastiri Santiago, Mónica, y Ruiz Muñoz, Miguel (coords.), *Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 210.

> mismos; dicha transmisión por satélite es también "radiodifusión"; la transmisión de señales codificadas es "radiodifusión" si los medios de decodificación son ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento; "radiodifusión" no incluye la transmisión a través de redes informáticas o transmisiones en las que el tiempo y el lugar de recepción puedan ser elegidos individualmente por el público;
>
> Definiciones como esta, aunque parten de la noción de transmisión inalámbrica, terminan incluyendo varios casos de transmisiones que pueden verificarse por hilo, como las transmisiones codificadas por cable, o hasta cierto tipo de comunicaciones por Internet, como el webcast.

En virtud de lo anterior, para efectos del presente estudio utilizaremos la expresión "radiodifusión" en sus más amplios términos, para incluir cualquier comunicación a distancia, sin importar si se vale del espectro radioeléctrico, cable, satélite, o cualquier otra tecnología.

Dicho lo anterior, pasemos ahora a estudiar el fenómeno de la radiodifusión y la evolución de su regulación por la Propiedad Intelectual, teniendo siempre en mente el impacto de esto en las obligaciones de los hoteles.

Como es sabido, a finales del siglo XIX los aportes tecnológicos de Maxwell, Hertz, Tesla y Marconi, llevaron a la creación de la radio, la cual permitía transmitir sonidos a distancia a través de ondas electromagnéticas. Esta nueva tecnología no tardó en utilizarse, tanto para informar, como para entretener, de manera que se convirtió en un medio por el que empezaron a transmitirse infinidad de *obras musicales*.

Y aquí es un primer punto de contacto con la materia de los derechos de autor, pues los creadores de obras musicales comenzaron a revindicar sus derechos frente a las radioestaciones que difundían la música sin permiso. Casi concomitantemente, los autores también empezaron a ejercer sus derechos frente a los establecimientos comerciales que, al recibir música de las estaciones de radio, hacían llegar esa música a su propia clientela (dando lugar al fenómeno de las utilizaciones secundarias de obras radiodifundidas), como sucedió con restaurantes, bares, barberías, y desde luego, hoteles.

De hecho, los primeros juicios en contra de hoteles por el uso de obras dentro de sus habitaciones, datan de la primera década del siglo XX, como apreciaremos con mayor detalle en el Capítulo III del presente trabajo.

Si bien las leyes nacionales fueron, en la mayoría de los casos, suficientes para proteger a los autores frente al fenómeno de la radiodifusión, en el año de 1928 se modifica el Convenio de Berna para señalar que los autores tienen derecho de autorizar los usos de sus obras por los organismos de radiodifusión, lo que atajaba la cuestión de los usos directos de las obras (radiodifusión de obras). Sobre esto, ahondamos en el Capítulo II.

Por esas épocas, la tecnología de la radiodifusión comienza a utilizarse para transmitir imágenes, además de sonidos, dando origen a la televisión (por tal motivo, la televisión es una forma de radiodifusión). Con lo anterior se presentó el mismo fenómeno que con la radio: la televisión, conforme se fue desarrollando e implantando, comenzó a utilizar obras en sus transmisiones, mismas que, a su vez, también fueron utilizadas por establecimientos mercantiles para el disfrute de su clientela.

En 1948, como veremos a detalle en el Capítulo II, se modifica el Convenio de Berna y se amplian los derechos de los autores frente al fenómeno de la radiodifusión, ahora para hacerlos expresamente oponibles, no sólo a las entidades de radiodifusión, sino también frente a cualquier tercero que se valga de las obras radiodifundidas para hacerlas llegar a su clientela o a cualquier otra clase de público (dando lugar así a un derecho de autorizar las utilizaciones secundarias de obras, como lo son las que realizan los hoteles). Además, el tratado reconoce los avances tecnológicos de la época y hace referencia a la televisión, mediante la mención de los instrumentos transmisores de imágenes y sonidos.

A partir de ahí, comienza la batalla de los autores para hacer valer sus derechos de autor en los establecimientos comerciales que hacen usos secundarios de obras radiodifundidas, señaladamente, restaurantes y hoteles

Sin embargo, a la batalla de los autores, pronto habrían de sumarse nuevos actores. En efecto, en 1961 se suscribe la Convención de Roma, un tratado que no regula derechos de autor, sino un nuevo tipo de derechos en la arena internacional: los derechos conexos.

Este convenio reconoció a tres nuevos sujetos de derechos, adicionales a los autores: los artistas, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. A los dos primeros se les protegieron sus actuaciones y sus grabaciones, respectivamente, concediéndoseles, entre otros, derechos frente a la utilización secundaria de sus prestaciones.

Con esto, los artistas y productores de fonogramas quedaron, respecto de los establecimientos hoteleros, en una posición muy similar a la de los autores y demás titulares de derechos de autor, en tanto se trata de derechos acumulables e independientes entre sí.

En cambio, aunque la Convención de Roma concedió a los organismos de radiodifusión (entidades de radio y televisión abierta) derechos sobre su propia señal, la protección fue muy mínima respecto a las utilizaciones de sus emisiones en hoteles y restaurantes, dejándolos prácticamente fuera de ese mercado, como explicamos en el Capítulo II.

No obstante, los avances tecnológicos fueron llevando a nuevos tipos de radiodifusión, concretamente, la televisión por cable y por satélite (que normalmente codifican sus señales), mismos que, a la sazón, se han convertido en la principal fuente de suministro de obras para el uso en habitaciones de hotel.

El hecho de que, en algunos países, como en México, se les concedan derechos conexos a los cableoperadores y empresas de televisión satelital, nos lleva a una situación muy interesante, a la par que compleja, respecto de la recepción de señales en las habitaciones de hotel. Esto en virtud de que si un establecimiento de hospedaje contrata un proveedor de televisión restringida, se terminan difundiendo en las habitaciones dos clases diferentes de señales: la señal de televisión abierta (los canales abiertos, que llegan por intermediación de la televisora de paga) y la señal de la televisora de paga proveedora del servicio (que aporta directamente los canales propios de su paquete). Cada una de esas señales tiene sus respectivos derechos conexos, que se acumulan.

Y si tomamos en cuenta que estos también se acumulan con los derechos de autor, y con los derechos conexos de artistas y productores de fonogramas, tendremos el panorama completo del régimen jurídico de Propiedad Intelectual aplicable a las habitaciones de hotel, cuando estos establecimientos se sirven de la radiodifusión para proporcionarle entretenimiento a sus clientes.

Aunque en el presente trabajo nos centraremos en los derechos de autor por el uso de obras en las habitaciones de hotel, es necesario también tener presentes los derechos conexos involucrados. Por tal razón, a continuación entramos a fondo para distinguir ambas clases de derechos, para luego dar una panorámica de los derechos de cada uno de los titulares involucrados: autores, artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

3.- La diferencia entre los derechos de autor y los derechos conexos.

A veces, se suele pensar que los derechos de autor es el único tipo de prerrogativas jurídicas reguladas por las leyes y los tratados internacionales en la materia; sin embargo, a la par de los mencionados derechos (que son la materia central de estudio del presente trabajo) existen otros también conocidos como "derechos conexos", "derechos vecinos" o "derechos afines".

Por ende, para comenzar, hay que dejar en claro, desde este momento, que *los derechos conexos son derechos de propiedad intelectual diferentes y con diversa regulación jurídica que los derechos de autor*.

La distinción entre "derechos de autor" y "derechos conexos" no sólo es aceptada en la mayor parte de leyes del mundo (incluyendo las del ámbito iberoamericano) y en los tratados internacionales, sino también es pacífica en la doctrina. Al respecto, tenemos las palabras de Delia Lipszyc:

> "A pesar de que las expresiones *derechos conexos, derechos vecinos y derechos afines* evocan cierta analogía con los derechos de autor, su utilización respecto a la tutela de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (...) así como los de otros beneficiarios, parece deberse más a las resistencias que siempre origina el reconocimiento de nuevos derechos –y que induce a recurrir a asimilaciones a derechos ya consagrados– que a la existencia real de semejanzas, pues el objeto de la protección son actividades que –en las palabras de Desbois– concurren a la difusión, no a la creación de obras literarias y artísticas"[2] (énfasis añadido).

La referida catedrática pone el acento, precisamente, la diferencia entre ambas clases de derechos, pues mientras a los derechos de autor se les reconoce como una recompensa por la creación de obras, a los derechos conexos se les entiende como un estímulo a ciertos intermediarios que ayudan a la difusión de las creaciones ajenas.

En efecto, los derechos de autor protegen el fenómeno de la creación intelectual, sirviendo como un estímulo, así como una justa recompensa (tanto económica como espiritual), para las personas que hacen aportaciones originales en el ámbito de la literatura, la música, el audiovisual (que incluye la cinematografía), la pintura, la danza, la escultura, la fotografía, etc.

---

[2] Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993, p. 348.

Como se detalla *infra* en el presente capítulo, los derechos de autor recaen sobre *obras*, protegen a las personas físicas que las crean, es decir, a los autores (aunque ciertos derechos pecuniarios pueden beneficiar a los llamados "titulares derivados"), y tienen un régimen jurídico propio, diferente al de cualquier otra clase de derechos subjetivos.

En otra oportunidad, hemos definido a los derechos de autor de la siguiente forma:

> "Los derechos de autor son una serie de facultades, tanto de orden económico como de orden personal, que conceden los Estados a las personas físicas que han creado una obra de carácter intelectual, con el objeto de que dichos individuos puedan beneficiarse del fruto de su actividad creativa y puedan controlar ciertos usos de sus obras"[3].

Por otra parte, los derechos conexos son derechos que se conceden a cierta clase de intermediarios que ayudan o apoyan a difundir las obras creadas por los autores. El fundamento de su protección, a diferencia de los derechos de autor, no es la creatividad, sino su labor de intermediación entre los autores y su público.

En el Derecho Internacional existen tres tipos básicos de derechos conexos: los de los artistas (expresión que no debe confundirse con "autores", y que son quienes interpretan y/o ejecutan obras), los de los productores de fonogramas, y los de los organismos de radiodifusión. Sin embargo, es común que las leyes nacionales, además de los tres tipos de derechos conexos ya mencionados, incorporen algunas otras clases, como por ejemplo, los pertenecientes a los productores de videogramas o fijaciones audiovisuales (España, México, Perú), los generadores de meras fotografías o fotos no originales (España, Perú, Ecuador), los editores de libros (México), etc.

Dado que el punto de partida del presente estudio es el Derecho Internacional, nos centraremos sólo en los tres tipos básicos de derechos conexos. Por consiguiente, tenemos que esta clase de derechos no protegen obras (como los derechos de autor), sino ciertas *prestaciones*, a saber: actuaciones (para el caso de los artistas), grabaciones sonoras o fonogramas (para sus productores), y señales o emisiones (respecto de los organismos de radiodifusión). Sobre esto profundizamos más adelante.

[3] De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derechos de los autores, artistas e inventores*, México, IIJ-UNAM / Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015, p. 4.

El régimen jurídico de los derechos conexos es diferente al de los derechos de autor, por eso es importante distinguirlos. Asimismo, el alcance de la protección que se brinda cada uno de los derechos conexos es diferente entre cada uno de ellos (siendo que el derecho conexo de los organismos de radiodifusión es el más débil, tanto en las leyes nacionales, como a nivel internacional).

La OMPI define de la siguiente manera los derechos conexos:

> "Derechos Conexos.- Se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes. Las categorías más importantes de derechos conexos son las siguientes: el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a oponerse a la fijación y radiodifusión en directo, o a la transmisión al público, de su representación o ejecución, hechas sin su consentimiento; el derecho de los productores de fonogramas a autorizar o prohibir la reproducción de sus fonogramas y la importación y transmisión al público (distribución) de copias no autorizadas de ellos, el derecho de los organismos de radiodifusión a autorizar o prohibir la reemisión, fijación y reproducción de sus emisiones de radiodifusión"[4].

Asimismo, Pastrana Berdejo explica:

> "Además de los autores, existen otras personas que no tienen esa categoría, pero que contribuyen esencialmente en la expresión, fijación o difusión de la creación del autor, desarrollando actividades y funciones importantes que no dan derechos intelectuales amplios, sino limitados.
>
> A estos derechos se les conoce con el nombre de conexos y pertenecen a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas, a los editores, a los organismos de radiodifusión (...). Todo derecho conexo tiene un principio previo de existencia, el derecho de autor, pero de ello no necesariamente se desprende una dependencia o subordinación de un derecho sobre el otro"[5] (énfasis añadido).

---

[4] *Glosario sobre derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 1980, p. 164.

[5] Pastrana Berdejo, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008, p. 287.

Ahora bien, la distinción entre derechos de autor y derechos conexos no es una mera exquisitez académica, sino que *tiene consecuencias prácticas* (y lo podremos constatar, sobre todo en el Capítulo III del presente libro) pues al gozar cada clase de derechos de un diferente régimen jurídico, en la práctica debe dárseles un diverso tratamiento.

Particularmente, y como veremos más adelante, tanto el régimen de derechos de autor como el de derechos conexos, contemplan un derecho exclusivo que permite controlar los actos de *comunicación pública secundaria* o *utilizaciones secundarias*, concretamente, de obras radiodifundidas, lo que incide directamente en las obligaciones de los empresarios hoteleros al utilizar entretenimiento musical y audiovisual para sus huéspedes.

Lo anterior suele generarse cierta confusión en los legos en la materia, pues los hoteles además de sus diversas obligaciones en materia de derechos de autor, tienen sendos deberes en materia de derechos conexos.

Para poder aclarar lo anterior, en los siguientes apartados explicaremos cada una de tales figuras.

4.- Los derechos de autor.

Con el fin de facilitar el estudio de los derechos de autor, nos basaremos en la clásica sistemática en la materia, la cual divide el estudio de estos derechos en tres grandes temas: el objeto, el sujeto y el contenido de los derechos de autor[6].

4.1.- Objeto de los derechos de autor

Se trata de la *obra,* que en los textos tradicionales se le califica de "literaria y artística" o "literaria, artística y científica". Delia Lipszyc indica que la obra es "la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida"[7].

Las obras son bienes inmateriales o intangibles, es decir, *corpus mysticum*, lo que implica que, como regla general, la propiedad del soporte material de una obra no trae aparejado derecho de autor alguno, pues mientras el derecho real de propiedad regula el soporte material (*corpus mechanicum*), los derechos de autor regulan las obras (*corpus mysticum*).

[6] Este apartado está basado, en parte, en nuestra obra: *Introducción al derecho intelectual*, México, Porrúa / IIJ-UNAM, México, 2014, pp. 46 a 67.
[7] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 61.

El principal requisito de protección es la *originalidad*, también conocido como individualidad, el cual se traduce en que la obra haya sido creación propia del autor y no de otra persona. Se suele decir que la obra debe tener la impronta de la personalidad del autor, que debe ser una creación individual.

No se requiere que la obra sea nueva, ni que trate un tema nunca abordado por otro autor, basta con que la obra sea original (fruto de un esfuerzo personal).

Por ejemplo, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de España, contempla el requisito de originalidad de la siguiente manera:

> Artículo 10. Obras y títulos originales.
>
> 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones *originales* literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: (énfasis añadido).

La ley panameña sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos establece así el requisito:

> Artículo 2.- Para los efectos de esta ley las expresiones que siguen tendrán el siguiente significado:
> (...)
> 22. Obra. Toda creación intelectual *original* en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. conocida o por conocerse. (énfasis añadido).

Para la protección de la obra es irrelevante que esté registrada, su mérito o calidad, su modo de expresión, su destino o finalidad, etc.

4.2.- Sujeto de los derechos de autor

El sujeto de los derechos de autor es, precisamente, el "autor". Se considera tal a la persona *física o natural* que ha creado una obra. El otorgamiento de la calidad de autor únicamente a personas físicas, es una directriz básica en materia de derechos de autor, al menos en los países pertenecientes al sistema del *droit d'auteur*.

Por ejemplo, la Ley sobre el Derecho de Autor peruana, dispone:

> Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:
> 1. Autor: Persona natural que realiza la creación intelectual.

Mientras que en Ecuador, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación:

> Artículo 108.- Titulares de derechos.- Únicamente la persona natural puede ser autor. Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos patrimoniales sobre una obra, de conformidad con el presente Título.

La Ley Federal del Derecho de Autor mexicana determina:

> Artículo 12.- Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística.

En cambio, con una tradición menos humanista, en los países integrantes del sistema del *copyright*, como los Estados Unidos de América, se admite la posibilidad de que personas morales, sean consideradas autores a través de una ficción jurídica.

Pero para ser autor no basta con ser persona física, ya que el único título que sirve para adquirir el carácter de autor, es la creación de una obra. En este sentido, como regla general, se considera autor a aquel que le imprime creatividad a una obra, es decir, quien plasma su forma de expresión. Por ende, en la autoría prevalece la mente sobre el músculo, de manera que se considera autor a la persona que conceptualiza y crea el desarrollo de la obra, y no así las personas que sólo ejecutan mecánicamente las instrucciones, sin realizar aportación creativa. Asimismo, en la autoría prevalece la mente sobre la máquina, pues la utilización de instrumentos tecnológicos para crear (cámaras o computadoras) no le quita al autor su carácter de creador, ni se lo concede a estos aparatos.

La condición de autor trae aparejada la titularidad originaria de todos y cada uno de los derechos de autor.

No obstante, a pesar de que el autor es el titular originario de todos los derechos, algunos de estos (concretamente, los derechos de explotación) pueden llegar a beneficiar a terceras personas, mediante la figura de la titularidad derivada, misma que puede ser *inter vivos* o *mortis causa*.

4.3.- El contenido de los derechos de autor

El contenido de los derechos de autor son las diferentes facultades, tanto de tipo económico como de tipo personal, que se pueden ejercer sobre las obras. Es decir, el contenido son los derechos de autor en sí mismos.

Los derechos de autor se clasifican en tres categorías o vertientes: *(a)* derechos morales, *(b)* derechos de explotación (derechos patrimoniales *stricto sensu*), y *(c)* derechos de simple remuneración[8].

En este sentido, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de España, hace la siguiente clasificación del contenido de los derechos de autor:

CAPÍTULO III
Contenido

Sección 1.ª Derecho moral
Sección 2.ª Derechos de explotación
Sección 3.ª Otros derechos

Mientras que la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Nicaragua, sistematiza así los derechos de autor:

CAPITULO IV
DE LOS DERECHOS

Sección Primera
Derechos Morales
Sección Segunda
Derechos Patrimoniales
Sección Tercera
Otros Derechos

A continuación explicaremos cada clase de derechos, poniendo énfasis en los derechos de explotación o derechos patrimoniales (en sentido estricto), que son los más relevantes para los efectos del presente trabajo

4.3.1.- Derechos morales

El derecho moral consiste en una serie de prerrogativas que buscan proteger la personalidad del autor a través de su obra. Al creador no le basta recibir ingresos económicos por la explotación de sus producciones, sino también le interesa que su pensamiento o concepción creativa no sean desvirtuados, así como que se les reconozca su esfuerzo. De ahí que el derecho moral tenga una serie de características propias, que lo hacen diferente al resto de los derechos de autor.

[8] *Cfr*. Delgado Porras, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988, p. 26; Meade Hervert, Oliver, *El derecho*, México, Patria, 2007, p. 202; y Ribera Blanes, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 195.

Se trata de un derecho personalísimo que se considera unido al autor, siendo intransmisble e irrenunciable.

El derecho moral se encuentra integrado por una serie de facultades (a las que se suele denominar "derechos"), algunas de las cuales pueden ser ejercidas *post mortem auctoris* por ciertas personas e, incluso, por los estados, aunque no a título propio.

Las facultades o derechos morales regulados más comunes en la legislación comparada, son los siguientes:

4.3.1.1.- Derecho de divulgación

Se refiere a la posibilidad del autor para decidir si hace su obra accesible al público por primera vez, o si, por el contrario, la mantiene inédita. La palabra "divulgación", al contrario de lo que sucede en el lenguaje ordinario, no es sinónimo de "difusión" (hacer llegar la obra a alguien), sino que más bien significa el primer acto por el que la obra se hace del conocimiento público, dejando de ser inédita. Por lo tanto, cuando la obra ya es divulgada, se agota o desaparece la facultad de divulgación.

4.3.1.2.- Derecho de paternidad

Consiste en que se reconozca al creador de una obra su calidad de autor, ya sea a través de su nombre, de un pseudónimo transparente o de cualquier signo que lo identifique. Además, este derecho contempla la posibilidad de que el autor decida que la obra se difunda en forma anónima (lo que incluye el pseudónimo que oculta la identidad del autor), opción a la que se suele conocer como "derecho al anónimo". Cuando el autor ejerció su "derecho al anónimo", queda facultado para en cualquier momento revelar el público su identidad, configurándose el llamado "derecho de revelación". Esta facultad, junto con la de integridad, conforma el núcleo duro o columna vertebral del derecho moral; tan es así, que son las dos facultades morales de protección obligatoria según el Convenio de Berna.

4.3.1.3.- Derecho de integridad

El autor puede oponerse a toda alteración, modificación o mutilación a su obra, así como impedir cualquier atentado contra esta que afecte su honor; de la misma forma que puede, si así lo desea, modificar la obra o permitir que otros la

modifiquen. El fundamento de este derecho se encuentra en el respeto a la personalidad del autor que se manifiesta en la obra, teniendo un interés en que su pensamiento no sea desnaturalizado o modificado.

4.3.1.4.- Otros derechos morales

Además de los derechos ya mencionados, algunas leyes contemplan derechos morales adicionales, como el derecho de acceso al ejemplar único de la obra, o el derecho de retirada de la circulación.

4.3.2.- Derechos de explotación

El derecho de explotación (denominación más técnica y correcta para lo que algunas leyes refieren como "derecho patrimonial") se caracteriza por ser un derecho exclusivo o monopolio legal, mismo que faculta al autor o al titular derivado para *autorizar o prohibir a terceros* la utilización pública de las obras.

En cuanto a su estructura, el derecho de explotación es un *derecho de exclusiva*, cuyo núcleo es el llamado *ius prohibendi* (prohibir a terceros la utilización pública de las obras), el cual implica un deber correlativo a cargo de toda persona (*erga omnes*), consistente en abstenerse de utilizar públicamente la obra sin autorización.

Así, se aprecia que es un derecho que permite controlar los usos públicos de las obras, pues se traduce en la facultad de autorizar o prohibir a terceros la utilización de la creación.

Resulta importante destacar, máxime tratándose de hoteles, que contrario a lo que algunos suelen creer, el derecho de explotación no es simplemente un derecho a cobrar, es decir, no es un derecho del autor a meramente recibir un pago por su esfuerzo. En realidad, es un *verdadero derecho a controlar*, a decidir qué puede y qué no puede hacerse con su obra.

Asimismo, existe la creencia consistente en que, si no hay lucro de por medio en la utilización de una obra, no hay violación a los derechos de autor. Sin embargo, esto no es cierto, ya que el derecho de explotación abarca cualquier utilización pública de la obra por terceros, haya o no beneficio económico de por medio. El control del titular del derecho de explotación es bastante amplio respecto de cualquier utilización de la obra (excepto en los casos en que se presente una limitación o restricción a los derechos de autor). Más que un mero derecho

para lucrar con la obra, estamos frente a un derecho a disponer de la obra, a controlarla, como ya dijimos.

Las leyes de derechos de autor otorgan este derecho de *control* a los titulares de los derechos de explotación *en los más amplios términos*.

Por ejemplo, la legislación chilena en la materia determina, así, el amplio alcance del derecho de explotación:

> Artículo 17.- El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de *utilizar directa y personalmente la obra*, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar *su utilización por terceros*. (Énfasis añadido).

En términos similares, encontramos el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española:

> Artículo 17. Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades.
> Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra *en cualquier forma* y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas *sin su autorización*, salvo en los casos previstos en la presente Ley. (Énfasis añadido).

La ley sobre derecho de autor de República Dominicana señala lo siguiente:

> Articulo 19.- Los autores de obras científicas, literarias o artísticas y sus causahabientes, tienen *la libre disposición de su obra* a título gratuito u oneroso y, en especial, el derecho exclusivo *de autorizar o prohibir*:
> 1) La reproducción de la obra, en cualquier forma o procedimiento;
> 2) La traducción a cualquier idioma o dialecto;
> 3) La modificación de su obra mediante su adaptación, arreglo o en cualquier otra forma;
> 4) La inclusión de la obra en producciones audiovisuales, en fonograma o en cualquier otra clase de producción o de soporte material;
> 5) La distribución al público del original o de copias de la obra, mediante venta, alquiler, usufructo o de cualquier otra forma;
> 6) La comunicación de la obra al público, por cualquier procedimiento o medio conocido o por conocer, y particularmente:
> a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;
> b) La proyección o exhibición pública de las obras audiovisuales por medio

de cualquier clase de soporte;
c) La emisión por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, inclusive la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicaciones;
d) La transmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, *sea o no mediante abono*;
e) La retransmisión, alámbrica o inalámbrica, por una entidad distinta de la de origen, de la obra objeto de la transmisión original;
f) La emisión, transmisión o difusión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra transmitida por radio o televisión;
g) La exposición pública de las obras de arte o sus reproducciones;
h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando incorporen o constituyan obras protegidas;
i) En general, la difusión de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, por cualquier medio o procedimiento;
7) *Cualquier* otra forma de *utilización de la obr*a, conocida o por conocerse, salvo disposición expresa de la ley o estipulación contractual en contrario. (Énfasis añadido).

Como último ejemplo, ley argentina de propiedad intelectual dispone:

Art. 2°. — El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla *en cualquier forma*. (Énfasis añadido).

Nótese cómo *ninguna ley limita los derechos de autor sólo a los usos lucrativos o explotación comercial* de las obras (como ya explicamos), por lo que tales derechos controlan *prima facie* cualquier reproducción, comunicación pública, distribución, etc., de una obra, *se haga o no con fines de lucro*, lo cual es muy importante tener presente al analizar el tema del consumo de obras en habitaciones de hoteles. Es decir, el ámbito de protección del *ius prohibendi* se extiende a cualquier utilización pública de la obra.

Lo anterior significa que, en principio, *ninguna utilización de la obra es lícita si carece de la autorización previa y expresa* de los titulares de los derechos de explotación correspondientes. De manera que una violación a derechos de autor no se

subsana sólo pagando al autor, pues la verdadera infracción no es la ausencia de prestación pecuniaria, sino el usar una obra sin autorización (violando el *ius prohibendi*), pues estamos frente a una situación similar a la que se presenta con el derecho real de propiedad.

En otro orden de ideas, el derecho de explotación dura, como mínimo, toda la vida del autor y 50 años posteriores a su muerte[9]; después de ese plazo, la obra puede ser libremente utilizada por cualquier persona sin necesidad de autorización, por haber ingresado al dominio público.

Al igual que acontece con el derecho moral, el derecho de explotación está integrado por una serie de facultades (también usualmente llamadas "derechos"), y que son: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, mismas que explicamos a continuación.

No obstante, cabe aclarar que el derecho de explotación no se agota con esas cuatro facultades, pues pueden existir o surgir nuevas formas de utilización de obras que no se encuadren dentro de alguna de esos cuatro tipos de utilización de las obras; y cualquier forma de explotación, conocida o por conocerse, queda comprendida dentro del ámbito de exclusividad del derecho de explotación, ya que este *ampara cualquier utilización pública de una creación*.

En este sentido, explica la maestra Delia Lipszyc:

> "Los derechos de explotación de que dispone el autor son *tantos como formas de utilización de la obra sean factibles*, no solo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado.
> Sin embargo, con finalidad didáctica y para aventar problemas de interpretación de un principio básico en una materia relativamente nueva y poco difundida, las leyes mencionan, detalladamente, los distintos derechos patrimoniales, los cuales se corresponden con las diversas formas en que el autor puede ejercerlos (...).
> Pero cuando una ley no contenga tal ejemplificación –o algún derecho o *forma de utilizar la obra* no se encuentre mencionado–, ello no es óbice para que el autor disponga igualmente de todos ellos, porque los derechos patrimoniales son reconocidos *con carácter genérico*"[10] (énfasis añadido).

[9] Ese es el mínimo que establece el Convenio de Berna, aunque algunos tratados más recientes están comenzando a elevar ese mínimo a 70 años *post mortem auctoris*.

[10] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, pp. 175 y 176.

Así, el derecho de explotación cubre todo acto de explotación o utilización pública de las obras, de manera que las facultades señaladas en las leyes no están sometidas a *numerus clausus*, sino que, más bien, recogen las formas más comunes de explotación, pero no quedan descartadas otras maneras de explotación no mencionadas[11]

Otro aspecto que debe mencionarse, es la *independencia de cada modalidad y facultad que integran el derecho de explotación*. Como es ordinario en la Teoría General del Derecho Autoral, cada una de las facultades y modalidades que integran el derecho de explotación son independientes entre sí, y como consecuencia, por ejemplo, el permiso que conceda un autor o titular de derechos para reproducir una obra en la modalidad de libro impreso, no faculta para reimprimir o para reproducir en modalidad de *e-book*; de igual forma, la autorización de transmitir una obra en la modalidad de televisión abierta no permite transmitirla en modalidad de televisión de cable o de hacer cualquier otra comunicación pública de esa radiodifusión, por poner otro ejemplo.

Cada modalidad de explotación es materia de un nuevo contrato o acuerdo, de manera que lo que no se pacte expresamente en el convenio, queda excluido. El principio básico de la materia autoral es que *cada nuevo acto de utilización de una obra, debe ser materia de una nueva autorización* (otro contrato o acuerdo específico).

Dicho lo anterior, a continuación explicaremos los cuatro derechos de explotación previstos, mismos que son:

4.3.2.1.- Derecho de reproducción

Consiste la posibilidad de autorizar o prohibir la realización de copias o ejemplares de la obra, por cualquier técnica y en cualquier soporte, es decir, controla los actos de *reproducción o copiado*, incluida la primera fijación de la obra en un soporte material[12]. Este derecho controla, no sólo las copias en ejemplares físicos o materiales, sino también las copias electrónicas o digitales, tanto las externas a las computadoras, como las reproducciones que se suscitan al interior de estas máquinas (en discos duros o al realizar procesos).

[11] *Vid*. Bugallo Montaño, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 690; y Serrano Migallón, Fernando, *Marco jurídico del derecho de autor en México*, México, 2a. ed., Porrúa / FD-UNAM, 2008, p. 60.

[12] Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, p. 174.

El Convenio de Berna regula el derecho de reproducción de la siguiente manera:

Artículo 9

1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

En Uruguay, su legislación autoral contempla así el derecho de reproducción:

Artículo 2°.- La facultad de reproducir comprende la fijación de la obra o producción protegida por la presente ley, en cualquier forma o por cualquier procedimiento, incluyendo la obtención de copias, su almacenamiento electrónico -sea permanente o temporario-, que posibilite su percepción o comunicación.

En Perú, su Ley sobre el Derecho de Autor establece esta regulación del derecho de reproducción:

Artículo 31.-El derecho patrimonial comprende, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.

Artículo 32.- La reproducción comprende cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual.

La anterior enunciación es simplemente ejemplificativa.

El derecho de reproducción está previsto con una redacción un tanto redundante, pero ejemplificadora, en la Ley Federal del Derecho de Autor de México:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

I.- La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar.

Véase cómo ninguna ley exige que la reproducción se haga con fines de lucro para que se configure una violación a derechos de autor. Asimismo, destaca que los legisladores adoptan el criterio de neutralidad tecnológica, pues les resulta indiferente el medio o técnica a través del cual se realice la reproducción.

4.3.2.2.- Derecho de distribución

Es la posibilidad de poner a disposición del público el original o ejemplares físicos de la obra, a través de cualquier forma traslativa del dominio o del uso de esos soportes materiales en los que se plasma la obra. Por ejemplo, son actos de distribución la adquisición onerosa de la propiedad de un ejemplar de la obra (compraventa, permuta) o su adquisición gratuita (donación)[13], así como los actos traslativos del uso de ese soporte físico, sean onerosos (arrendamiento) o gratuitos (comodato).

Se trata, en pocas palabras, de la difusión o circulación de obras *a través de ejemplares materiales* de la misma (de ahí que la facultad de distribución sirva para impedir el ingreso a territorio nacional de ejemplares físicos de obras, por lo que muchas leyes y tratados internaciones hacen singular referencia a la facultad de importación).

Un punto muy importante respecto de la facultad de distribución, es el relativo a la figura identificada como *agotamiento del derecho*. Conocida también como la "doctrina de la primera venta", el agotamiento de la facultad de distribución consiste en que, una vez verificada la primera venta de un ejemplar físico y concreto de una obra, se agota o extingue la facultad de distribución respecto de ese ejemplar, y sin perjuicio de la subsistencia del resto de las facultades del derecho de explotación. De esta forma se "libera", por así decirlo, la circulación de ese soporte material, perdiendo el autor la posibilidad de seguir controlando esa copia (aunque conservando el resto de sus derechos sobre la obra contenida en la copia). El propósito de este agotamiento es limitar los alcances del derecho de explotación, y facilitar la circulación y comercialización de ejemplares materiales de la obra.

Como ejemplo de regulación del derecho de distribución, tenemos la legislación española en la materia:

> Artículo 19. Distribución.
> 1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

[13] Lo que nos vuelve a demostrar que la finalidad lucrativa es irrelevante para los derechos de autor.

2. Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial.
3. Se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto.
Quedan excluidas del concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta in situ.
4. Se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.
Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. Esta cantidad no podrá incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme a lo dispuesto en el artículo 37.2.
Quedan excluidas del concepto de préstamo las operaciones mencionadas en el párrafo segundo del apartado 3 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público.
5. Lo dispuesto en este artículo en cuanto al alquiler y al préstamo no se aplicará a los edificios ni a las obras de artes aplicadas.

Mientras que la ley autoral chilena, determina:

Art. 18. Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas:
(...)
e) La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley.
Con todo, la primera venta u otra transferencia de propiedad en Chile o el extranjero, agota el derecho de distribución nacional e internacionalmente con respecto del original o ejemplar transferido.

Dentro de la regulación internacional del derecho de distribución, podemos poner como ejemplo lo que señala el TODA:

> Artículo 6
> Derecho de distribución
> (1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.
> (2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor[14].

Y con esto damos por terminada la explicación del derecho autoral de distribución.

4.3.2.3.- Derecho de comunicación pública

Este es el derecho de autor materia de estudio en el presente libro y el que más repercute en materia hotelera. Por tal razón, estudiaremos este derecho con un poco más de detenimiento.

Para esto, hay que comenzar definiendo el *acto* de comunicación pública, para posteriormente poder analizar el derecho subjetivo aplicable a ese tipo de actos (el derecho de comunicación pública).

En este sentido, Delia Lipszyc nos proporciona la siguiente definición: "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"[15].

La ley de Nicaragua define así a la comunicación pública:

> Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entiende por:
> (...)
> 2.5.- Comunicación Pública: Es todo acto por el cual una *pluralidad de personas puedan tener acceso* a la obra, interpretación, fonograma, o emisión de radiodifusión sin previa distribución de ejemplares, incluyendo la puesta a disposición

[14] Aunque los tratados internacionales a veces reconocen un "derecho de alquiler" y un "derecho de préstamo gratuito", en términos técnicos se trata más bien de modalidades del derecho de distribución, por lo que podríamos citar los artículos que los regulan para tener una panorámica más completa de la distribución; sin embargo, dado que este trabajo es sobre el derecho de comunicación pública, nos limitaremos a citar sólo un artículo internacional sobre la distribución.

[15] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 183.

> del público, de tal forma que los miembros del público puedan acceder desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. *No se considerará pública la comunicación cuando se lleve a efecto dentro del círculo familiar ordinario de una persona natural* y sin fines lucrativos. (Énfasis añadido).

Mientras que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española proporciona la siguiente definición de comunicación pública:

> Artículo 20. Comunicación pública.
>
> 1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.
>
> No se considerará pública la comunicación cuando se celebre *dentro de un ámbito estrictamente doméstico* que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. (Énfasis añadido).

En cuanto a México, su ley establece una doble definición de comunicación pública[16], que a la postre es complementaria:

> Artículo 16.- La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:
>
> (...)
>
> III.- Comunicación pública: Acto mediante el cual la obra *se pone al alcance general*, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares;
>
> IV.- Ejecución o representación pública: Presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores *sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar*. No se considera pública la ejecución o representación que se hace de la obra dentro del círculo de una escuela o una institución de asistencia pública o privada, siempre y cuando no se realice con fines de lucro; (Énfasis añadido).

Así, un requisito indispensable es la existencia de un "público". Por lo general, se considera como "público" a las personas ajenas al círculo familiar o privado de aquel que realiza el acto de comunicación de la obra. Esto es muy importante recalcarlo, pues los derechos de autor sólo sirven para controlar actos de comunicación *pública*, mientras que los actos de comunicación *privada* quedan excluidos

[16] Schmidt Ruiz del Moral, Luis, "Comentario al artículo 27" en Ortíz Bahena, Miguel Ángel (coord.), *Ley Federal del Derecho de Autor Comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI)*, México, Porrúa / AMPPI, 2017, p. 107.

de su alcance (como el ver una película con familiares, interpretar una canción a un ser querido o escuchar música con amigos).

De igual forma, para que el acto sea considerado una comunicación pública no se requiere que el público acceda a la obra simultáneamente, ni en el mismo lugar; si bien la simultaneidad es muy común en actos de comunicación pública como recitales musicales o exhibición de películas en salas cinematográficas, hay casos de comunicación pública donde no sucede esto, como en las comunicaciones por Internet, en donde la obra se *pone a disposición* del público, y cada destinatario puede acceder a la obra en un momento y lugar diferente[17].

Una vez que comprendemos lo que es un *acto* de "comunicación pública", veamos qué es el *derecho* de "comunicación pública" (es decir, la prerrogativa jurídica que recae sobre ese acto, en sede de derechos de explotación).

La facultad o derecho de comunicación pública se trata, simple y jurídicamente, del poder jurídico de autorizar o prohibir todo acto de comunicación pública de una obra. Es decir, nos encontramos frente a la potestad de decidir sobre el acceso a la obra por parte de una pluralidad de personas, *sin que ellos adquieran la propiedad o el uso de los soportes materiales*, es decir, sin distribución de ejemplares de la obra. O sea, se refiere a la puesta a disposición de una obra al público, sin que haya copias de por medio, como, por ejemplo, cuando se acude a un concierto, en el cual varias personas disfrutan de la obra musical, pero no adquieren discos compactos; lo mismo puede decirse de la transmisión de obras por televisión, en la que también el público en general accede a la creación, sin comprar o rentar ejemplares de la obra.

Así, puede definirse el derecho patrimonial de comunicación pública como la facultad de autorizar o prohibir cualquier acto donde una persona llamada "comunicador o emisor" hace llegar una obra, por cualquier medio o técnica, a una pluralidad de personas calificable como público (haya o no una finalidad lucrativa). No se requiere el acceso efectivo a la obra por parte del público, basta la mera puesta a disposición de la producción, para que estemos en el ámbito de la facultad de comunicación pública.

[17] El artículo 8° del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor señala: "Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1) ii), 11*bis*.1) i) y ii), 11*ter*,1) ii), 14.1) ii) y 14*bis*.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".

José Luis Caballero Leal nos proporciona la siguiente definición de la facultad en estudio: "El derecho de comunicación pública, mediante el cual una obra se pone al alcance del público en general por cualquier medio o forma que la difunda, pero que no consista en la distribución de ejemplares tangibles de las obras"[18].

En este sentido, tal derecho se contempla así en la legislación autoral peruana:

> Artículo 31.- El derecho patrimonial comprende, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, *autorizar o prohibir*:
>
> (...)
>
> b.- La comunicación al público de la obra por cualquier medio. (Énfasis añadido).

Mientras que la ley mexicana de derechos de autor lo regula de la siguiente forma:

> Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales *podrán autorizar o prohibir*:
>
> (...)
>
> II.- La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:
>
> a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
>
> b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
>
> c) El acceso público por medio de la telecomunicación;
>
> III.- La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:
>
> a) Cable;
>
> b) Fibra óptica;
>
> c) Microondas;
>
> d) Vía satélite, o
>
> e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse. (Énfasis añadido).

En el Capítulo II *infra* entraremos a un estudio más pormenorizado de las comunicaciones públicas secundarias o utilizaciones secundarias, en especial con un enfoque de Derecho Internacional.

Por otro lado, cabe aclarar que la facultad de comunicación pública está integrada de varias modalidades, como por ejemplo, la ejecución pública (tocar música en vivo), la representación pública (poner obras teatrales o coreográficas), la exhibi-

[18] Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004, p. 15.

ción pública (mostrar pinturas y esculturas, o exhibir una película en salas), la transmisión pública (difundir una obra a lugares remotos, como en la radio, televisión o Internet), la retransmisión (tomar una obra transmitida y redifundirla en forma simultánea), la recitación pública (leer en voz alta una obra literaria), etc[19].

4.3.2.4.- Derecho de transformación

Faculta al titular de los derechos patrimoniales sobre una obra primigenia para autorizar o prohibir la difusión de obras derivadas, tales como arreglos, adaptaciones, compendios, traducciones, paráfrasis, colecciones, secuelas, etc. En este sentido es necesario aclarar que "transformar" significa crear una obra derivada, y no necesariamente "modificar" una obra primigenia[20].

En algunas leyes, este derecho permite, incluso, controlar la *creación* de obras derivadas, no sólo autorizar o prohibir la *difusión* de ese tipo de obras.

No debe confundirse el derecho patrimonial de transformación con el derecho moral de integridad, pues se refieren a cuestiones diferentes, ya que no es lo mismo transformar que modificar[21].

Como ejemplo de este derecho, podemos mencionar la Ley sobre el Derecho de Autor peruana:

> Artículo 36.-El autor tiene el derecho exclusivo de hacer o autorizar las traducciones, así como las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de su obra, inclusive el doblaje y el subtitulado.

En el mismo tenor, encontramos la legislación autoral española:

> Artículo 21. Transformación.
>
> 1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

[19] "Dentro del grupo de prerrogativas de orden patrimonial que hemos mencionado, nos detendremos en esta parte a analizar el derecho de comunicación pública de las obras, el cual se manifiesta mediante prerrogativas como la ejecución pública, la radiodifusión sonora o audiovisual, la representación, la declamación, difusión por parlante, telefonía, fonógrafo, satélite, hilo, cable, fibra óptica o por procedimientos similares, la retransmisión, la emisión o transmisión, la exposición pública de obras de arte". Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes / Temis, 2009, p. 361.

[20] Por eso es desafortunado que algunas leyes de la región se refieran a este derecho económico como "derecho de modificación".

[21] *Cfr*. Lipszyc, Delia, *op. cit*., p. 159.

> Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación, la reordenación de la misma.
> 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.

Y con esto terminamos los derechos de explotación, lo que nos permitirá pasar a otro tipo de derechos pecuniarios.

4.3.3.- Derechos de simple remuneración

Este es el último tipo de derechos de autor, también identificados como "derechos de remuneración" o "*satutory remuneration rights*", mismos que están adquiriendo una importancia creciente.

A diferencia de los derechos de explotación (o patrimoniales *stricto sensu*), los derechos de simple remuneración únicamente facultan al autor a recibir cierta cantidad de dinero cada vez que un tercero realice determinada utilización de la obra, pero no facultan para autorizar o prohibir el uso de la obra. Es decir, no son derechos exclusivos, lo cual los distingue respecto del derecho de explotación, cuyo contenido sí es un *ius prohibendi*[22].

Aunque a lo largo del mundo hay un amplio abanico de derechos de remuneración (por copia privada, por alquiler, por comunicación pública, *droit de suite*, etc.), no todas las leyes de la región los contemplan.

Concluimos así la explicación relativa a los derechos de autor, por lo que ahora corresponde hacer lo propio con los derechos conexos.

5.- Los derechos conexos.

Se trata de derechos que surgieron históricamente después de los derechos de autor, concretamente, hasta la segunda mitad del siglo XX, principalmente como consecuencia del impacto tecnológico que generaron la fonografía y la radiodifusión.

[22] Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2004, p. 30.

Como ya anticipamos, el propósito de los derechos conexos no es proteger la creación de obras, pues no se trata de estímulos o premios para los creadores (para eso existen los derechos de autor), sino que *son premios o estímulos para ciertos intermediarios que ayudan a la difusión de obras*.

La idea detrás de los derechos conexos es que, muchas veces, no basta con crear una obra, sino que, para que esta llegue al público, se requiere la labor de varios intermediarios, por lo que se busca proteger también a tales intermediarios, concediéndoles derechos sobre sus actividades, premiando su actividad de difusión.

Así, resultan esclarecedoras las palabras de Garza Barbosa sobre la distinción entre derechos conexos y derechos de autor:

> "En varias legislaciones, especialmente aquellas pertenecientes a la tradición Romano Germánica, el régimen de los derechos conexos está separado del régimen de los derechos de autor. Estos derechos conexos usualmente incluyen interpretaciones, transmisiones de radio y televisión, y fonogramas. El enfoque del *Common Law* es asimilar esos derechos a los derechos de autor o más bien a su *copyright*. En países de tradición Romano Germánica, estos derechos generalmente están incluidos en un capítulo de la respectiva ley de derechos de autor, tal es el caso de México o Portugal, por mencionar algunos. No obstante, estos derechos no son considerados obras protegidas por los derechos de autor sino por un grupo diferentes de derechos incluidos en la propia ley"[23].

En el Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual, son tres los intermediarios clásicos, merecedores de derechos conexos, y dado el enfoque internacional del presente estudio, nos limitaremos a explicar únicamente esos tres derechos (además que los tres entran en juego en las habitaciones de hotel), pero poniendo énfasis en el derecho de los organismos de radiodifusión, dado que en la práctica se le suele confundir o mezclar con los derechos de autor en los litigios que involucran el uso de obras en habitaciones de hotel.

5.1.- Derechos de los artistas (intérpretes o ejecutantes).

Los artistas son quienes, valiéndose de su cuerpo o de un instrumento musical, hacen llegar al público obras creadas por autores. Son artistas, por ejemplo, actores, bailarines, cantantes, músicos instrumentistas, etc.

[23] Garza Barbosa, Roberto, *Derechos de autor y derechos conexos. Marco jurídico internacional. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa / Tec de Monterrey, 2009, p. 49.

En este sentido, la Convención de Roma nos proporciona la siguiente definición:

Artículo 3

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por:

(a) "artista intérprete o ejecutante", todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística;

Mientras que en el TOIEF encontramos una definición similar, aunque más moderna, que incluye las expresiones del folclore:

Artículo 2
Definiciones

A los fines del presente Tratado, se entenderá por:

(a) "artistas intérpretes o ejecutantes", todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore;

Así, por ejemplo, Consuelito Velázquez es la "autora" de la obra "Bésame Mucho" (y por ende, adquirió "derechos de autor" sobre esta), mientras que The Beatles, al cantarla y ejecutarla, serán los "artistas" (más no los autores) y como consecuencia, adquirieron "derechos conexos" sobre *su* interpretación y ejecución de esa obra; es el premio que se les da por difundir esa canción y hacerla llegar al público. "Artista" no es sinónimo de "autor", por lo que los artistas no tienen derechos de autor, sino derechos conexos.

Los artistas suelen gozar de la triada completa de derechos intelectuales, pues normalmente tienen: derechos morales (paternidad e integridad, por lo general), derechos de explotación (donde se distingue entre actuaciones fijadas y no fijadas), y derechos de simple remuneración (cobro de regalías). El alcance de cada uno de los derechos y la interacción entre ellos, variará dependiendo de la legislación de cada país.

El uso de música y obras audiovisuales dentro de las habitaciones de hoteles, en el caso de México, genera para los artistas el derecho a cobrar regalías al establecimiento. En otros países, los artistas tienen un derecho más robusto, que les permite conceder licencias.

5.2.- Derechos de los productores de fonogramas.

Es decir, las compañías disqueras (o cualquier persona o entidad que realice grabaciones sonoras), que son quienes tienen la importante actividad de grabar obras musicales.

No es lo mismo la obra musical (protegida por derechos de autor) que la grabación de esa obra musical (protegida por derechos conexos). Una disquera pudo haber grabado una versión de "El Rey" interpretada por Vicente Fernández, y por ende, tener derechos conexos sobre *esa* "grabación" o "fonograma" (pero no por eso goza de los derechos de autor sobre la "obra"); asimismo, puede ser que otra disquera haya grabado la misma canción interpretada por Juan Gabriel, por lo que la segunda disquera tendrá derechos conexos sobre su propia grabación.

Así, lo que protege el presente derecho conexo es el fonograma o grabación sonora en sí misma[24], no la obra musical o sonido grabado. En este sentido, encontramos la definición de la Convención de Roma:

Artículo 3

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por:

(...)

(b) "fonograma", toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos;

De igual forma, el TOIEF nos da una definición actualizada de este objeto de protección:

Artículo 2
Definiciones

A los fines del presente Tratado, se entenderá por:

(...)

(b) "fonograma", toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual;

[24] "Fonograma" no es un disco o pedazo de plástico, sino la grabación propiamente dicha, es decir, el bien inmaterial susceptible de difundirse y reproducirse.

Los productores de fonogramas suelen tener derechos de explotación y derechos de simple remuneración, pero no derechos morales, pues no hay aportación personal, sino técnica y económica; amén de que normalmente son personas morales o jurídicas.

Este derecho también entra en juego cuando los hoteleros difunden contenido musical a sus habitaciones, por lo que independientemente de lo que le corresponda a autores y artistas, los hoteles también deben cumplir sus obligaciones con los productores de fonogramas.

5.3.- Derechos de los organismos de radiodifusión.

Los organismos de radiodifusión son toda clase de empresas o entidades concesionarias que transmiten o retransmiten señales de radio o televisión, por cualquier tecnología: radiodifusión hertziana, cable, satélite, etc. (aunque en varios países hay una limitación en cuanto a las tecnologías aplicables). El concepto de "organismo de radiodifusión" es mucho más amplio en Propiedad Intelectual que en Derecho de las Telecomunicaciones, como ya dijimos.

Las entidades que dan servicios de televisión y radio gozan, desde el texto original de la Convención de Roma, de una serie de derechos conexos, esto en virtud de que son importantes difusores de obras creadas por autores (musicales, audiovisuales, etc.). Así, gracias a la televisión y a la radio, muchas películas, canciones, series, etc., pueden llegar al público.

Como se verá a continuación, no sólo los radiodifusores en sentido estricto (estaciones de radio y televisión abierta) se consideran organismos de radiodifusión, sino que esta noción se suele ampliar a organismos que hagan transmisiones satelitales, e incluso, transmisiones por cable (o hilo).

Por ejemplo, el artículo 2.f del TOIEF, define la "radiodifusión" de la siguiente manera:

> la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una "radiodifusión"; la transmisión de señales codificadas será "radiodifusión" cuando los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento.

Se puede observar la ampliación de la noción a empresas de televisión satelital, aunque todavía se establece que la transmisión sea inalámbrica. Algunas legislaciones nacionales (como la mexicana) van más allá, e incluyen a las empresas de televisión por cable, para dar un tratamiento más homogéneo y sistemático a los derechos de los organismos de radiodifusión.

Lo relevante es que, dada su importante actividad en la difusión de la cultura, los organismos de radiodifusión gozan de derechos conexos sobre sus señales o emisiones, independientemente de los derechos de autor sobre las obras contenidas en esas señales.

Al igual que hicimos con los derechos de autor, los derechos conexos de estos organismos podemos estudiarlos a través de su objeto, sujeto y contenido. Veamos.

5.3.1.- Objeto.

A diferencia de los derechos de autor (cuyo objeto de protección son "obras"), el objeto de los derechos conexos del organismo de radiodifusión son las "*señales o emisiones*". De entrada, aquí encontramos una primera gran diferencia con los derechos de autor, pues su objeto es diverso.

La Convención de Roma define a la emisión (objeto protegido) de la siguiente forma:

> Artículo 3
>
> A los efectos de la presente Convención, se entenderá por:
>
> (...)
>
> *(f)* "emisión", la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público;

Asimismo, el artículo 140 de la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana señala:

> Artículo 140.- Se entiende por emisión o transmisión, la comunicación de obras, de sonidos o de sonidos con imágenes por medio de ondas radioeléctricas, por cable, fibra óptica u otros procedimientos análogos. El concepto de emisión comprende también el envío de señales desde una estación terrestre hacia un satélite que posteriormente las difunda.

Por ejemplo, si un determinado canal de televisión transmite la película "El Señor de los Anillos", lo que protege el derecho conexo no es la obra audiovisual en sí misma, sino la *señal o emisión* que de esa película hace el organismo de radio-

difusión. Así, si alguien graba sin autorización esa película de la televisión, y luego vende discos con ella, además de las acciones que pueden ejecutar los titulares de derechos de autor sobre la obra audiovisual (por reproducción y distribución no autorizada), la entidad de radiodifusión también puede ejercer acciones, pues se está reproduciendo *su señal* (incluso, en algunos casos, la señal se identifica sobreponiendo el logotipo del canal o "marca de agua" a las imágenes). Pero si cambiamos el ejemplo, y el comerciante pirata hizo las copias de la película a partir de un Blu Ray y no de una transmisión televisiva, entonces sólo estaría violando los derechos de autor sobre la obra audiovisual, pero no así los derechos conexos del radiodifusor, en tanto no usó su señal.

Por lo tanto, lo que nos debe quedar claro, es que *los derechos de autor protegen los contenidos (obras), mientras que los derechos conexos del organismo de radiodifusión protegen los continentes (señales)*[25]. De esta forma, no deben confundirse los derechos de autor que protegen los contenidos, respecto de los derechos conexos que protegen las señales que portan esos contenidos.

Y así lo explica la doctrina especializada en la materia. Por ejemplo, a propósito de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, Lipszyc señala: "El objeto protegido es, pues, *la emisión, el continente, con independencia de su contenido*. En orden a la naturaleza del objeto protegido, *las emisiones de radiodifusión no son obras*"[26] (énfasis añadido).

> Mientras que la profesora Beatriz Bugallo también refiere:
> "*Emisión es la señal* que da lugar a una transmisión inalámbrica integrada por sonidos o por imágenes y sonidos, cuando esa señal se encuentra destinada a la recepción pública. En el caso del derecho conexo que estamos analizando, *el objeto de protección está dado por las señales, no por los contenidos*"[27] (énfasis añadido).

Asimismo, Carlo Benussi reitera que la protección de los contenidos (obras) pertenece al régimen de derechos de autor, mientras que a los derechos conexos sólo corresponde la tutela de los continentes (señales o emisiones):

[25] "During the discussions in the SCCR, it has generally been indicated that protection should be granted to broadcasting organizations *for their signals*, independently of the content which may or may not be protected by copyright and/or related rights" (énfasis añadido). *Vid*. "Protection of broadcasting organizations: terms and concepts", documento de trabajo preparado por el Comité de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, Ginebra, 2002, p. 5 (énfasis añadido).

[26] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 401.

[27] Bugallo Montaño, Beatriz, *op. cit.*, p. 834.

> "*Las señales de los organismos de radiodifusión (emisión) transportan diversas obras intelectuales*, como películas, documentales, reality shows, dibujos animados, entre otras, y que *se denominan comúnmente "contenido de la señal", o simplemente "contenido"*. Tal como señalamos previamente, la titularidad de aquel contenido difiere caso a caso, y no hay duda que sobre aquél recae la protección conferida por nuestra legislación de propiedad intelectual en cuanto a derechos de autor"[28] (énfasis añadido).

Igualmente, Guibault y Melzer reiteran los mismos conceptos:

> "With respect to broadcasting organisations, the object of the protection is the programme output, or *broadcast signal, as opposed to the content of the broadcast*, upon which may rest copyright protection that may or may not belong to the broadcasting organisation"[29] (énfasis añadido).

Como se observa, el objeto de este derecho conexo es diferente del objeto de los derechos de autor.

5.3.2.- Sujeto

El sujeto del referido derecho conexo es, precisamente, el "organismo de radiodifusión" que, de conformidad con las leyes de Propiedad Intelectual, es prácticamente cualquier entidad que lance señales o emisiones a un público, por cualquier medio o tecnología.

Por lo tanto, son titulares de esta clase de derechos conexos: las empresas de televisión abierta (aunque también las de televisión restringida en muchos países), las empresas de radio, los organismos públicos de radiodifusión, etc.

5.3.3.- Contenido

Estos derechos se conceden a los organismos de radiodifusión sobre *sus* propias señales (recordemos que no les da derecho alguno sobre los contenidos u obras portadas por la señal).

La razón de ser de estos derechos conexos, consiste en que se ha considerado "injusto permitir que otros organismos, competidores suyos en algunos casos, se apropien de esas emisiones mediante la retransmisión, la fijación en soportes

[28] Benussi Díaz, Carlo, "Los organismos de radiodifusión televisiva y la retransmisión de sus señales", *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 3, núm. 2, Chile, 2014, p. 94.

[29] Guibault, Lucie, y Melzer, Roy, "The legal protection of broadcast signals", *IRIS plus*, European Audiovisual Observatory, Estrasburgo, núm. 10, 2004, p. 2.

materiales, la reproducción o la comunicación en lugares accesibles al público"[30].

Los derechos conexos otorgados a los organismos de radiodifusión consisten en un puñado de derechos patrimoniales exclusivos, es decir, *derechos de autorizar o prohibir ciertos usos de las señales*.

Y dentro de este puñado de derechos conexos, históricamente han destacado y trascendido cuatro "derechos" en particular: el derecho de fijación, el derecho de reproducción, el derecho de retransmisión de las señales o emisiones y el derecho a controlar los demás actos de comunicación pública de las señales mediante un precio de entrada. Esto puede constatarse en el artículo 13 de la Convención de Roma:

> Artículo 13
>
> Los organismos de radiodifusión gozarán del *derecho de autorizar o prohibir*:
>
> *(a)* la retransmisión de sus emisiones;
>
> *(b)* la fijación sobre una base material de sus emisiones;
>
> *(c)* la reproducción:
>
> (i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento;
>
> (ii) de las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el Artículo 15, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo;
>
> *(d)* la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada. Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicite la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo.

Asimismo, destaca el artículo 14.3 del ADPIC de la OMC:

> Artículo 14
>
> Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión
>
> (...)
>
> 3. Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión. Cuando los

[30] Masouyé, Claude, *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, Ginebra, OMPI, 1982, p. 14.

Miembros no concedan tales derechos a los organismos de radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibilidad de impedir los actos antes mencionados, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971).

Por su parte, el artículo 144 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, como un reflejo de las obligaciones internacionales referidas, señala:

Artículo 144.- Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de autorizar o prohibir respecto de *sus emisiones*:

I.- La retransmisión;
II.- La transmisión diferida;
III.- La distribución simultánea o diferida, por cable o cualquier otro sistema;
IV.- La fijación sobre una base material;
V.- La reproducción de las fijaciones, y
VI.- La comunicación pública por cualquier medio y forma con fines directos de lucro.
(...)

Otro ejemplo del contenido de esta clase de derechos conexos, lo encontramos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española:

Artículo 126. Derechos exclusivos.

1. Las entidades de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar:

a) La fijación de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o visual. A los efectos de este apartado, se entiende incluida la fijación de alguna imagen aislada difundida en la emisión o transmisión.

No gozarán de este derecho las empresas de distribución por cable cuando retransmitan emisiones o transmisiones de entidades de radiodifusión.

b) La reproducción de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones.

Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales.

c) La puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

d) La retransmisión por cualquier procedimiento técnico de sus emisiones o transmisiones.

e) La comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radiodifusión, cuan-

> do tal comunicación se efectúe en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de una cantidad en concepto de derecho de admisión o de entrada.
> Cuando la comunicación al público se realice vía satélite o por cable y en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 20 de esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en tales preceptos.
> f) La distribución de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones.
> Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial.
> Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales.
> 2. Los conceptos de emisión y transmisión incluyen, respectivamente, las operaciones mencionadas en los párrafos c) y e) del apartado 2 del artículo 20 de la presente Ley, y el de retransmisión, la difusión al público por una entidad que emita o difunda emisiones de otra, recibidas a través de uno cualquiera de los mencionados satélites.

También es importante dejar asentado que, tanto en el Derecho Internacional como en las leyes internas, los derechos conexos de los organismos de radiodifusión son derechos exclusivos, es decir, derechos de autorizar o prohibir ciertos usos de la señal[31].

Vistas las características de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, no resulta difícil diferenciarlos de los derechos de autor.

6.- La regulación jurídica de las utilizaciones secundarias de las obras radiodifundidas.

Para cerrar el presente capítulo introductorio, hay que asentar que los derechos de propiedad intelectual ya explicados entran en juego cuando las obras (y sus correspondientes prestaciones, especialmente, señales) se ponen a disposición de los clientes de los hoteles, incluso, en la comodidad de sus habitaciones.

Como ya vimos previamente, la principal fuente de entretenimiento para las habitaciones de hotel, siguen siendo las obras radiodifundidas, es decir, las obras transmi-

[31] "La reproducción, la fijación y la retransmisión de sus emisiones son prerrogativas de los organismos de radiodifusión (radio o televisión), que pueden autorizar o prohibir que se transmitan al público". Ríos Ruiz, Wilson R., *op. cit.*, p. 363.

tidas por radio y televisión. Lo que nos lleva de lleno a uno de los más apasionantes temas en materia autoral: la utilización secundaria de obras radiodifundidas.

En el siguiente capítulo, analizamos a detalle las normas jurídicas internacionales que regulan el tema de las utilizaciones secundarias de obras radiodifundidas, en especial, las que inciden en el sector hotelero.

Es importante destacar que, aunque algunos hoteles comienzan a implementar nuevas tecnologías para el entretenimiento de sus huéspedes, como el acceso a plataformas de *streaming* o *video on demand*, en tales casos sigue siendo aplicable el derecho de comunicación pública, dado el carácter de intermediario del hotel y el principio de neutralidad tecnológica en materia autoral. Por lo que la mayor parte de lo dicho en el presente libro sobre la utilización de obras radiodifundidas en habitaciones de hotel, sigue siendo aplicable para otras tecnologías de intermediación utilizadas por los establecimientos de hospedaje, incluso las basadas en Internet.

CAPÍTULO II
FUNDAMENTO INTERNACIONAL DE LA COMUNICACIÓN PÚBLICA EN LAS HABITACIONES DE HOTEL

1.- Introducción al Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual.

Una de las disciplinas jurídicas con mayor número de tratados internacionales, es el Derecho Intelectual. Hay varios factores que explican esto, y que no es pertinente analizar en este momento, porque nos desviaría de la metodología planteada. Lo que sí es relevante dejar asentado, es que, en materia autoral, el nutrido corpus internacional ha generado una uniformidad mundial sobre muchos aspectos de la regulación de los derechos de autor.

En efecto, si revisamos las leyes autorales del mundo (y especialmente las de Iberoamérica) veremos una misma esencia en la regulación de los derechos de explotación, incluyendo el de comunicación pública. Por eso, veremos que la respuesta al tema de los derechos de autor en las habitaciones de hotel es, apabullantemente, la misma en diversos países, pues deriva del mismo marco jurídico internacional.

Ahora bien, el Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual no es fácil de abordar, tanto por el número de tratados (generados desde el siglo XIX hasta la fecha), como por el técnico texto de alguno de ellos, lo cual exige mucho al operador jurídico.

En este sentido, existen tratados sólo de derechos de autor, otros de derechos conexos, y además, la materia también es regulada por acuerdos de comercio internacional, como el TLCAN y el ADPIC (o más recientemente, el TPP-11 o el T-MEC), por lo que el jurista debe saber, primero, donde buscar las posibles respuestas a sus planteamientos jurídicos.

Respecto del tema de las habitaciones de hotel, la respuesta básica se encuentra en el Convenio de Berna, por lo que el análisis de las disposiciones aplicables de tal tratado de derechos de autor, es la parte central del presente capítulo. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia comparada nos demuestran, como veremos en el Capítulo III, que el TODA se ha erigido como un complemento para la correcta intelección del Derecho Internacional aplicable al tema de estudio.

Fuera del ámbito de los derechos de autor, haremos referencia a tres tratados de derechos conexos: la Convención de Roma, el TOIEF y el Tratado de Pekín,

que si bien están fuera del objeto de estudio del presente libro, en la práctica suelen ser confundidos con tratados de derechos de autor y algunos piensan que son aplicables al tema. Por ende, se explican tales convenciones para delimitar su ámbito de aplicación en materia de habitaciones de hotel, y demostrar su no incidencia respecto de los derechos de autor.

Dicho esto, comencemos con el análisis de los referidos convenios internacionales.

2.- Derechos de autor (I): el Convenio de Berna.

El Convenio de Berna es, incluso al día de hoy, el tratado internacional más importante en materia de derechos de autor. Por ende, es relevante revisar su contenido, no sólo por su importancia intrínseca, sino también por que el tema del presente libro, encuentra el fundamento de su regulación ahí.

En este sentido, primero explicaremos la regulación del derecho de comunicación pública en tal convención, para luego estudiar la evolución histórica que culminó con la plasmación internacional del derecho subjetivo correlativo al deber jurídico que tienen los hoteles por el uso de obras dentro de sus habitaciones.

2.1.- La regulación del derecho de comunicación pública en el Convenio de Berna.

Como explicamos en el Capítulo I, las legislaciones modernas de derechos de autor y la Teoría del Derecho Autoral contemplan un derecho general de comunicación pública, que integra o incluye muchas facultades (ejecución pública, radiodifusión, representación pública, exhibición pública, recitación pública, etc.); sin embargo, el Convenio de Berna no regula un derecho general de comunicación pública, sino que contempla algunas de sus modalidades, en forma desperdigada.

Esto se debe a que el Convenio de Berna no pretende crear una clasificación y sistematización científica de derechos; sino que, más bien, su contenido es fruto de una evolución y revisión periódica en la que se le fueron sumando diversas facultades de la comunicación pública, según se fueron presentando las necesidades sociales y económicas en cada momento de desarrollo histórico.

Así, el Convenio de Berna es resultado de las obligaciones internacionales concretas y específicas que en su momento se fueron generando, sin que sus redactores pretendieran hacer un texto siguiendo los cánones académicos. En pocas palabras, se trata de una regulación casuística y pragmática.

En este sentido, el referido tratado comenzó incorporando las modalidades de la comunicación pública más comunes en el siglo XIX: la ejecución pública (tocar música en vivo) y la representación escénica (la puesta en un escenario de obras dramáticas o dramático musicales), hasta ir evolucionando e incorporar modalidades más modernas del derecho de comunicación pública, como lo fue la radiodifusión.

Por tal motivo, si bien en el Convenio de Berna no encontramos un derecho general de comunicación pública, sí veremos varías de sus facultades más importantes, como se aprecia en sus artículos 11, 11 Bis y 11 Ter, principalmente. Disposiciones que se complementarían con tratados posteriores, como por ejemplo, el TODA.

Dado lo anterior, aunque el marco jurídico y conceptual de la utilización secundaria de obras radiodifundidas por parte de hoteles es el derecho de comunicación pública, en el siguiente apartado nos limitaremos a estudiar la correspondiente modalidad de ese derecho, prevista en el artículo 11 Bis del Convenio de Berna.

2.2.- El derecho primario de radiodifusión.

Como anticipamos en el apartado previo, el Convenio de Berna no contempló en su texto original (1886) disposición alguna que regulara la comunicación pública de obras a través de la radiodifusión. Esto es comprensible, dado el carácter embrionario de esa tecnología al momento de suscribirse la convención, y el prácticamente inexistente valor económico que representaba la radiodifusión de obras.

Conforme pasaron los años y la radiodifusión (sobre todo de obras musicales) cobró relevancia práctica, se comenzaron a suscitar controversias entre autores y estaciones de radio. Si bien no todas las leyes autorales del mundo contemplaban en esa época un derecho general de comunicación pública, las soluciones jurídicas se inclinaron generalmente a favor de los autores, señalando los tribunales que los organismos de radiodifusión requerían permiso o licencia para hacer llegar las obras al público. Algunas sentencias, como por ejemplo en los Estados Unidos de América, se basaron en la interpretación y aplicación extensiva o analógica de la modalidad de ejecución pública, pues las autoridades judiciales razonaron, correctamente, que si un compositor podía autorizar o prohibir el uso

de su obra a través de orquestas en teatros o en cafés[32], se presentaba una situación similar con la radiodifusión donde, al fin y al cabo, la obra se hacía llegar un público (incluso más amplio, por el carácter masivo de la tecnología).

No obstante lo anterior, muchos países parte del Convenio de Berna (en esa época, predominantemente del continente europeo) decidieron incluir el tema de la radiodifusión de obras en la revisión de Roma de 1928[33].

Así las cosas, durante la conferencia diplomática de Roma se propuso señalar, expresamente, que los autores gozan del derecho de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras mediante la radiodifusión, sometiendo este tipo de utilización de obras a su control o ámbito decisorio.

Durante la conferencia de Roma y sus debates previos, los organismos de radiodifusión argumentaron la necesidad de poder acceder libremente a los contenidos protegidos por derechos de autor para cumplir su función, e incluso, llegaron a invocar un "interés superior de la colectividad" para justificar su pretensión. Su propósito era no tener que pedir permiso (ni pagar) por la comunicación que hacían a su público de las obras protegidas.

Algunas delegaciones participantes en la conferencia diplomática opinaron que la protección a las obras radiodifundidas, más que una cuestión de derechos a favor de los autores, debería ser un tema de política pública, debiendo dejarse al ámbito decisorio y de discrecionalidad de cada uno de países.

Sin embargo, la mayoría de las delegaciones opinaron, correctamente, que la radiodifusión era un acto de comunicación pública, y por ende, los organismos de radiodifusión realizaban una verdadera explotación o utilización pública de las obras de los autores, por lo que no había razón de fondo para negarle protección a los creadores y para darle inmunidad a los actos de radiodifusión, a diferencia del resto de actos de comunicación pública.

Es así que, luego de las discusiones, se aprobó añadir al Convenio de Berna un artículo 11 Bis, el cual incorporó el *derecho de radiodifusión o transmisión pública*,

[32] "The performance right -and, where applicable, the recitation right- historically presupposed that the audience world be at the site of the performance or recitation took place". Goldstein, Paul, *International copyright. Principles, law and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 265.

[33] Durante el siglo XX, el Convenio de Berna estuvo sometido a una revisión constante (aproximadamente cada veinte años), lo que dio lugar a una cíclica actualización del mismo y a la generación de diversas actas o versiones del tratado.

concretamente en su párrafo 1), de la siguiente forma:

> Artículo 11 Bis
>
> 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus obras por la radiodifusión.

Como se observa, se decidió y aprobó reconocerles un derecho exclusivo a los autores que les permitiera controlar la radiodifusión de sus obras, es decir, que los facultara para autorizar o prohibir a los organismos de radiodifusión esa forma de comunicación pública.

No obstante, para darle eco a las posturas contrarias, en el párrafo 2) del novedoso artículo 11 Bis, se facultó a los estados miembros para configurar con libertad ese derecho, e incluso, para restringirlo mediante el establecimiento de una licencia legal. Es decir, válidamente los países podían desconocerle su *ius prohibendi* al autor, y limitar su protección a un derecho de simple remuneración, en donde los creadores y los titulares derivados se limitaran a cobrar regalías por los actos de radiodifusión, pero sin que pudieran autorizar o prohibir tales actos[34].

Como se aprecia, este derecho primario de radiodifusión es una respuesta del Convenio de Berna a los cuestionamientos que pudo generar esa tecnología, terminando el debate al respecto.

En cuanto a su configuración, caben destacar cuatro cosas: *(a)* se trata de un derecho claramente oponible a radiodifusores, es decir, a las entidades de radio y televisión que transmitan obras; *(b)* no se exige que el público acceda efectivamente a la obra, basta su mera puesta a disposición o emisión para que entre en juego esta facultad de los autores[35]; *(c)* no se menciona ni se requiere que la

[34] "En respuesta a los requerimientos planteados por el desarrollo tecnológico se introduce el art. 11 bis en el que se reconoce el derecho exclusivo de los autores a autorizar la comunicación de sus obras al público por la radiodifusión. No obstante, las organizaciones de radiodifusores insistían en la necesidad que tenían de disponer de obras para la radiodifusión y alegaban que si no se establecían limitaciones al derecho exclusivo de los autores podían encontrarse sin protección frente a los posibles abusos de las sociedades de autores que se hallasen en una posición monopolística. Como solución de compromiso entre las distintas tendencias, en el §2 se reserva a las legislaciones nacionales de los países unionistas la facultad de reglamentar las condiciones en que el nuevo derecho será ejercido en sus respectivos territorios, lo cual importa autorizar a los países unionistas a establecer licencias no voluntarias. Se establece que estas licencias no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso lesionar el derecho moral del autor ni el derecho que corresponde a este de obtener una remuneración equitativa fijada, a falta de acuerdo amigable, por la autoridad competente". Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993, pp. 642 y 643.

[35] Explica Ficsor que: "se destaca que el acto de emisión es decisivo; para que la radiodifusión

radiodifusión deba tener una finalidad lucrativa, pues basta la mera realización de ese acto; y *(d)* sólo cubre el primer acto de radiodifusión o radiodifusión primaria, esto es, el acto concreto de comunicación realizado por la entidad de radiodifusión, sin que se dijera nada sobre los usos posteriores de esa obra radiodifundida.

Precisamente, este fue uno de los puntos más polémicos de la Conferencia de Roma, donde no hubo un acuerdo sobre el tratamiento jurídico que se daría a los casos donde otro organismo de radiodifusión o cualquier otro ente se aprovecharan de la obra recibida por la radiodifusión, y a su vez, realizaran comunicaciones públicas adicionales. La respuesta a este tema tardaría en llegar veinte años, al menos, en el Convenio de Berna.

El derecho primario de radiodifusión no trascendería aun a la esfera jurídica de los establecimientos hoteleros, pero sería la semilla para que, en la siguiente revisión del Convenio de Berna, se entrara a la regulación internacional del tema.

2.3.- Los derechos sobre las utilizaciones secundarias de las obras radiodifundidas.

El uso de las obras en las habitaciones de hotel encontraría una respuesta definitiva en la Revisión de Bruselas de 1948, donde se retomó la cuestión de la radiodifusión de obras, pero ahora enfocada a los usos secundarios o posteriores que pudiese tener esa obra como consecuencia de su transmisión hertziana. El derecho primario de radiodifusión ya no fue motivo de análisis, dado que era un rubro satisfactoriamente incorporado al Convenio de Berna veinte años atrás.

La mayor parte del debate se centró en el problema de cuando otro organismo de radiodifusión retomaba la transmisión de la obra y, a su vez, la retransmitía. Concretamente se discutió si debían controlarse únicamente las retransmisiones que trascendieran la zona geográfica a donde llegaba la transmisión primitiva o si debían controlarse toda retransmisión, incluso la que se realizara dentro de la zona de cobertura de la primera radiodifusión. Al final, los países de la Unión de Berna se decantaron por esta segunda opción, siendo suficiente que cualquier ente o persona diversa a que hizo la transmisión primaria retomará la señal y la

---

se considere concluida no es necesario que sea recibida". Ficsor, Mihály, *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*, Ginebra, OMPI, 2003, p. 77.
Mientras que Goldstein, también indica: "But, for conduct to fall within the right, it is necessary only that signals be emitted: 'it is immaterial whether or not they are in fact received'. Thus, even if no single member of the public views or hears the signal, it will nonetheless constitute a broadcast to the public". Goldstein, Paul, *op. cit.*, p. 266.

lanzara otra vez para hacerla llegar al público[36].

Más pacífica fue la discusión sobre el uso de obras radiodifundidas en establecimientos mercantiles, pues había un acuerdo mayoritario de que cuando un restaurante o un hotel recibían una obra de un organismo de radiodifusión, y facilitaban la escucha o visionado de esa obra a sus clientes, se estaba generando una segunda utilización de la obra, la cual requería de autorización del titular de derechos, sin importar que el organismo de origen sí contara con licencia de radiodifusión, pues la actividad del hotel o restaurante se considera un segundo (y nuevo) acto de comunicación pública[37].

La idea que guío las negociaciones en la Conferencia de Bruselas sobre todas estas clases de utilizaciones secundarias de la obra radiodifundida, fue que las mismas implican un *segundo aprovechamiento* (de trascendencia económica) que beneficiaba a los dueños de los establecimientos mercantiles y otros empresarios, y por tanto, también debería beneficiar a los autores de esas obras.

Como consecuencia de lo acordado en Bruselas, se reformó el artículo 11 Bis del Convenio de Berna, para mejorar un poco la redacción del derecho primario de radiodifusión y agregar dos nuevos párrafos dedicados a estos derechos sobre la utilización secundaria de la obra radiodifundida.

Sobre esto, refiere Mihály Ficsor:

> "En la Conferencia de Revisión de Bruselas de 1948, el Artículo 11 bis.l) se modificó en dos aspectos: en primer lugar, se cambió el texto -aunque no su esencia- de la disposición básica sobre el derecho de radiodifusión; y, en segundo lugar, se reconocieron nuevos derechos secundarios relacionados con la radiodifusión"[38].

Ese texto, que ha quedado prácticamente inalterado hasta nuestros días, determinando lo siguiente:

---

[36] Para más detalles sobre este tema, remitimos a nuestra obra De la Parra Trujillo, Eduardo, *Retransmisiones televisivas, derechos de autor y telecomunicaciones. El debate sobre el must offer y el must carry*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, 2017, pp. 71 a 85.

[37] Ginsburg y Ricketson explican que la razón por la que no hubo mayor debate para agregar este tercer derecho al artículo 11 Bis, fue porque los países parte consideraron que era una situación muy similar a la ejecución pública en directo de obras musicales, con el agravante de que la radiodifusión hacía que el público potencial fuera mucho más grande. *Vid.* Ginsburg, Jane C., y Ricketson, Sam, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, Nueva York, 2a. ed., Oxford University Press, 2006, vol. I, p. 738.

[38] Ficsor, Mihály, *op. cit.*, p. 75.

Artículo 11 Bis

1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

(i) 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;

(ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

(iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

2) Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.

3) Salvo estipulación en contrario, una autorización concedida de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo no comprenderá la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes, la obra radiodifundida. Sin embargo, queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación.

Así, revisando el apartado 1), veremos que su párrafo (i) se refiere al derecho primario de radiodifusión (incorporado en la Revisión de Roma), mientras que los párrafos (ii) y (iii) son los derechos sobre las utilizaciones secundarias de obras radiodifundidas (incorporados en la Revisión de Bruselas).

Por lo que atañe al uso de obras en hoteles, el párrafo (iii) es el aplicable al caso y fue creado *ex professo* para esas situaciones; sin embargo, dada la redacción final del párrafo (ii), este también puede ser aplicado a tales casos, e incluso, así lo han hecho varios tribunales (como, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), cuestión que constataremos en el Capítulo III.

En virtud de lo anterior, para explicar estos derechos sobre los usos secundarios, expondremos primero el previsto en el párrafo (iii), por ser el especialmente diseñado para el caso de hoteles, y luego el párrafo (ii), por tratarse sólo de un fundamento jurídico de carácter adicional, que refuerza la conclusión derivada del párrafo (iii).

2.3.1.- La comunicación pública por altavoz o televisión de obras radiodifundidas.

El principal sustento jurídico internacional por el uso de obras radiodifundidas en instalaciones hoteleras es el artículo 11 Bis.1.iii del Convenio de Berna, que sobre el particular ordena:

> Artículo 11 Bis
>
> 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:
>
> (...)
>
> (iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

En primer lugar, el preámbulo del apartado 1) nos indica claramente que se trata de un derecho exclusivo de autor (al grado de utilizar expresamente ese término), por virtud del cual los actos señalados en ese artículo están sujetos a *autorización* del titular de derechos. Es decir, no se pueden usar las obras en los términos descritos si no se cuenta con el permiso o licencia del titular (de lo contrario estaremos frente a una actividad ilícita, consistente en la violación al respectivo derecho de autor).

En segundo lugar, el párrafo (iii) tiene como punto de partida una "obra radiodifundida", es decir, requiere un acto previo de radiodifusión de la obra por parte de un organismo de radiodifusión[39]. Por ende, el carácter de utilización secundaria de la obra queda evidenciado por el hecho de que se necesita, primero, que haya un acto de radiodifusión, y sólo así podremos hablar de una obra *ya* radiodifundida, que será objeto de una segunda utilización o comunicación.

[39] Mismo que debe respetar el derecho de los autores sobre la radiodifusión primitiva de su obra, previsto en el párrafo (i).

O como dice sintéticamente Delgado Porras: "nos estamos refiriendo a una explotación secundaria de una radiodifusión primaria"[40].

¿A qué clase de obras se refiere la disposición? Claramente están incluidas las obras musicales, en tanto se habla de "sonidos"; pero igual de clara es la aplicación a obras audiovisuales (como películas, series de televisión, etc.), dado el uso de la expresión "imágenes". Lo anterior nos revela que esta radiodifusión primaria, abarca tanto la radio sonora como la propia radiodifusión por televisión.

En este orden de ideas, si ya tenemos nuestro punto de partida, que es una obra (musical o audiovisual, principalmente) que ya ha sido objeto de un acto de radiodifusión, cabe preguntarnos: ¿en qué consiste la utilización secundaria? Precisamente en un acto de "comunicación pública", adicional a la radiodifusión primaria, que se consuma simplemente mediante el uso de un "altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor".

Aquí encontramos algo que le dota sentido a cualquier acto de utilización secundaria: la noción de *intermediación*. Se trata de la realización de un esfuerzo, por virtud del cual se busca ampliar el número de personas que puedan gozar de la radiodifusión de la obra.

El ejemplo clásico es el restaurante, cuyo gerente cuenta con un aparato receptor de radio, y que bien puede escuchar la música radiodifundida en su oficina como receptor final. Pero si ese gerente conecta algunas bocinas o altavoces para que los comensales puedan escuchar también la música, entonces está realizando una labor de intermediación, por virtud de la cual está ampliando el número de receptores de la obra musical, realizando así una "comunicación pública mediante altavoz de una obra radiodifundida", lo que *es un segundo acto de comunicación pública, diferenciado del primer acto de comunicación pública que es la transmisión realizada por el organismo de radiodifusión*.

El mero hecho de ampliar el público receptor mediante el uso de alguna bocina, genera *automáticamente* un nuevo acto de comunicación pública, el cual requiere su propia e individual autorización o licencia para poder realizarlo, pues al poner este derecho en forma independiente en el párrafo (iii), el Convenio

[40] Delgado Porras, Antonio, "Difusión de emisiones de radio-TV en las habitaciones de hotel" en *Derecho de autor y Derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, t. II, 2007, p. 149.

de Berna claramente lo diferenció del permiso o licencia del párrafo (i) para la radiodifusión primaria.

O dicho de otra forma: la autorización que el titular de derechos concede al organismo de radiodifusión en términos del párrafo (i) únicamente cubre, precisamente, esa primera transmisión de la obra, sin extenderse a ninguna clase de utilización secundaria. Por tal motivo, si un establecimiento mercantil realiza una de esas utilizaciones secundarias mediante la comunicación pública de la obra radiodifundida, no puede excusarse en el hecho de que el organismo de radiodifusión contara con su licencia y que dicha radiodifusión fue lícita, pues el establecimiento comercial requiere su propia licencia para el segundo acto de comunicación pública que realiza.

Y desde luego, toda vez que este segundo acto de comunicación pública no lo hace el organismo de radiodifusión, ni es de su responsabilidad, el derecho sobre las utilizaciones secundarias se ejerce frente al sujeto que dispone las bocinas o la televisión para el disfrute de su propia clientela.

Por eso, es jurídicamente insostenible que sea el organismo de radiodifusión (y no el hotel o el restaurante) quien deba de responder por el segundo acto de comunicación pública, pues contrario a lo que algunos pudieran creer, la señal que emiten no queda "libre de derechos de autor", ni conlleva autorización para cualquier uso posterior de las obras. Al respecto, con claridad indica Delgado Porras:

> "Esto sería contrario a principios que constituyen verdaderos tópicos jurídicos: el sí y el cómo del ejercicio de todo derecho subjetivo corresponde (en circunstancias normales) decidirlo a su titular; un derecho exclusivo de explotación (como es el de autor), debe hacerse valer respecto del que efectúa la explotación de que se trate (en nuestro caso, la comunicación al público, por altavoz, de la obra emitida), a la que es ajeno el organismo de radiodifusión; en la materia que nos movemos, la 'independencia de los derechos' es uno de sus más esenciales pilares"[41].

De igual forma, sobre tal particular, el profesor de la Universidad de Stanford, Paul Goldstein, refiere lo siguiente sobre el alcance del referido párrafo (iii) convencional:

[41] *Idem*.

> "Although the author of the broadcast work presumably obtained economic consideration for licensing the broadcast, commonly applied rules of copyright contract interpretation will threat him as having withheld all rights nor expressly conveyed to his transferee and, consequently, as retaining control of this market unless he otherwise expressly indicated in his instrument of transfer"[42].

Este derecho del párrafo (iii) se extiende no sólo a la intermediación mediante el uso de bocinas o altavoces, sino en general a "cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes", lo que indudablemente abarca las televisiones o cualquier otra clase de pantallas[43], pues se trata de instrumentos que sirven para transmitir o comunicar imágenes y sonidos.

> Acerca de esto último se refiere la *Guía del Convenio de Berna*:
> "Sea cual sea la naturaleza de la obra radiodifundida [o televisada], lo importante es que exista comunicación pública de la misma mediante altavoz o instrumento análogo (por ejemplo, una pantalla de televisión que transmite signos, sonidos o imágenes)"[44].

Se desprende, así, que la actividad de los hoteles, consistente en actuar como intermediaros, al poner a disposición de sus clientes bocinas y televisiones por virtud de los cuales se pueden apreciar obras audiovisuales y musicales radiodifundidas (principalmente), satisface los extremos del párrafo (iii), y por ende, constituye una utilización secundaria de la obra transmitida en forma primaria por un organismo de radiodifusión. *Razón por la que dicha actividad de los hoteles está sujeta a derechos de autor* y al deber de obtener una autorización de los respectivos titulares de derechos.

Cuestión que no debe sorprendernos, pues el párrafo (iii) fue pensado y creado, precisamente, para aplicarse a hoteles, entre otros establecimientos comerciales expresamente mencionados por la *Guía del Convenio de Berna* (que además de hoteles, habla de: restaurantes, cafés, salones de te, grandes almacenes, ferrocarriles y aviones)[45].

---

[42] Goldstein, Paul, *op. cit.*, p. 266.
[43] Sobre el particular, *cfr*. Lipszyc, Delia, *op. cit*, p.685.
[44] Masouyé, Claude, *Guía del Convenio de Berna*, Ginebra, OMPI, 1978, p. 82.
[45] *Ibidem*, p. 81.

Respecto al derecho previsto en el párrafo (iii), esta guía oficial explica:

> "De igual modo que cuando la recepción de la emisión va seguida de una comunicación pública de la misma, dirigida a un nuevo círculo de oyentes (o de televidentes), bien mediante una nueva emisión o bien mediante transmisión por hilo (véanse los números 1° y 2° del párrafo 1), se considera que la comunicación a través de altavoz (o instrumento análogo) *llega a un público nuevo, distinto del que el autor tuvo presente cuando autorizó la radiodifusión* de su obra. Efectivamente, y aunque por definición la radiodifusión puede llegar a un número indeterminado de personas, al autorizar esta modalidad de explotación de su obra el autor *sólo tiene presentes a los usuarios directos*, es decir, los proveedores de aparatos receptores que capten las emisiones individualmente o *en un ámbito privado o familiar*. A partir del momento en que *se efectúa esta captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto* (*a veces* con fines de lucro), es *una nueva fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha [o de la visión] de la obra*, con lo cual la comunicación de la emisión a través de altavoz (o instrumento análogo) *no constituye ya la simple recepción de la emisión misma, sino un acto independiente mediante el cual la obra emitida es comunicada a un público nuevo*. Y esta recepción pública da lugar al derecho exclusivo de autorización, que corresponde al autor"[46] (énfasis añadido).

Alcance normativo que, además de ser el ampliamente preponderante en la intelección de esa disposición por parte de la jurisprudencia comparada (como veremos en el Capítulo III), es el pacíficamente aceptado en la doctrina especializada en derechos de autor (como se podrá constatar en el mismo capítulo).

Sobre esto, Antonio Delgado Porras, explica lo siguiente:

> "Así se desprende de los documentos de la Conferencia de Bruselas. La Oficina de la Unión y el Gobierno belga consideraron llevar al programa una disposición que permitiese 'reservar al autor el derecho de comunicación al público, por altavoz, de la emisión radiofónica de su obra', y señalaron que 'este caso presenta una gran importancia práctica: los altavoces son cada vez más utilizados para la difusión de obras literarias y musicales' y que 'en todas las partes donde se reúnen hombres: en el cine, en el restaurante, en el hotel, en el salón de té y hasta en los vagones de los ferrocarriles, se escucha hoy música, lecturas, recitaciones y conferencias transmitidas por radio y altavoz', lo que suponía la comunicación de esas obras a 'un nuevo público'.
>
> Abundando en estas ideas, se justificó la aludida disposición en que 'la difusión de

[46] *Ibidem*, pp. 81 y 82.

> una emisión por altavoz no es parte constitutiva de la emisión misma, sino un acto independiente, por el cual la obra difundida es comunicada a un público nuevo' y en que era 'justo y sano desde el punto de vista económico, someter a una autorización especial la difusión pública por altavoz; hay aquí una especie de compensación ofrecida a los autores cuyas obras se ejecutan menos frecuentemente en los conciertos directos delante de un público que paga'.
>
> Y anticipándose a la tesis (contraria a dicha autonomía) de que el derecho comentado debe ser ejercido sólo frente a los organismos de radiodifusión y enfrentándose a ella, la Administración belga y la Oficina de la Unión hicieron constar en el programa que 'una cosa nos parece esencial: el autor debe ser libre de decidir en qué medida cede a otro el derecho de utilizar su obra. Él debe poder autorizar una radiodifusión, por así decirlo limitada, cuyo receptor no tenga derecho de servirse de ella con ánimo de lucro'.
>
> De acuerdo con lo expresado, el Relator General declaró en su informe: 'Finalmente el autor es llamado de nuevo a gozar de un tercer derecho sobre la comunicación pública por altavoz, o por otro instrumento análogo, transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida. [...] Cada vez que haya empleo de un instrumento, y de una transmisión por éste, puede haber lugar a una autorización' (o una prohibición, si el ejercicio de este derecho no se ha sometido a una licencia no voluntaria, en virtud de lo dispuesto en el art. 11 bis.2)"[47].

Acerca de las condiciones específicas de este derecho de comunicación pública secundaria sobre las obras radiodifundidas, podemos constatar que el Convenio de Berna no exige ninguna calidad específica en el sujeto responsable, es decir, en el intermediario que disponga las bocinas o la televisión para su público: cualquier persona física o moral que realice esa segunda comunicación pública (mediante el suministro de altavoces o pantallas) debe sujetarse al cumplimiento de los derechos de autor.

El Convenio de Berna tampoco exige que esa utilización secundaria de la obra radiodifundida se haga con fines de lucro, aunque esto sea lo más común en dicha clase de actos. Durante la Conferencia de Bruselas, el tema de la finalidad lucrativa se trajo a colación por algunas delegaciones (por ejemplo, España y Ciudad del Vaticano)[48], pero al final el tema no trascendió al texto del artículo 11 Bis.

Esto atiende a una lógica: ningún artículo del Convenio de Berna exige la fi-

[47] Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, pp. 148 y 149.
[48] *Documents de la Conférence de Bruxelles*, Berna, BIRPI, 1951, pp. 291 y 292.

nalidad lucrativa para la aplicación de derechos de autor (estos regulan, incluso, usos no lucrativos de obras), por lo que el nuevo derecho propuesto no debía ser la excepción. Además, como es sabido, muchos usos no lucrativos minan el mercado natural de las obras, reduciendo los ingresos de autores y demás titulares, pues si alguien tiene la opción de acceder gratuitamente a una obra, se decantará por esa posibilidad en lugar de pagar por su disfrute.

Finalmente, podemos ver que el artículo 11 Bis.1.iii del Convenio de Berna tampoco señala que el respectivo derecho queda excluido si la utilización pública de la obra radiodifundida se recibe dentro de un domicilio privado.

Y también existe una buena razón para que el tratado no plasme tal exigencia, ni el derecho quede excluido de tales lugares: la radiodifusión es una forma de utilización de obras que se caracteriza porque, precisamente, la mayoría de las emisiones son recibidas y gozadas dentro de domicilios privados (por ejemplo, las personas que escuchan radio o ven televisión en sus hogares); por lo que, a efectos de regulación jurídica de la radiodifusión (tanto en su derecho primario como en sus utilizaciones secundarias), es indiferente el carácter privado del lugar donde se reciben las obras, pues de lo contario, las facultades otorgadas por el artículo 11 Bis quedarían notoriamente desprovistas de contenido.

Lo verdaderamente relevante para el artículo 11 Bis, es el carácter "público" de la comunicación, es decir, que el *acto* de comunicación (no el *lugar* de recepción) sea "público" en contraposición a "privado". Y tales actos serán públicos en atención al tipo de relación entre el que hace la comunicación y las personas susceptibles de recibir la obra: si entre ellos hay una relación cercanía familiar o estrecha amistad, estaremos frente a una comunicación "privada", en cambio, si no existe tal tipo de relación, la comunicación será indefectiblemente "pública". Resultando claro que la relación entre un hotel y sus huéspedes es, evidentemente, del segundo tipo, por lo que si el establecimiento pone obras a disposición de sus clientes en las habitaciones, estaremos ante una comunicación pública, sin que sea relevante el carácter privado de las habitaciones.

En esto coincide la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, como se podrá constatar en el Capítulo III del presente libro. Sólo como ejemplo, citemos aquí la explicación de Mitra y Modi:

> "Switching on a radio in a public place is a separate performance in public different from that given by the original performer. If a person *by means of an installation, makes audible the performance in a private place to a larger number of persons other than the domestic circle*, it amounts to infringement of copyright by performing the work in public"[49] (énfasis añadido).

Con esto queda explicado el principal fundamento internacional para la aplicación de derechos de autor en las habitaciones de hotel.

2.3.2.- La retransmisión de obras realizada por quien no tiene carácter de organismo de radiodifusión.

Si bien el párrafo (iii) del artículo 11 Bis.1 del Convenio de Berna es el soporte jurídico básico en la materia (y por si mismo, es más que suficiente), hay otro párrafo del propio artículo, que se ha invocado por varios tribunales y por un sector de la doctrina, para también fundamentar las obligaciones de los hoteles por la puesta a disposición de obras dentro de sus habitaciones. Se trata del párrafo (ii) cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 11 Bis
>
> 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:
>
> (...)
>
> (ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

Tal disposición regula el llamado "derecho de retransmisión de obras"[50], cuyo origen fue regular los casos en que un organismo de radiodifusión, diverso al organismo de radiodifusión originador de la señal, retomara la obra y la hiciera llegar a un público (dentro o fuera del área de cobertura de la señal primitiva)[51]. Empero, como se anticipó, hay quienes propugnan por aplicar ese derecho a un fenómeno aparentemente diverso, como lo es la comunicación pública de obras dentro de las habitaciones de hotel, tal y como lo hace el profesor Delgado Porras:

---

[49] Mitra, Daksh, y Modi, Aayush, "Pay 'n' pay: public performance of sound recordings *vis-à-vis* copyright infringement", *Journal of intellectual property rights*, vol. 18, marzo de 2013, p. 125.

[50] Que no debe confundirse con el diverso "derecho de retransmisión *de señales*", previsto en la Convención de Roma.

[51] *Documents de la Conférence de Bruxelles*, Berna, BIRPI, 1951, pp. 289 y 290.

> "Sintetizando cuanto antecede podemos concluir que *la difusión de emisiones de radio y televisión en las habitaciones de hotel*, con excepción del caso descrito en §4(2)(f)[52], está sometida al derecho exclusivo del autor en todas las hipótesis que nos hemos planteado en dicho lugar -con la salvedad, también, de los países cuyas legislaciones hayan previsto una licencia no voluntaria en esta materia-.
> Ese derecho, en principio, exclusivo, *puede ser el de retransmisión por cable o el de comunicación pública o en lugares públicos (o accesibles al público) de la obra radiodifundida, previstos en el Convenio de Berna -art. 11bis.1.2° y 3°-* y en las disposiciones equivalentes de la ley nacional, según se utilice o no la explotación de dichas obras por el hotelero una antena colectiva"[53] (énfasis añadido).

¿Cuál es el sustento de una postura como esa, en donde se aplica el derecho de retransmisión? La respuesta es bastante sencilla, pues basta leer el texto del párrafo (ii), donde claramente podemos ver, al igual que en el párrafo (iii), que hay un acto de *intermediación*, en donde alguien, por iniciativa propia, capta la obra y se la hace llegar a un público.

Ese intermediario no tiene mayor calificación jurídica en el texto del tratado, más que ser un "distinto organismo que el de origen" (lo cual es consecuencia del rechazo a la teoría del espacio único o del nuevo círculo de auditores[54]). Es decir, la convención no exige que ese intermediario forzosamente tenga la calidad de un organismo *de radiodifusión*, pues únicamente habla de un "distinto organismo", pero no de "distinto organismo de radiodifusión".

Por ende, cualquier intermediario que, mediante dispositivos técnicos, retome una obra radiodifundida y la retransmita a un público, entra en la hipótesis normativa del párrafo (ii) referido, sea o no un organismo de radiodifusión.

Y precisamente los hoteles pueden revestir, y revisten, ese carácter de "distinto organismo", pues ellos no son la fuente de la radiodifusión primaria o primitiva (evidentemente), pero al comprar televisiones para sus habitaciones, dotarles de energía eléctrica, realizar el cableado interno para difundir las señales a través de sus instalaciones, y al conectar esos cables a una antena colectiva (propia o proporcionada por una empresa de televisión restringida), claramente están reali-

[52] Se refiere a "cuando los aparatos pertenecen a los clientes y las habitaciones no están provistas de conexiones a una antena colectiva, sirviéndose esos clientes de la antena individual de su aparato".
[55] Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, p. 155.
[54] Más detalles al respecto, en De la Parra Trujillo, Eduardo, *op. cit.*, pp. 73 a 84.

zando una transmisión adicional dentro de su inmueble, intermediando para que las obras puedan disfrutarse en las habitaciones.

Como veremos en el Capítulo III del presente trabajo, son varios los tribunales del mundo que han calificado tales actividades de los hoteles como verdaderos actos de retransmisión de obras, e incluso, han invocado expresamente el artículo 11 Bis.1.ii del Convenio de Berna. Podemos citar como ejemplos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte de Apelación de Santiago de Chile, el Tribunal Supremo español, la Audiencia Provincial de Madrid, etc.

A propósito de la calificación de "retransmisión" aplicable a la actividad de los hoteles, cuando hay una antena colectiva, es muy clara y detallada la explicación de Antonio Delgado Porras:

> "La hipótesis descrita no presenta dificultad alguna para ser calificada de explotación sometida al derecho de *retransmisión* por cable.
> La difusión de referencia transmite señales portadoras de programas propuestos al público por un organismo de 'radio' o de televisión en el marco de una operación de radiodifusión primaria -§7(1)(1)-.
> Esa *transmisión se efectúa llevando a cada una de las habitaciones del hotel*, a través de un dispositivo conductor (hilo telefónico, cable coaxial, fibra óptica), las señales de la emisión o emisiones captadas por la antena del establecimiento y transformadas y amplificadas con vistas a la expresada distribución -§7(1)(2)-.
> Esta operación se realiza de manera simultánea con la emisión o emisiones y sin que la empresa hotelera introduzca cambios en los programas -§7(1)(3)-.
> Los *beneficiarios* de la explotación – es decir, *los clientes del hotel* a los que individualizadamente se hayan asignado las habitaciones en el correspondiente contrato de hospedaje- constituyen, *desde el punto de vista del Convenio de Berna* y prescindiendo de la noción de público eventualmente prevista en la ley nacional: (I) un público, puesto que tales clientes (sin perjuicio de casos puntuales y limitados) no están ligadas entre sí por relaciones familiares estrechas (como las de los miembros del normal círculo familiar); (II) un público 'en general', ya que está formado, en cada momento, por las personas que han celebrado el contrato de hospedaje y gozan del sistema de recepción de las emisiones (público real) y por aquéllas otras que, si lo desean, pueden disfrutar de tal sistema (público potencial); y (III), constituyen también 'una parte' de ese público en general, puesto que el público potencial está delimitado cuantitativamente *en función de la red instalada* y de la capacidad de hospedaje del establecimiento al que esa red está destinada -§7(1)(4)(A)(h)-.

> La explotación comentada también *es un acto autónomo de comunicación pública*, por cuanto el hotelero, con la instalación y sintonización de la antena de cabera de la red de cable a la que están conectadas las habitaciones, *actuó como un organismo cabledistribuidor distinto del de origen* de la emisión o emisiones puestas a disposición de los clientes de las habitaciones"[55] (énfasis añadido).

El *quid* del asunto, para muchos, es determinar cuáles son los casos a los que los hoteles les resulta aplicable el párrafo (ii), es decir, el derecho de retransmisión, y cuáles son los casos regidos por el párrafo (iii), es decir, el derecho de comunicación a través de altavoz o televisión. Algunos consideran que la diferencia radica en la existencia de una antena colectiva (proporcionada directamente por el hotel o a través de un prestador de servicios contratado por este), pues se ser el caso, aplicaría el párrafo (ii); mientras que si hay antenas individuales en las habitaciones, aplicaría entonces el (iii)[56].

Por nuestra parte, consideramos que en los casos de antena colectiva se aplican simultáneamente los párrafos (ii) y (iii), pues la actividad satisface los extremos de ambas hipótesis normativas, sin que se pueda descartar la una o la otra; aunque a nuestro entender, dado su origen histórico, se puede argumentar que el párrafo (iii) es la disposición principal (creada para resolver el problema en específico), y que el párrafo (ii) es una disposición adicional, que genera una norma que nos lleva a la misma conclusión, por lo que ratifica la obligación que tienen los hoteles de respetar los derechos de autor.

Empero, la elección entre uno u otro párrafo, o la aplicación de ambos, es más bien un ejercicio académico, pues lo verdaderamente relevante es que existe fundamento jurídico internacional (sea uno, sea otro, o sean ambos), y que, sea como sea, los hoteles están obligados a respetar los derechos de autor cuando hacen llegar obras a sus huéspedes.

Con esto terminamos lo relativo al Convenio de Berna, pero el fundamento internacional respecto a los derechos de autor, no acaba ahí, como se explica en el siguiente apartado.

---

[55] Delgado Porras, Antonio, *op. cit.*, pp. 146 y 147.
[56] *Ibidem*, p. 155.

3.- Derechos de autor (II): el TODA.

No existe lugar a dudas que el artículo 11 Bis del Convenio de Berna es el principal fundamento internacional, en materia de derechos de autor, para sujetar el uso de obras en las habitaciones de hoteles a una autorización o licencia. Sin embargo, el TODA se ha convertido en un interesante aliado, sobre todo a fines aclaratorios.

En efecto, en algunos juicios los hoteles han llegado a alegar, a fin de evadirse de su responsabilidad, que en las habitaciones de sus establecimientos no hay un verdadero uso o acceso efectivo (afirmando, incluso, que los huéspedes no ven obras en las televisiones de las habitaciones), de manera que sólo podría existir una verdadera comunicación de obras cuando estas llegan a los cuartos y son gozadas realmente por los huéspedes[57].

Como se explicó en el apartado previo, el Convenio de Berna no exige nunca ese acceso efectivo para que exista un acto de comunicación pública, y de hecho, en sede de los tres derechos en materia de radiodifusión (artículo 11 Bis), lo verdaderamente relevante es el acto de emitir o de ampliar el campo de la radiodifusión, siendo indiferente la recepción efectiva de las obras radiodifundidas.

De hecho, la Guía del Convenio de Berna claramente explica esto, al aplicar el concepto de "puesta a disposición" en materia de radiodifusión de obras, y referir que: "el factor determinante es la emisión, *independientemente de la captación y de la escucha o visión*"[58] (énfasis añadido).

Sin embargo, con la adopción del TODA, este concepto de "puesta a disposición" fue clarificado y adquirió plena carta de naturalización en el Derecho Internacional, como se puede apreciar en su artículo 8°:

> Artículo 8°
>
> Derecho de Comunicación al Público
>
> Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11*bis*.1)i) y ii), 11*ter*,1)ii), 14.1)ii) y 14*bis*.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).

[57] Sobre este tema abundamos *infra*, en el Capítulo III, apartado 7.
[58] Masouyé, Claude, *op., cit.*, p. 79.

El motivo que llevó a la incorporación del concepto de "puesta disposición" en ese convenio, fue resolver la problemática del uso de obras en Internet, donde los infractores ponían una obra al alcance general (subir una obra musical a un sitio web, por ejemplo), pero en muchos casos era imposible probar el acceso efectivo a la obra. Precisamente, para no hacer nugatorios los derechos de los autores, se aclaró el alcance del derecho de comunicación pública para determinar que incluye la mera puesta a disposición de obras, sin exigir el acceso efectivo.

Este concepto de "puesta a disposición", aunque muy útil en el ámbito de Internet, no es el único de tipo de comunicaciones a las que puede aplicar, pues, precisamente, el TODA significó un paso decisivo para la consolidación de un derecho general de comunicación pública. La verdad, el concepto de "puesta a disposición" existía desde antes en materia autoral y era aplicado a los más variopintos tipos de comunicaciones publicas (como bien explica la Guía del Convenio de Berna), el TODA lo único que hizo fue retomarlo y aclararlo.

De hecho, el concepto de "puesta a disposición" no está limitado sólo a prestadores de servicios de Internet[59], sino que ha tenido una gran acogida en sede de uso de obras en las habitaciones de hotel; y de él se han valido infinidad de tribunales para resolver puntualmente esa clase de asuntos, como por ejemplo, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, las cortes de apelación chilenas, y hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, incluso, se apoyó expresamente en el artículo 8° del TODA para determinar el carácter público de las comunicaciones dentro de las habitaciones de hotel. Sobre esta jurisprudencia ahondamos en el Capítulo III del presente trabajo.

Así, aunque el TODA tiene una función más bien aclaratoria en la materia, y en nada suma a lo ya dicho por el artículo 11 Bis del Convenio de Berna, es una muy bienvenida adición que sirve para complementar a este último tratado, en el sentido de ratificar e ilustrar el correcto alcance de sus disposiciones.

Y con esto terminamos el fundamento internacional del tema estudiado, al menos por lo que hace a los derechos de autor.

[59] Reinbothe, Jörg, y Von Lewinski, Silke, *The WIPO treaties on copyright*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 134.

4.- Derechos conexos (I): la Convención de Roma.

Los hoteles no sólo tienen obligaciones en materia de derechos de autor, sino también respecto de los derechos conexos. Y si bien el presente trabajo es un estudio enfocado a la materia de los derechos de autor, es necesario hacer una referencia mínima, tanto con fines de claridad, como para ver cómo interactúan tales derechos con los derechos conexos cuando se usan obras y prestaciones en las habitaciones de hotel, lo cual nos será de suma utilidad para analizar los argumentos o tópicos del Capítulo III del presente libro.

Como se explicó en el Capítulo I, el Convenio de Berna es un tratado sobre derechos de autor, por lo que carece de aplicación alguna en sede de derechos conexos. Por ende, en el presente apartado estudiaremos el tema a la luz del principal acuerdo internacional en materia de derechos conexos: la Convención de Roma.

Para esto, primero haremos una breve referencia a los derechos que, frente a los hoteleros, pueden ejercer los artistas y productores de fonogramas, para después dedicar un poco más de atención a la situación de los derechos de los organismos de radiodifusión, que son los que más se entrecruzan con los derechos de autor en la práctica y causan confusión en el ámbito de los servicios de entretenimiento en las habitaciones de hotel.

4.1.- Fundamento jurídico de los derechos de artistas y productores de fonogramas.

El tema de las utilizaciones secundarias de las actuaciones de artistas y de las grabaciones de productores, fue uno de los más debatidos y polémicos durante la Conferencia de Roma de 1961; y aunque el artículo 11 Bis del Convenio de Berna resolvió el problema respecto a los derechos de autor, la solución adoptada en la Convención de Roma para los derechos conexos varío en algunos aspectos.

De entrada, hay que señalar que la Convención de Roma protege casi exclusivamente a los artistas del *sector musical*[60], y los derechos de los tales artistas reciben, en el texto convencional, un distinto tratamiento dependiendo si nos encontramos ante interpretaciones o ejecuciones en vivo (no fijadas), o ante interpretaciones grabadas previamente (fijadas).

[60] El artículo 19 de la Convención de Roma señala: "No obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el Artículo 7".

Respecto de las interpretaciones no fijadas, las utilizaciones secundarias de estas reciben una protección similar a la del Convenio de Berna para las obras, como se aprecia en el artículo 7.1.a de la Convención de Roma:

> Artículo 7
>
> 1. La protección prevista por la presente Convención en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir:
>
> (a) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación;
>
> (...)
>
> 2. Corresponderá a la legislación nacional del Estado Contratante donde se solicite la protección, regular la protección contra la retransmisión, la fijación para la difusión y la reproducción de esa fijación para la difusión, cuando el artista intérprete o ejecutante haya autorizado la difusión.

Normalmente, las actuaciones en vivo que son radiodifundidas cuentan con la autorización del artista, por lo que el uso secundario de las actuaciones radiodifundidas por parte de un hotel en sus habitaciones, no entra dentro del control que el párrafo (a) dispensa a los artistas. Empero, esa protección es sólo un mínimo, por lo que los Estados quedan facultados para otorgar una tutela más amplia, como claramente se reconoce en el propio apartado 2.1 del mismo artículo.

De hecho, esto es lo más común en la práctica, pues infinidad de legislaciones nacionales sí protegen la utilización secundaria de actuaciones en vivo (no fijadas) radiodifundidas.

Por lo que hace al fundamento jurídico de la protección en habitaciones de hoteles para las actuaciones fijadas, esta se encuentra en la misma disposición donde se concede la protección, para iguales casos, a los productores de fonogramas, es decir, en el artículo 12 del convenio en estudio:

Artículo 12

> Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración.

En primer lugar, es llamativo que la Convención de Roma no hace forzosa la concesión de este derecho sobre utilizaciones secundarias, ni a favor de los artistas, ni a favor de los productores, sino que puede ser para unos o para otros, o también puede ser para ambos (opción última que es la más común en las leyes nacionales).

En segundo lugar, y esto es lo más destacable, el artículo 12 no concede un derecho exclusivo o derecho de explotación (*ius prohibendi*), sino un mero derecho de remuneración[61], es decir, un derecho a cobrar regalías, pero no a oponerse al uso de los fonogramas y de las actuaciones grabadas[62].

Por tal razón, es que en varios países del mundo, las empresas hoteleras únicamente tienen que pagar regalías a artistas y a productores de fonogramas, pero no deben suscribir licencias (pedir un permiso en materia de derechos conexos). Desde luego, otros países van más allá de ese mínimo convencional y otorgan una protección robusta.

De cualquier forma, queda claro que, con independencia de las obligaciones de los hoteles en materia de derechos de autor, el mínimo obligatorio de la Convención de Roma se traduce en que, por lo menos, deben pagar unas regalías adicionales a artistas y/o productores de fonogramas (sin perjuicio de los países donde la protección nacional sea más amplia).

4.2.- Situación de los derechos de los organismos de radiodifusión.

La Convención de Roma es el único tratado internacional que contempla la cuestión, pues el derecho conexo de los organismos de radiodifusión quedó fuera del TOIEF, y sólo ciertos acuerdos comerciales tienen alguna que otra disposición,

[61] *Cfr. supra* el Capítulo I, apartados 4.3.3, 5.1 y 5.2.
[62] Masouyé, Claude, *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, Ginebra, OMPI, 1982, p. 62.

pero más enfocada a la radiodifusión satelital, sin hacer mayor referencia a las utilizaciones secundarias. Asimismo, desde hace años se discute un posible tratado de radiodifusión en el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, sin que al día de hoy haya llegado a buen puerto.

El derecho conexo de los organismos de radiodifusión a controlar las subsecuentes comunicaciones públicas o utilizaciones secundarias de sus emisiones o señales (que sería el derecho subjetivo aplicable a las habitaciones de hotel), se encuentra en la siguiente disposición de la Convención de Roma:

> Artículo 13
>
> Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir:
>
> (...)
>
> (d) la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada. Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicite la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo.

Es evidente que tal disposición se inspira en el artículo 11 Bis.1.iii del Convenio de Berna, y tiene esencialmente los mismos destinarios que ese tratado, por lo que en principio es aplicable a las utilizaciones secundarias que realicen los hoteles, tal y como explicamos al exponer el Convenio de Berna.

Sin embargo, el artículo 13.d de la Convención de Roma añade una peculiaridad que limita severamente este derecho conexo (a diferencia del derecho de autor previsto en el Convenio de Berna): el derecho sólo sería oponible cuando el hotel exija el "pago de un derecho de entrada".

Este último requisito es un resabio de tiempos pasados, y se explica porque todavía en la época de la Convención de Roma, los aparatos televisivos eran muy caros, por lo que aun no se había generalizado su presencia en la mayoría de los hogares de las personas. Por tal razón, muchos establecimientos comerciales, cobraban por acceder a ellos (pago de un "*cover*" o "entrada") para poder apreciar algún contenido televisivo, con independencia de cualquier consumo que se hiciera en el lugar. Este fenómeno ya casi no se presenta en la actualidad[63].

[63] Por eso Ficsor lo califica de un "derecho menor", prácticamente facultativo. *Cfr*. Ficsor, Mihály, *op. cit.*, p. 157.

Claude Masouyé nos explica este derecho y su peculiar requisito del "pago de una entrada":

> "Este derecho de recepción pública se justifica por razones prácticas. En efecto: algunos usuarios, como (por ejemplo) los empresarios de cafés, de hoteles o de locales cinematográficos, con la finalidad de atraer clientela, desean poder ofrecer a esta emisiones de televisión, mediante un pago de cualquier especie. Se apropian así, en cierto modo, las prestaciones de los organismos de radiodifusión, sirviéndose de ellas con fines de lucro. (...) El derecho de autorización o prohibición otorgado a los organismos de radiodifusión, sobre la recepción publica de sus emisiones televisivas, está sujeto a dos condiciones. Primera, que la comunicación se haga 'en lugares accesibles al público': expresión que se explica por sí sola; segunda, que haya que pagar 'un derecho de entrada', lo que significa que, si la entrada en el lugar abierto al público es gratuita, no se aplica este articulo 13. Es opinión general que el hecho de satisfacer el importe de una consumición en cafés, bares, establecimientos de comidas, etcétera, no puede ser asimilado al pago de un derecho de entrada, el cual consiste esencialmente en la entrega de cierta suma para poder penetrar en el local de que se trate"[64].

Con esto, la Convención de Roma establece un requisito de *lucro directo* en la utilización secundaria de las señales de los organismos de radiodifusión, excluyendo de protección convencional los casos donde exista lucro indirecto (los más comunes) y los casos de usos gratuitos; lo cual hace una gran diferencia con el Convenio de Berna, que sí protege en estos últimos supuestos (lucro indirecto y usos gratuitos).

Por ende, se puede concluir que, a nivel internacional, la protección de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, es mucho más débil que la protección a los derechos de autor.

¿Esto significa que la Convención de Roma exime a los hoteles de cubrir los derechos de autor? La respuesta es no, pues dicho tratado no forma parte del régimen de los derechos de autor, sino sólo regula algunos derechos conexos (incluso, esta última protección es diferenciada, pues artistas y productores fonográficos cuentan con una tutela más robusta); además de que el artículo 1° de la Convención de Roma, establece una clara salvaguarda a favor de los derechos de autor:

[64] Masouyé, Claude, *Guía de la Convención de Roma… cit.*, pp. 73 y 74.

Artículo primero

La protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.

Al respecto, resulta muy ilustrativa la guía de dicha convención, que sobre el particular explica:

"1.5. Con arreglo a esa cláusula, la protección dispensada a los derechos 'conexos', deja intacta, no menoscabándola en lo más mínimo, la del derecho de autor, de manera que ninguna disposición de la Convención de Roma puede ser interpretada en forma tal que resulte lesiva para este derecho. Se pone así claramente de manifiesto que, de acuerdo con las intenciones de sus redactores, *esta Convención no afecta a la situación jurídica de un titular de un derecho de autor*. Ahora bien: la posibilidad de que afecte a los intereses económicos de ese titular, es otra cuestión.
(...)
1.12. El informe del Relator General de la Conferencia diplomática de Roma de 1961 puntualiza el sentido del artículo primero de la Convención. *Cada vez que, en virtud de la legislación sobre derecho de autor, sea necesaria la autorización de este último para reproducir su obra o para utilizarla en cualquier otra forma, la necesidad de contar con esa autorización no quedara afectada por la existencia de los derechos instituidos por la Convención de Roma*. Recíprocamente, siempre que, en virtud de esta última, sea necesario el consentimiento del artista intérprete o ejecutante, del productor de fonogramas o del organismo de radiodifusión, la necesidad de ese consentimiento no desaparece por el hecho de requerirse igualmente la autorización del autor"[65] (énfasis añadido).

Así, queda claro que, en todo caso, los empresarios hoteleros deben cumplir con sus obligaciones en materia de derechos de autor, independientemente de cual sea el estatus de sus obligaciones en sede de derechos conexos.

¿El contenido del artículo 13.d de la Convención de Roma significa que los hoteles no tienen ninguna obligación frente a los organismos de radiodifusión? No necesariamente, pues dicha disposición es un mínimo convencional, por lo que los legisladores nacionales están facultados para dar una protección más amplia.

[65] *Ibidem*, pp. 19 y 21.

En consecuencia, sería válido que una ley no exija el requisito del "pago de entrada", y someta el uso secundario de señales en habitaciones de hotel a una licencia o, por lo menos, a cubrir regalías (derecho de simple remuneración).

Un ejemplo de esto, es la Ley de Propiedad Intelectual chilena, donde no se establece el requisito de ese pago de un precio de entrada, estableciéndose un derecho de simple remuneración a favor del organismo de radiodifusión:

> Artículo 69.- Los organismos de radiodifusión o de televisión gozarán del derecho de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones y la reproducción de las mismas.
>
> La retransmisión de las emisiones de dichos organismos *o su comunicación al público en locales a los que éste tenga libre acceso*, otorgará a la empresa derecho a una retribución, cuyo monto fijará el Reglamento. (énfasis añadido)

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la Convención de Roma sólo exige la protección a la radiodifusión hertziana (radio y televisión abiertas), pero puede suceder que las leyes nacionales amplíen esa protección y otorguen derechos conexos de organismos de radiodifusión a otros sujetos, como las empresas de televisión satelital (Ecuador, República Dominicana, México) e, incluso, a las empresas de televisión por cable (México, Perú, España, República Dominicana), y en cualquier caso, cuando la señal venga codificada, sin importar la técnica de transmisión (Panamá).

En todos estos últimos supuestis, estamos frente a *empresas de televisión restringida o de paga*, que al reconocérseles su carácter de organismos de radiodifusión y sus correspondientes derechos conexos, se encuentran en una situación diferente que las *empresas de televisión abierta*. Veamos.

Si la legislación nacional concede los derechos previstos en la Convención de Roma a las empresas de televisión restringida, tendremos como consecuencia que estas gozarán protección de *sus propias señales*, con independencia del estatus jurídico de las señales de las empresas de televisión abierta.

Y por ende, el derecho que las empresas de televisión restringida que puedan ejercer frente a los hoteles, es un derecho diferente al que pudieran ejercer las empresas de televisión abierta.

En efecto, si un hotel difunde dentro de sus habitaciones señales de televisión abierta, estamos frente a una comunicación pública secundaria (o retransmisión), pues la televisora ya lanzó su señal al público (dentro del que se encuentra el hotel), y el establecimiento lo que hace es un *segundo acto de comunicación pública* dentro de sus instalaciones, haciendo llegar la señal a sus clientes. En una operación de este tipo, como vimos, aplica el artículo 13.d de la Convención de Roma (que estaría eximiendo al hotel de obligación alguna, salvo que la ley nacional disponga lo contrario).

Por el contrario, cuando hablamos de una empresa de televisión restringida, hay que tener presente que el hotel accede a las señales por haber celebrado con tal entidad un contrato de prestación de servicios o suministro de la señal, la cual *no es tomada del aire cuando se realiza el primer acto de comunicación pública*, sino que es proveída inmediatamente por la televisora al hotel, para que este haga el primer acto de comunicación pública de la señal dentro de sus instalaciones o por lo menos una difusión simultánea de la señal.

Tal es el caso de México, donde la Ley Federal del Derecho de Autor, en sede derechos conexos de organismos de radiodifusión (aplicables a las empresas de televisión por cable o satelital), distingue los actos de *distribución simultánea de señales por cable u otro sistema*, de los actos de retransmisión de señales y de los actos de comunicación pública de señales con fines de lucro directo (pago de precio de entrada):

> Artículo 144.- Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de autorizar o prohibir respecto de sus emisiones:
>
> I. La retransmisión;
> II. La transmisión diferida;
> III. *La distribución simultánea o diferida, por cable o cualquier otro sistema*;
> IV. La fijación sobre una base material;
> V. La reproducción de las fijaciones, y
> VI. La comunicación pública por cualquier medio y forma con fines directos de lucro.
>
> Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de su señal y de la obligación de los concesionarios de televisión restringida de retransmitirla en los términos establecidos en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que correspondan. (Énfasis añadido).

Si bien este "derecho de distribución simultánea o diferida" deriva del artículo 2° del Convenio de Bruselas (o "Convenio Satélite"), y por ende podría pensarse que sólo es aplicable a las empresas de televisión satelital, en principio, el legislador mexicano decidió hacer extensiva esa protección a todo organismo de radiodifusión, incluyendo las empresas de televisión por cable.

Por ende, en México las empresas hoteleras, sin perjuicio de sus licencias en materia de derechos de autor, *deben suscribir una licencia de derechos conexos con su proveedor de cable o televisión satelital, afectos de autorizar la distribución simultánea por cable de su señal*, dentro de las instalaciones del hotel y hasta las habitaciones. Normalmente, esa licencia es una cláusula dentro del contrato de prestación de servicios o proveeduría de señal.

Esto lleva a que, si bien el hotel no necesita licencia por redifundir las señales de televisión abierta (por no cobrar un precio de entrada), si necesitaría una licencia para la difusión primaria de señales de televisión restringida, por aplicarles a esta un derecho subjetivo de diverso alcance.

Algo similar sucede con la legislación en la materia de República Dominicana, donde existe un derecho general de transmisión de señales, extensible a las empresas de televisión restringida:

> Articulo 144.- Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho exclusivo de autorizar o prohibir los siguientes actos:
>
> 1) La *transmisión* de sus emisiones;
> 2) La fijación de sus emisiones;
> 3) La reproducción de una fijación de sus emisiones, cuando:
> a) No se haya autorizado la fijación a partir de la cual se hace la reproducción; y
> b) La emisión se haya fijado inicialmente de conformidad con las disposiciones de esta ley, pero la reproducción se haga con fines distintos a los indicados.
>
> PARRAFO I.- Asimismo, los organismos de radiodifusión tienen derecho a obtener una remuneración equitativa por la comunicación pública de sus transmisiones, cuando se efectúe en lugares a los que el público acceda mediante el pago de un derecho de admisión o entrada.
>
> PARRAFO II.- Se reconoce una *protección equivalente* a la prevista en este artículo, al organismo de origen que realice *su propia transmisión sonora o audiovisual por medio de cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo*. (Énfasis añadido).

El fundamento para que los hoteles suscriban esas licencias de derechos conexos con sus proveedores de televisión satelital, se refuerza en algunos países, con normas que exigen contar con un permiso para decodificar o descifrar una señal de televisión que viene, precisamente, cifrada.

Sirve como ejemplo de esto, la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana, en una disposición que implementó el artículo 1707 del TLCAN:

> Artículo 145.- Deberá pagar daños y perjuicios la persona que *sin la autorización* del distribuidor legítimo de la señal:
>
> I. *Descifre* una señal de satélite codificada portadora de programas;
>
> II. *Reciba y distribuya* una señal de satélite codificada portadora de programas que hubiese sido descifrada ilícitamente, y
>
> III. Participe o coadyuve en la fabricación, importación, venta, arrendamiento o realización de cualquier acto que permita contar con un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada, portadora de programas. (Énfasis añadido).

Por ende, es claro que si el proveedor del hotel es una empresa de televisión satelital, el hotel requerirá una autorización o licencia de derechos conexos para poder recibir la señal, descifrarla o decodificarla, y difundirla a sus habitaciones.

En fin, se reitera que todas esas disposiciones aplican sólo al uso de *señales* (derechos conexos) en hoteles, pero no son aplicables para el uso de las *obras* portadas o contenidas en tales señales, pues para eso deberá estarse al diferente e independiente régimen jurídico en materia de derechos de autor.

Podemos concluir esta glosa de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión en la Convención de Roma, señalando que, como regla general, los hoteles no requieren licencia de las empresas de televisión abierta, y que en algunos países sólo requerirán licencia de su proveedor de televisión restringida (cable o satélite) por el uso de las señales. Todas estas, cuestiones que no relevan a los hoteles de obtener las licencias de derechos de autor por el uso de las obras, y de cumplir con el marco jurídico en la materia.

5.- Derechos conexos (II): el TOIEF.

El TOIEF es un acuerdo de 1996, cuyo contenido está limitado, casi exclusivamente, al sector musical, al igual que la Convención de Roma, por lo que otra vez

los artistas audiovisuales terminaron prácticamente con las manos vacías.

Respecto de los derechos que tienen los artistas sobre sus actuaciones en vivo (no fijadas) frente a los hoteles, la situación es prácticamente la misma que en la Convención de Roma, como se puede apreciar en el artículo 6° del TOIEF, por lo que no hay mayor avance al respecto.

En cambio, donde hay un incremento sensible en la protección a los artistas y productores de fonogramas, es en lo relativo a sus actuaciones grabadas (que son las que mayoritariamente se usan en las habitaciones de hotel, siendo las no fijadas de muchísimo menor impacto) y a sus fonogramas, respectivamente, en tanto el TOIEF establece un derecho de remuneración que abarca la puesta a disposición:

> Artículo 15
> Derecho a remuneración por radiodifusión
> y comunicación al público
>
> (1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.
>
> (2) Las Partes Contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deba ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos. Las Partes Contratantes pueden establecer legislación nacional que, en ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma, fije los términos en los que la remuneración equitativa y única será compartida entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.
>
> (3) Toda Parte Contratante podrá, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del párrafo (1) únicamente respecto de ciertas utilizaciones o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones.
>
> (4) A los fines de este Artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales.

Al igual que el artículo 12 de la Convención de Roma, el TOIEF contempla este derecho como uno de simple remuneración, pero lo relevante es la incorporación del concepto de "puesta a disposición".

Precisamente, como se explicó *supra* en los apartados 2.3.1 y 3 del presente capítulo, los hoteles incurren en verdaderos actos de "puesta a disposición" al brindar entretenimiento a sus huéspedes en las correspondientes obligaciones; de manera que su actividad se encuentra bajo el ámbito de aplicación del derecho conexo previsto en el artículo 15 del TOIEF.

Un ejemplo de esto, lo encontramos en una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde invocó el TOIEF en un asunto por el uso de actuaciones y fonogramas en habitaciones de hotel (caso C-162/10).

6.- Derechos conexos (III): el Tratado de Pekín.

En 2012 se suscribió el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, el cual hizo justicia a los artistas del sector audiovisual (actores y actrices de cine y televisión), prácticamente desprotegidos en la Convención de Roma y en el TOIEF.

Respecto del uso de sus actuaciones en las habitaciones de hotel, la principal disposición del Tratado de Pekín es la siguiente:

> Artículo 11
>
> Derecho de radiodifusión y de comunicación al público
>
> 1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.
>
> 2. Las Partes Contratantes podrán declarar, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI que, en lugar del derecho de autorización previsto en el párrafo 1, establecerán el derecho a una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales. Las Partes Contratantes podrán declarar también que establecerán en su legislación las condiciones para el ejercicio del derecho a una remuneración equitativa.
>
> 3. Toda Parte Contratante podrá declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1 o 2 únicamente respecto de ciertas utilizaciones, o que limitará su aplicación

de alguna otra manera, o que no aplicará ninguna de las disposiciones de los párrafos 1 y 2.

Como se observa, se trata, en principio, de un derecho exclusivo, por lo que las comunicaciones secundarias de actuaciones radiodifundidas, estarían sujetas a licenciamiento a los hoteles. Empero, el propio tratado abre la posibilidad de otorgar un derecho de simple remuneración en lugar de un derecho exclusivo (principalmente, para homogeneizar el estatus jurídico de los artistas audiovisuales con los artistas musicales), por lo que, dependiendo de la implementación que se haga de este derecho en leyes nacionales, se determinará si el hotel debe suscribir una licencia de derechos conexos o sólo limitarse a pagar regalías.

7.- Recapitulación.

Respecto de la materia de derechos de autor, la aplicabilidad de estos a la comunicación de obras en habitaciones de hotel, quedó definida desde el año de 1948 a través de la regulación jurídica de las obras radiodifundidas, tanto con el derecho de retransmisión, pero sobre todo, con el derecho sobre la comunicación pública mediante televisiones de obras radiodifundidas. Dicho fundamente internacional, se complementó en 1996 con el artículo 8° del TODA, el cual aclaró que la mera puesta a disposición de obras, queda incluida dentro del ámbito del *ius prohibendi* de los derechos de autor (sin ser necesario que los huéspedes accedan efectivamente a las obras).

Los hoteles, además de respetar los derechos de autor, deben cumplir con los derechos conexos, los cuales están previstos en diferentes tratados internacionales, en este caso: la Convención de Roma, el TOIEF y el Tratado de Pekín, de donde podemos extraer una protección muy disminuida para los organismos de radiodifusión.

Empero, esta tutela internacional de los derechos conexos es independiente de los derechos de autor, por lo que en nada incide ni afecta la protección a estos últimos.

Explicado lo anterior, pasemos al siguiente capítulo, donde veremos cómo han sido aplicados por los tribunales los tratados internacionales aquí glosados, así cómo referiremos su interpretación doctrinal en sede de uso de obras en habitaciones de hotel.

CAPÍTULO III
TÓPICOS EN EL DEBATE JURÍDICO

1.- Introducción a las principales objeciones esgrimidas por los hoteles.

A nadie debe sorprender que los empresarios hoteleros sean reacios a cumplir sus obligaciones en materia de Propiedad Intelectual, pues estas tienen un costo económico que, si bien no es muy elevado (y no pone en juego la viabilidad financiera del negocio hotelero), resulta incómodo, pues a nadie le gusta que le cobren dinero.

Concretamente, frente a los deberes jurídicos que deben cumplir los hoteles por el uso y puesta a disposición de obras dentro de las habitaciones de sus establecimientos, se suelen oponer una serie de argumentos jurídicos de mayor o menor entidad. A continuación exponemos los más comunes de ellos, para valorar si son o no fundados a la luz del Derecho Internacional vigente, echando mano (otra vez) de la doctrina y de la jurisprudencia comparada.

2.- El carácter privado de las habitaciones y la inviolabilidad del domicilio.

Uno de los argumentos más recurrentes es que no puede existir comunicación "pública" en las habitaciones de hotel, pues estas son lugares "privados".

Bajo esa línea de pensamiento, las habitaciones de hotel constituirían un ámbito privado individual (y hasta familiar), que goza de tutela constitucional y convencional a través del derecho humano a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la vida, los cuáles harían inaplicables los derechos de autor.

En primer lugar, no puede dudarse que los huéspedes de las habitaciones de hotel gozan de esos derechos fundamentales al ocupar uno de tales recintos. Y de hecho, esto suele ser reconocido por los tribunales[66] y por la doctrina[67], principal-

[66] Por ejemplo: la Sentencia 10/2002 del Tribunal Constitucional español; y la resolución de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, dictado en la causa "Schmidt, Hugo Ernesto s/ portación de arma de uso civil", (causa nº 5.958/2014, Reg. nº 361/16) del 13 de mayo de 2016.

[67] *Cfr.* Espín Templado, Eduardo, "Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 9, 1991, p. 50; Benavente Chorres, Hesbert, "La afectación de los derechos constitucionales en el proceso penal acusatorio según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en el período 1997-2009", *Estudios constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 8, núm. 2, 2010, pp. 300 a 302;

mente en materia penal[68], y eventualmente en materia civil para fijar el domicilio o residencia ocasional[69].

Sin embargo, lo anterior no significa que el carácter privado de las habitaciones de hotel se contraponga al carácter público de la comunicación, pues como se explica a continuación, se está haciendo una contraposición simplista y descontextualizada de los vocablos "público" y "privado".

Efectivamente, este argumento es infundado en virtud de las siguientes razones: *(a)* la comunicación es "pública" según la relación jurídica entre comunicador y los posibles receptores, no por el lugar donde se recibe la obra; *(b)* no se afecta en realidad la privacidad e inviolabilidad del domicilio (ni de huéspedes, ni del empresario hotelero); y *(c)* se quebranta injustificadamente el principio de igualdad. Veamos con mayor detalle cada uno de estos argumentos.

2.1.- La comunicación es "pública" según la relación jurídica entre el comunicador y los posibles receptores, no por el lugar donde se recibe la obra.

Contraponer la comunicación *pública* a los domicilios *privados* es un verdadero despropósito, que desconoce el concepto básico de lo que es la "comunicación pública"[70].

Los actos de comunicación publicación pública pueden, y suelen, realizarse en lugares privados, desde la comunicación pública directa (teatros, salas de concierto, cines, etc., de propiedad privada), hasta la comunicación pública remota, como, por ejemplo, cuando una empresa televisiva privada comunica las obras desde sus instalaciones (domicilio privado) y *le llegan al público en sus hogares* (también domicilios privados), o cuando una empresa de servicios de *streaming* incorpora obras a sus servidores (en lugares privados) y quedan a disposición de sus suscriptores para visualizar las obras en sus casa (domicilio privado).

Esto es así, dado que lo "público" radica en el *acto* de comunicar, *no en el lugar* donde se realice la comunicación o se reciba la obra, lo cual es de explorado derecho en materia autoral.

González Trevijano, Pedro José, *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 155.

[68] Para evitar cateos y aprehensiones sin orden judicial.

[69] Por ejemplo, el artículo 29 del Código Civil Federal mexicano.

[70] *Cfr. supra* el Capítulo I, aparatado 4.3.2.3.

Por ejemplo, entre nosotros, Jesús Parets nos explica lo siguiente sobre los actos de comunicación pública: "En este sentido, la comunicación es pública cuando *el acto* de transmisión es llevado a cabo fuera del círculo familiar, siendo accesible a cualquier persona"[71] (énfasis añadido). Mientras que en la doctrina española, Héctor Ayllón refiere: "Por tanto, lo relevante es el carácter público o privado *de la comunicación* y *no del lugar* en el que la misma se realiza puesto que se pueden realizar actos de comunicación pública en lugares privados"[72] (énfasis añadido).

Y precisamente, el carácter "público" de una comunicación deriva *del tipo de relación jurídica* entre el comunicador (quien pone a disposición o hace llegar la obra) y su audiencia (real o potencial).

Lo anterior ya lo hemos explicado previamente:

> "Un requisito indispensable es que la comunicación se haga a una pluralidad de personas calificable como 'público'. Por lo general, se considera como 'público' a las personas ajenas al círculo familiar o privado de aquel que realiza el acto de comunicación de la obra. Esto es muy importante recalcarlo, pues los derechos de autor sólo sirven para controlar actos de comunicación *pública*, mientras que los actos de comunicación *privada* quedan excluidos de su alcance (como el ver una película con familiares, interpretar una canción a un ser querido o escuchar música con amigos)"[73].

Por ende, el carácter de domicilio privado que se le atribuya a las habitaciones de hotel no excluye, per se, que dentro de ellas pudieran concretarse actos de comunicación pública. Lo esencial para la publicidad de ese acto de comunicación, es el tipo de relación jurídica que exista entre el comunicador y su audiencia o receptores, pues si estos últimos *forman parte del círculo privado o familiar del comunicador, entonces la comunicación es privada*; pero si el comunicador facilita el acceso a personas ajenas a ese círculo, la comunicación es pública. En efecto:

> "El carácter doméstico del ámbito en el que tiene lugar el acto de comunicación *queda determinado básicamente por el tipo de relaciones existentes entre el público* que percibe o disfruta de la obra o prestación, por un lado, y *el organizador de la explotación*, por

[71] Parets, Jesús, *Proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007, p. 109.
[72] Ayllón Santiago, Héctor, *El derecho de comunicación p*ública *directa*, Madrid, Reus, 2011, p. 166.
[73] De la Parra Trujillo, Eduardo *Introducción al derecho intelectual*, México, Porrúa / IIJ-UNAM, México, 2014, p. 63.

> otro. En las relaciones de amistad cercana o de familia es indudable que se da el carácter de ámbito doméstico, que excluye la sujeción del acto al derecho exclusivo del autor"[74] (énfasis añadido).

Cuestión que también es explicada por la profesora argentina, Delia Lipszyc: "La comunicación se considera pública, cualesquiera que fueren sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico"[75].

En igual sentido, refiere Silke Von Lewinski:

> "The word 'public' in its ordinary meaning is regularly opposed to 'private' so that performances in the closest family certainly fall outside the meaning of 'public'. However not any family circle can be considered to be private: in certain areas of the world, family circles are understood so broadly that they might cover entire villages. The purpose of the Berne Convention requires that the core potential of these rights must be safeguarded and not undermined by an extremely narrow interpretation of the world 'public'"[76].
>
> Asimismo, el connotado experto en materia autoral, Mihály Fiscor, indica:
>
> "De todos modos, la opinión dominante parece ser que todas las utilizaciones deberán considerarse 'públicas' y todos los actos deberán considerarse dirigidos 'al público' cuando trasciendan el círculo de una familia *y* de sus relaciones sociales más cercanas"[77].

En este sentido, no cabe lugar a dudas que *los clientes de un hotel no tienen una relación de cercanía o familiaridad con el comerciante operador del hotel* (no son sus familiares o amigos), sino una relación derivada de una prestación de servicios de hospedaje. Por ende, es claro que el hotel realiza actos de comunicación pública para sus huéspedes, pues dado el tipo de relación jurídica que tienen, *esos clientes no integran un "grupo privado o círculo familiar" con el operador del hotel.*

En este sentido, la jurisprudencia comparada es muy ilustrativa, Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha explicado:

---

[74] Erdozain López, José Carlos, "Derecho de comunicación pública" en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 89,

[75] Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993, p. 183.

[76] Von Lewinski, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 151.

[77] Mihály, Ficsor, *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*, Ginebra, OMPI, 2003, p. 70.

"Para la Corte *es evidente que la ejecución de una obra artística dentro de una habitación de hotel u hospedaje no es pública o privada según la calificación que se haya hecho del lugar en cuanto tal, sino del sujeto que la lleve a cabo* y del ánimo -lucrativo o de particular y privado esparcimiento- que la presida.

En efecto, no es lo mismo si el huésped, en la intimidad de su habitación, decide escuchar una obra musical mediante la utilización de elementos electrónicos que lleva consigo -como una grabadora portátil o un 'walkman'-, evento en el cual la ejecución de la obra artística mal podría ser calificada de pública, que *si el establecimiento hotelero difunde piezas musicales a través del sistema interno de sonido, con destino a todas las habitaciones*, o a las áreas comunes del hotel, circunstancia que corresponde sin duda a una ejecución pública con ánimo de lucro, de la cual se deriva que el hotel asume en su integridad las obligaciones inherentes a los derechos de autor, de conformidad con la Ley 23 de 1982 y según las normas internacionales.

Por lo tanto, en el aspecto sustancial, el artículo acusado, sin la remisión según la cual es aplicable 'para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982', en nada vulnera la Constitución Política, y, por el contrario, aplica a cabalidad sus artículos 15 y 28, cuando reivindica para los huéspedes de los hoteles y sitios de alojamiento el derecho a su intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que por ello deban obtener permiso del autor de las mismas, ni hacer erogación alguna con destino al pago de derechos.

Desde el punto de vista del establecimiento, no podría éste ampararse en la norma demandada para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, correlativas a los derechos de los autores de las obras que ejecuta públicamente, entendiéndose por ejecución pública inclusive la difusión de sonidos o videos mediante *redes internas destinadas a las habitaciones*.

La norma objeto de proceso, interpretada y aplicada bajo este segundo alcance, es, sin duda, inconstitucionaL. En efecto, vulnera abiertamente el derecho de los autores de obras artísticas, protegido por la Carta en el artículo 61, pues autoriza que *una ejecución claramente pública* y llevada a cabo con fines típicamente identificables con el ánimo de lucro, como la que tiene lugar *en hoteles y establecimientos de hospedaje*, se excluya de las reglas estatuidas, a nivel nacional e internacional, sobre derechos de autor, en lo relativo a su consentimiento para la ejecución y en lo pertinente al aspecto pecuniario de la misma"[78] (énfasis añadido).

Mientras que la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, en Perú, determinó cómo no puede calificarse a la habitación de un hotel cómo un ámbito doméstico, que excluya un acto de comunicación pública:

[78] Sentencia C-282/97 de 5 de junio de 1997.

> "Que, de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente, l*a habitación de un hospedaje u hotel no constituye un ámbito doméstico* por lo que la comunicación que se realice en la misma *sí es comunicación pública* en los términos de la Ley que *requiere de autorización previa*"[79] (énfasis añadido).

Cuestión sobre la que abunda el prestigiado jurista venezolano, Ricardo Antequera Parilli:

> "En todo caso, una cosa es que a los efectos del huésped y de su privacidad la habitación pueda calificarse como domicilio privado y otra que *el acto del hotelero* mediante el cual pone a disposición del pasajero los dispositivos necesarios para que pueda captar emisiones contentivas de obras protegidas, pueda calificarse de una excepción al derecho de explotación"[80] (énfasis añadido).

Es por tal razón que, a pesar de que pueda hablarse de lugares privados, eso no le quita el carácter "público" a la comunicación, ni mucho menos elude la aplicación de los derechos de autor, como se aprecia en la siguiente explicación:

> "De lo que acabamos de decir se desprende que el argumento invocado por las empresas hoteleras que sostienen el carácter 'privado' de las habitaciones con base en el derecho a la privacidad *es inadecuado al sistema del derecho de autor*. En verdad, un lugar puede ser privado, a efectos del derecho a la intimidad -por ejemplo, las cabinas individuales de una casa de baños, de una casa de masajes o de una sex-shop, cuya existencia y ocupación presuponen una decisión del cliente de estar solo y al abrigo de toda injerencia- y puede ser público desde la perspectiva del derecho de autor - si tienen a disposición de sus ocupantes mecanismos que permitan oír o ver obras protegidas"[81] (énfasis añadido).

Lo anterior máxime que los derechos de autor brindan una protección de la obra frente a cualquier utilización colectiva realizada por terceros, y dentro del establecimiento hotelero, hay precisamente esa utilización colectiva (el empresario hace llegar las obras y las pone a disposición de una pluralidad de clientes, actuales y futuros).

---

[79] Resolución 11/2010 dictada el 12 de enero de 2010.

[80] Antequera Parilli, Ricardo, "Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios" en *Estudios de derechos de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / AISGE, 2007, p. 108.

[91] Santiago, Vanisa, "Los derechos patrimoniales antes y después del Acuerdo sobre los ADPIC. Los derechos de representación, ejecución y comunicación pública", Curso Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, Uruguay, 1997, p. 5.

Por tal razón, la doctrina chilena nos refiere lo siguiente:

> "Capítulo aparte merece el caso de los *establecimientos hoteleros*, donde ha habido una mayor *uniformidad jurisprudencial*, que por el solo hecho de disponer de equipamiento musical y televisivo para uso de sus huéspedes en las habitaciones ha sido suficiente para atraer la censura judicial y ser condenados al pago de derechos autorales, *rechazando el argumento que la comunicación en cuestión no es pública dada la privacidad de las habitaciones* y adoptando en cambio el argumento del que los hoteles están compuesto por espacios comunes, salas de estar, y habitaciones, considerándosele un lugar único e indivisible, por lo que debe ser considerado público y subsumiéndolo en el concepto de *comunicación pública*"[82] (énfasis añadido).

En este sentido, lo importante es la labor de los hoteles al crear y hacer funcionar una *red interna de difusión de obras* en su establecimiento, recordando que el operador hotelero no tiene una relación íntima o familiar con sus huéspedes:

> "Las habitaciones de hotel son lugares *para el público*, aunque no sean lugares públicos. Tampoco son lugares públicos las casas de familia a las cuales está destinada la distribución de programas por redes de cable. La comunicación es pública no sólo cuando es recibida en un lugar público sino siempre que –como en el caso de los huéspedes de un hotel– la transmisión es distribuida por un intermediario –el hotelero– en un lugar al que el público tiene acceso y *entre personas que no forman parte del círculo familiar o de los amigos más íntimos de aquel*"[83] (énfasis añadido).

Por eso, contrario a la incorrecta intelección derivada del derecho a la privacidad, la comunicación pública no sólo se da en los "lugares públicos", siendo muy importante la labor de *intermediación* de terceros (como el hotelero), máxime cuando existe una *red interna de difusión* de obras, lo que presupone una utilización colectiva de la creatividad ajena.

Cuestión que también es referida por Ernesto Rengifo:

> "existirá comunicación privada cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico *que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*. Y cualquier tipo de red puede ser desde la utilizada por una empresa de distribu-

[82] Yuraszeck, Nicolás, *La determinación del concepto de comunicación pública en el derecho de autor chileno aplicado a los juicios entidad de gestión colectiva de derechos de productores audiovisuales de chile con cadena de hoteles*, tesis para optar por el grado de Magister Derecho y Nuevas Tecnologías, Chile, Universidad de Chile, 2018, pp. 39 y 40.

[83] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

> ción-cable hasta la conectada a una antena parabólica con dispositivo decodificador de señales recibidas de un satélite y que luego se transmiten a un conjunto de hogares a través de dicha red"[84] (énfasis añadido).

Sobre lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile, señala, respecto de la comunicación de obras en habitaciones hoteleras, que:

> "se opone a comunicación pública, la que se celebre dentro de un ámbito *estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión* de cualquier tipo. Pero los *actos de distribución de obras y grabaciones audiovisuales* utilizando señales de televisión, en las modalidades de emisión, transmisión, radiodifusión por satélite, retransmisión y comunicación en lugares accesibles al público, *caen dentro de los que se encuentran protegidos* por la legislación de propiedad intelectual"[85] (énfasis añadido).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América (que ya desde 1931 hablaba de "puesta a disposición" dentro de las habitaciones de hotel), en una sentencia de la ponencia del afamado juez Louis Brandeis[86]:

> "Luego de escuchar los hechos alegados, el juez negó la reclamación en contra del hotel bajo el fundamento de que sus actos no constituyen una 'comunicación' de acuerdo con la Copyright Act. Buck v. Duncan, 32 F.2d 366. Los demandantes apelaron ante la Corte de Circuito de Apelaciones, tribunal que nos remitió la siguiente pregunta:
>
> > 'Los actos de un propietario de un hotel, consistentes en poner a disposición de sus huéspedes, a través de la instrumentación de un set receptor de radio y altavoces instalados en su hotel, bajo su control y para el entretenimiento de sus huéspedes, mediante la escucha de composiciones musicales protegidas que han sido radiodifundidas por una estación de radio, ¿constituye una comunicación pública de esa composición según el 17 U.S.C. § 1(e)?'
>
> La respuesta a la pregunta remitida es: Sí"[87] (énfasis añadido).

---

[84] Rengifo García, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 168.

[85] Sentencia de la Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 490-2017, dictada en el 21 de agosto de 2017, caso "Hotel Diego de Almagro".

[86] Mismo que, interesantemente, fue un teórico del derecho a la privacidad y autor de uno de los artículos académicos pioneros sobre el tema. Por lo que se trata de una persona que es una autoridad en esta materia.

[87] *Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931), 283 U.S. 191, 51 S. Ct. 410. La traducción es nuestra.

A mayor abundamiento, si el carácter privado del lugar donde se reciben las obras fuera argumento suficiente para sustraer tales actos del alcance de los derechos de autor, se estaría desconociendo la esencia misma de esos derechos, reduciéndolos a su mínima expresión. Esto no es admisible, no sólo desde el punto de vista normativo (como ya vimos), sino también desde el punto de vista empírico y de sentido común.

Pongamos un ejemplo práctico para constatar que, aunque las obras se reciban en lugares privados, no por ello dejan de aplicar los derechos autor. Si esto en realidad fuera así, las empresas emisoras de televisión abierta podrían argumentar que las obras que transmiten *son disfrutadas en el domicilio privado de los espectadores* (y que son pocas personas las que están dentro de cada domicilio), y que, por eso, no tendrían que pedir permiso o licencia de derechos de autor para incluir obras en su programación. Así por ejemplo, bajo ese argumento, si una empresa como TV Azteca quisiera transmitir por televisión la película de "Roma", no tendría que pedirle permiso al titular de los derechos de autor.

Como podrá observar el lector, eso sería un sinsentido, pues es claro que TV Azteca debe contar con licencias de derechos de autor, *aunque las obras sean disfrutadas dentro de domicilios privados*, dado que, de lo contrario, se estaría desconociendo la esencia misma de los derechos de autor: evitar los usos colectivos de una obra en forma no autorizada.

Otro ejemplo: el argumento de sostener que en los domicilios privados no hay comunicación pública, llevaría a que Netflix o Claro Video tampoco necesitarían autorización de los productores o de sus licenciatarios autorizados, porque las películas de *Video on Demand* (VOD) se ven en casas particulares de sus clientes o en los teléfonos o *tablets* de su propiedad privada.

Como ya pudimos constatar, desde el punto de vista jurídico, esto no es así, y rompe con las reglas básicas de los derechos de autor y su tutela en el Derecho Internacional. En realidad, TV Azteca, Netflix, Spotify y cualquier otro empresario que haga llegar obras a domicilios privados, debe contar con la licencia, a pesar de que la obra se goce dentro de un domicilio o lugar privado. Como ya explicamos, lo público radica en el acto de transmitir o poner a disposición la obra, no en el lugar donde se recibe.

Al respecto, son destacables las palabras de lo mejor de la doctrina latinoamericana: "Es como si los organismos de radiodifusión, por efectuar emisiones que serán captadas mayoritariamente en 'domicilio privados', pretendieran calificar sus transmisiones como exentas de derechos de autor"[88].

Sobre esto, es muy ilustrativa una sentencia de la Corte de Apelación del Sexto Circuito, de los Estados Unidos de América, que señala:

> "Una comunicación, a nuestro juicio, no es menos pública por el hecho de que las miembros de la audiencia no se puedan contactar entre ellos, o no estén reunidos en el mismo recinto, o no estén juntos en un estadio abierto o en algún otro lugar público. A nuestro juicio, *tampoco puede considerarse privada una comunicación porque cada escucha disfrute la obra en la privacidad de su hogar*. La *radiodifusión* tiene el propósito de llegar a un público mayor al momento de realizarse que cualquier otro medio de comunicación, y así acontece. El artista conscientemente se está dirigiendo a un gran público, aunque disperso e invisible para él, de manera que está participando en *una comunicación pública*"[89] (énfasis añadido).

O piénsese, asimismo, en los programas de cómputo o *software* (también obras protegidas por derechos de autor)[90], que normalmente son usados en computadoras de propiedad privada y en lugares calificables como "ámbito privado", como las casa-habitación (por ejemplo, Windows tiene licencias sólo para usos domésticos) y otros lugares protegidos por la inviolabilidad del domicilio, como las oficinas (donde se requiere una licencia para uso comercial). Es claro que, aunque el programa se use en un lugar privado, debe contarse con las licencias de derechos de autor.

Lo mismo sucedería, prácticamente, con todas las obras que se explotan comercialmente en Internet, las cuales normalmente son disfrutadas por sus destinarios en lugares privados. De manera que si aplicamos ese argumento que suelen esgrimir los hoteleros, los derechos de autor estarían excluidos del que, actualmente, es el mercado más importante de explotación de obras: Internet.

En este sentido, es ilustrativa la siguiente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid:

---

[88] Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 109.

[89] *Jerome H. Remick Co. v. Am. Auto. Accessories*, 5 F.2d 411 (6th Cir. 1925). La traducción es nuestra.

[90] *Vid.*, por ejemplo, el artículo 4° del TODA.

> "Por otro, el *carácter privado del lugar* donde se produce la comunicación no tiene relevancia alguna para considerar aplicable la excepción, pues el derecho de comunicación al público incluye la puesta a disposición del mismo de las obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija, de modo que *quedaría manifiestamente desprovisto de contenido si no abarcara también las efectuadas en lugares privados*"[91] (énfasis añadido).

En otro orden de ideas, precisamente respecto de los hoteles, en derechos de autor existe el concepto de "público por acumulación temporal" (*zeitliche Kumulation*), pues los ocupantes de cada habitación de hotel están cambiando constantemente (rotando), lo cual nos demuestra que en esas habitaciones existe un verdadero acto de difusión de obras a un público mediante una red interna, dado que en un corto lapso de tiempo se acumulan varias personas en la habitación:

> "Téngase en cuenta, sin embargo, que si dicho acceso individualizado es acumulable, tanto en tiempo (piénsese en el servicio de vídeo bajo demanda o en el recientemente creado derecho de puesta a disposición) como en el espacio (*piénsese en las habitaciones de un hotel*), *no podrá considerarse que el acto tenga lugar en un ámbito estrictamente doméstico*, sino que realmente estaremos ya ante un público, en el sentido del Derecho de autor, y, por consiguiente, *ante un acto de comunicación pública*"[92] (énfasis añadido).

En el mismo sentido, es muy ilustrativa la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en uno de los más célebres casos de comunicación pública en habitaciones de hotel (caso "SGAE"), en donde se explicó lo siguiente:

> "38. En un contexto como el del asunto principal, es necesario, por un lado, seguir un enfoque global que tenga en cuenta no sólo a los clientes alojados en las habitaciones del establecimiento hotelero, que son los únicos a los que se refieren expresamente las cuestiones prejudiciales, sino también a los clientes que se encuentren presentes en cualquier otra zona del establecimiento y puedan acceder allí a un aparato de televisión. Por otro lado, hay que tomar en consideración la circunstancia de que normalmente *la clientela de un establecimiento de este tipo se renueva con rapidez*. Por lo general, se trata de un número considerable de personas, por lo que debe estimarse que *forman un público* a los efectos del objetivo principal de la Directiva 2001/29, mencionado en el apartado 36 de la presente sentencia.

[91] Dictada en el expediente 195/2012, el 15 de junio de 2012.
[92] Erdozain López, José Carlos, *op. cit.*, p. 89.

> 39. Además, si se tienen en cuenta los *efectos acumulativos* que provoca, la posibilidad que se concede a tales telespectadores potenciales de acceder a la obra puede adquirir en este contexto una importancia significativa. Por lo tanto, poco importa que los únicos destinatarios sean los ocupantes de las habitaciones y que éstos, individualmente considerados, no tengan más que una trascendencia económica limitada para el propio hotel"[93] (énfasis añadido).

Igualmente, encontramos interesante el siguiente caso (uno de los más representativos) de la jurisprudencia chilena, en donde se señala que:

> "implica una *rotación de pasajeros* por cortos periodos de tiempo lo que lo transforma en una *exhibición pública* del material audiovisual que se encuentra protegido"[94] (énfasis añadido).

Asimismo, el Juzgado de Distrito de Nueva York desarrolló esta teoría de la acumulación:

> "No obstante, el demandado controvierte que a pesar de esta característica del hotel[95] e incluso si se hubiera comunicado la composición musical protegida de la parte actora por el Hotel Pennsylvania, no se puede reclamar que haya existido una comunicación 'pública' propiamente dicha, porque no se transmitió a ningún recinto público del hotel, y porque los altavoces que hacen la programación accesible a los huéspedes se encuentran separados en cada habitación y bajo el control del huésped o huéspedes que la ocupan.
>
> Considero que la respuesta a este argumento del demandado se puede encontrar comparando la posición del hotel que realiza una *radiodifusión intramuros*, como se hizo en este caso, con la posición del radiodifusor original cuya programación es recibida y reproducida por el hotel.
>
> (...)
>
> Si el criterio del Caso Remick, recién citado, es aplicable, como considero que lo es, tanto al *microcosmos de la radiodifusión intramuros* como al *macrocosmos de la radiodifusión general*, la hipótesis del demandado de que la recepción individual es una defensa frente al reclamo de que la comunicación es pública, me parece queda *totalmente destruida*.

---

[93] Sentencia al asunto C-306/05, dictada el 7 de diciembre de 2006.

[94] Sentencia de primera instancia dictada por el 23° Juzgado Civil de Santiago, rol. C-10794-2014.

[95] Se refiere a que los hoteles son lugares destinados al hospedaje *público*, y a que infinidad de casos en la jurisprudencia estadunidense los asimila a las empresas de transportación para el público *(common carrier)*.

> Los huéspedes de un hotel, como el Hotel Pennsylvania, aunque *están en constante rotación*, siempre *constituyen una pequeña sección cruzada del público*. Claramente, *radiodifundir a través de las paredes del hotel* a esa sección cruzada del público, residente ahí en ese momento, *debe considerarse una comunicación tan pública* como hacer una radiodifusión dentro de un teatro"[96] (énfasis añadido).

Por ende, hemos de concluir que el carácter de domicilio privado de las habitaciones de hotel no excluye (ni puede excluir) la existencia de actos de comunicación pública, dado que los huéspedes son ajenos al círculo íntimo o familiar de la empresa hotelera.

2.2.- No se afecta la privacidad e inviolabilidad del domicilio (ni de huéspedes, ni del empresario hotelero).

Las empresas de hostelería argumentan que no están obligadas a observar los derechos de autor, dados los derechos humanos a la vida privada y a la inviolabilidad del domicilio. Este argumento tiene algunos problemas adicionales, ya que, por un lado, no se advierte cómo es que se violan tales derechos humanos, y por otro lado, tenemos que estos derechos, aplicados a las habitaciones de hotel, no son los que pertenecen al empresario hotelero, sino son los de sus huéspedes; por lo que en el argumento hay una clara confusión en cuanto al sujeto protegido (y supuestamente afectado).

En efecto, si bien las habitaciones de hotel pueden adquirir el carácter de domicilio privado (para ciertos alcances constitucionales), el beneficiario de esa tutela jurídica es el huésped que ocupa el cuarto y, por ende, convierte ese recinto en un ámbito privado donde realiza actividades íntimas. No sucede lo mismo con el empresario hotelero.

Aunque los huéspedes de los hoteles se encuentren protegidos por los derechos a la privacidad e inviolabilidad del domicilio, mientras tengan alquilada la respectiva habitación, no exime al comerciante que opere el establecimiento hotelero de su deber jurídico contar con una licencia de derechos de autor y de su deber de pagar la respectiva contraprestación (así como otras regalías). El cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos de autor *en nada afecta la intimidad de los huéspedes de los hoteles*.

[96] *Society of European Stage Authors and Composers, Inc., v. New York Hotel Statler Co., Inc*, United States District Court, S.D. New York, 19 F. Supp. 1 (S.D.N.Y. 1937). La traducción es nuestra.

Lo anterior debido que el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos de autor no implica que cualquier titular de derechos pueda acceder sin permiso a la habitación rentada por el huésped, ni a obtener información sobre las actividades que realiza en ese ámbito íntimo, ni a tomar fotografías o hacer grabaciones, ni a realizar cateos, ni a inmiscuirse con sus objetos privados; es decir, *no hay intromisión* en el ámbito privado el huésped, ni conocimiento de otros sobre lo que haga el huésped dentro de la habitación. No hay vulneración a su intimidad por el pago de licencias y regalías legales.

En pocas palabras: *el respeto a los derechos de autor no implica acto alguno de molestia para el cliente en su ámbito domiciliario reservado*. En forma alguna se le estorba el más amplio disfrute de su privacidad.

De la misma forma que el hecho que, por poner un ejemplo, empresas como Netflix o Televisa tengan que pedir permiso (licencias) y tengan que pagar derechos de autor por enviar obras a domicilios privados, no afecta la intimidad de los usuarios que reciben esas obras; tampoco hay tal afectación que resientan los huéspedes de un hotel, por el hecho de que el empresario hotelero pague derechos de autor.

Una ilustrativa interpretación constitucional respecto de esta problemática, fue la que realizó la Corte Constitucional de Colombia:

> "Es evidente, por otra parte, que con la expresa asimilación legal de las habitaciones de hotel al domicilio privado pero consagrada con el fin concreto y exclusivo de asignarles un determinado régimen en materia de derechos de autor, se perdió de vista el objeto primordial del domicilio, que es materia de protección jurídica en consideración a la persona humana y a su dignidad, como resulta de los mandatos constitucionales al respecto, y *no como instrumento apenas útil para exonerar a entidades con ánimo de lucro de unas determinadas obligaciones* inherentes a su actividad. Se desvirtúa así la finalidad del domicilio como elemento integrante de la privacidad *del huésped* -que pasa a segundo plano- y se hace énfasis en el efecto por cuya virtud se enerva el concepto jurídico de "ejecución pública" de obras artísticas, *en detrimento de los derechos que el sistema reconoce a sus autores*"[97] (énfasis añadido).

[97] Sentencia C-282/97 de 5 de junio de 1997.

Además, el argumento que pretende exentar a los empresarios hoteleros del cumplimiento a los derechos de autor, con base en el carácter de ámbito privado que tienen las habitaciones, también adolece por el hecho de que propicia un *fraus legis*, pues bajo una aparente norma de cobertura (protección iusfundamental a la privacidad y al domicilio) se eluden o defraudan las consecuencias jurídicas de otras disposiciones jurídicas (derechos de autor, en sus dimensiones constitucional, internacional y legal)[98].

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha reconocido que con el respeto a los derechos de autor *no hay actos de molestia ni obligaciones para los huéspedes*, como se aprecia en el siguiente extracto:

> "52. En apoyo de la tesis relativa al carácter privado de las habitaciones de los hoteles, Irlanda ha invocado también el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y, más concretamente, su artículo 8, conforme al cual se prohíbe toda injerencia arbitraria o desproporcionada de la autoridad pública en la esfera de actividad privada. Tampoco puede acogerse este argumento.
> 53. Debe señalarse, a este respecto, que Irlanda no precisa quién sería, en un contexto como el del asunto principal, la víctima de dicha injerencia arbitraria o desproporcionada. Apenas puede concebirse que Irlanda se refiera a los clientes, que disfrutan de la señal que reciben sin tener ninguna obligación de compensación para con los autores (...)"[99].

Sobre el particular, la doctrina es muy clara:

> "En último término, nada de ello entraría en contradicción con la tutela constitucional de las habitaciones, a efectos domiciliarios, en tanto que el concepto constitucional de 'domicilio' es funcional; esto es, *se delimita a los efectos de la inviolabilidad*, frente a injerencias de terceros, en un ámbito físico, pero caracterizado porque esta ideológicamente supeditado al desarrollo de la privacidad. Este matiz es el que permite comprender que, *en nada se contraviene el principio constitucional, por admitir que el conjunto de huéspedes alojados, en las habitaciones, constituyan un público*, por el propio régimen de acceso u ocupabilidad de las mismas (...), es indiscutible que, sin modificar el carácter domiciliar de la habitación en régimen de hospedaje, hablaremos también de *comunicación pública*"[100] (énfasis añadido).

---

[98] *Cfr*. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 67 y ss.

[99] Asunto C-306/05, sentencia de 7 de diciembre de 2006.

[100] Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor y comunicación p*ública, Madrid, Reus, 2004, p. 214.

Por ende, el respeto a los derechos de autor no es un acto de molestia para los huéspedes (verdaderos sujetos protegidos por los derechos humanos de referencia), quienes mantienen incólumnes sus derechos a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio.

Es por eso que los comerciantes que operan establecimientos hoteleros, *no pueden beneficiarse de los derecho humanos que pertenecen sus huéspedes*. Toda vez que las habitaciones constituyen un "ámbito privado" *de los huéspedes*, dicho lugar es domicilio de los huéspedes, no del empresario hotelero, por lo que este no puede invocar violación a *su* propio derecho a la privacidad, pues no se trata de su domicilio.

Al respecto, son elocuentes las palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

> "53. Debe señalarse, a este respecto, que Irlanda no precisa quién sería, en un contexto como el del asunto principal, la víctima de dicha injerencia arbitraria o desproporcionada. (...) Resulta manifiesto que *tampoco puede tratarse del establecimiento hotelero*, puesto que, aun cuando proceda considerar que está obligado a pagar dicha compensación, no puede estimarse víctima de una infracción del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, toda vez que *las habitaciones, una vez alquiladas a los clientes, no forman parte de su esfera privada*"[101] (énfasis añadido).

En igual sentido, encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid:

> "Al *igual que las habitaciones de los hoteles*, las de una clínica u hospital, por las mismas razones indicadas por la jurisprudencia, no tienen carácter estrictamente doméstico a los efectos del artículo 20.1 TRLPI. Por un lado, las habitaciones, una vez alquiladas u ocupadas por los pacientes, *no formarían parte de la esfera privada de la entidad que regenta el centro sanitario*, que es a la que *se está responsabilizando de la actividad de comunicación pública*"[102] (énfasis añadido).

Además, si tratándose de los huéspedes no hay violación a su derecho a la privacidad, por mayoría de razón, tampoco se incide en ese derecho cuando pertenece al comerciante hotelero. Esto es así, porque la obligación de obtener las licencias de derechos de autor y cubrir los derechos de simple remuneración, no implica invadir el domicilio del hotel, ni inmiscuirse en su información privada, ni catearlo, ni espiarlo, etc.

---

[101] Asunto C-306/05, sentencia de 7 de diciembre de 2006.
[102] Dictada en el expediente 195/2012, el 15 de junio de 2012.

Sobre las habitaciones de hotel como "ámbito privado" y la actividad del establecimiento hotelero, Sara Martín explica:

> "Lo que, verdaderamente interesa aquí como explotación es *la organización y oferta de la posibilidad de recibir esa transmisión*, y, por tanto, da igual si esa transmisión es finalmente recibida por los destinatarios, *o si lo es dentro o fuera del ámbito doméstico*"[103] (énfasis añadido).

Lo que nos lleva a concluir que los hoteles deben cumplir con sus obligaciones en materia de derechos de autor, como lo hacen los demás establecimientos comerciales, tales como restaurantes, bares, aviones, clubes deportivos, supermercados, etc.; sin que ello implique violación al derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio (ni la de esos empresarios, no la de sus huéspedes).

2.3.- Se quebrantaría injustificadamente el principio de igualdad.

El argumento de las empresas hoteleras con base al ámbito privado de las habitaciones de hotel, se escuda en la observancia de normas constitucionales, cuando, en realidad, es contrario a uno de los principios constitucionales básicos de toda democracia: el principio de igualdad.

Para comprender esto, debemos comenzar recordando la finalidad del principio de igualdad (y la correspondiente interdicción de generar desigualdades no razonables) en el ámbito de la interpretación jurídica:

> "La finalidad cumple en la jurisdicción constitucional otra importante función: permite apreciar lo razonable de una desigualdad. En este caso, es preciso dar cuatro pasos: constatar la consagración de la desigualdad, averiguar la finalidad perseguida con la desigualdad, establecer si esa finalidad es acorde con la legalidad o, en concreto, con los principios y valores constitucionales y, por último, ver si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos"[104].

En efecto, si consideráramos la inviolabilidad del domicilio y la privacidad como justificación válida para no observar los derechos de autor en los establecimientos hoteleros, estaríamos generando un trato desigual a los diversos

[103] Martín Salamanca, Sara, *op. cit.*, p. 214.

[104] Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 418.

empresarios que deben cumplir con las obligaciones en materia de derechos de autor, pues estaría exentando del cumplimiento de esas obligaciones a los empresarios hoteleros y generándoles un beneficio de no pagar esos derechos, que no tendrían otros empresarios que también usan obras en sus locales, tales como restaurantes, salas de espera de establecimientos mercantiles, hospitales, aviones y camiones, supermercados, etc.

Al igual que los empresarios hoteleros, se trata de comerciantes que no venden o explotan directamente obras intelectuales, pero que, aun así, las utilizan como insumo en su negocio, como atractivo adicional a los servicios que presentan, obteniendo de esta manera un lucro indirecto.

De tal forma, si como regla general y derivado de la protección internacional en materia de derechos de autor, todas aquellas personas que usen pública o colectivamente obras, deben cumplir con los derechos patrimoniales de autor, no se le puede dispensar un trato desigual y preferente a los empresarios hoteleros, pues se viola el principio de igualdad.

Sobre este tema, es referencia obligatoria un caso de la jurisdicción constitucional colombiana, en donde se impugnó la inconstitucionalidad de una ley que expresamente exentaba a los hoteleros de pagar derechos de autor. En ese caso la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de esa ley, por violar el principio de igualdad, en los siguientes términos:

> "Como se dijo, la protección constitucional a los derechos emanados de la propiedad intelectual se concreta en los términos y formalidades que establezca la ley, según precisa referencia del artículo 61 de la Carta.
> Pero, desde luego, como resulta de nutrida jurisprudencia de esta Corte, el hecho de que el legislador haya sido autorizado por la Constitución para establecer las reglas relativas a la protección de los derechos integrantes de la propiedad, *no lo habilita para contrariar postulados de rango constitucional, como el de la igualdad*, que, como lo ha venido enseñando a quienes se encuentran en iguales circunstancias, y trato divergente y normas diversas, adaptadas a su situación, a quienes se ubican en hipótesis distintas.
> Dentro del sistema jurídico colombiano están proscritas, entonces, las discriminaciones, tanto las que implican preferencia como las que llevan al trato odioso o peyorativo. Lo cual no significa que se rechacen las diferencias justificadas y razonables, es decir, que estén fundadas en motivos suficientes para introducir

disposiciones distintas, con miras a realizar el equilibrio y la justicia. Lo que no ha aceptado la jurisprudencia -como no se acepta en esta ocasión- es la regulación de situaciones iguales bajo criterios y con consecuencias jurídicas disímiles y hasta contrarias, sin una plena justificación.

En el asunto materia de examen, la manera como ha sido redactado el precepto muestra a las claras que *tuvo por objeto la exclusión de determinado sector -el hotelero- de la normatividad general sobre derechos de autor*, y entonces resulta imprescindible establecer si el especial trato contemplado aquí por el legislador está justificado.

No escapa a la Corte que, según se recuerda en esta misma providencia, la legislación colombiana y el régimen internacional sobre propiedad intelectual confieren a los titulares de los derechos de autor la exclusividad en el aprovechamiento y ejecución pública de sus obras, por lo cual *es menester su autorización para que ella se efectúe por otras personas*, en especial si tienen ánimo de lucro, dándose la consecuencia legal del pago de los derechos cuando falta ese consentimiento.

Por ello, visto el contenido de la disposición acusada, *salta a la vista la preferencia que en ella se crea, a favor de los establecimientos hoteleros, respecto de otros entes con ánimo de lucro y en hipótesis equivalentes*, pues la calificación de domicilio privado, asignada a las habitaciones que ellos rentan, los excluye del régimen general al ubicar la ejecución de obras artísticas en el campo excepcional y libre del artículo 44 de la Ley 23 de 1982.

Entonces, bajo la perspectiva constitucional, además de la vulneración del derecho de propiedad intelectual, es flagrante el quebrantamiento del principio de igualdad, toda vez que la ejecución pública de obras artísticas en otro tipo de establecimientos, por contraste con los hoteleros, sí ocasiona, según la Ley 23 de 1982, la posibilidad de que los autores reclamen sus derechos de propiedad intelectual. Es decir, *el precepto plasma, bajo tal entendimiento, una excepción, que en realidad significa beneficio injustificado, a favor de los hoteles, en detrimento de los derechos de autor*.

Es evidente, por otra parte, que con la expresa asimilación legal de las habitaciones de hotel al domicilio privado pero consagrada con el fin concreto y exclusivo de asignarles un determinado régimen en materia de derechos de autor, se perdió de vista el objeto primordial del domicilio, que es materia de protección jurídica en consideración a la persona humana y a su dignidad, como resulta de los mandatos constitucionales al respecto, y no como instrumento apenas útil para exonerar a entidades con ánimo de lucro de unas determinadas obligaciones inherentes a su actividad. Se desvirtúa así la finalidad del domicilio como elemento integrante de la privacidad del huésped -que pasa a segundo plano- y se hace énfasis en el efecto por cuya virtud se enerva el concepto jurídico de "ejecución pública" de obras

> artísticas, en detrimento de los derechos que el sistema reconoce a sus autores"[105] (énfasis añadido).

Además, dejar de observar las obligaciones en materia de derechos autor bajo el argumento del respeto a la privacidad e inviolabilidad del domicilio, sería desproporcionado y carente de toda razonabilidad.

Esto es así porque el limitar al alcance de los derechos de autor en establecimientos hoteleros, no es una medida *idónea* ni *necesaria* para preservar los *derechos a la privacidad e inviolabilidad del domicilio de los clientes*, pues como se explicó en el apartado previo, el pago de los derechos de autor por parte del empresario hotelero en nada interfiere con la intimidad de los huéspedes en sus habitaciones, ámbito que sigue reservado sin intromisiones por parte de los titulares de derechos de autor.

Así, el quebranto al principio de igualdad sería incuestionable al darle a los hoteles una exención no justificada ni justificable en materia de derechos de autor, cuando el resto de establecimientos comerciales que usa obras con fines de lucro indirecto (como restaurantes, hospitales, supermercados, agencias de autos, etc,) sí tienen obligación de respetar los derechos de autor.

3.- La comunicación no la hace el hotel, sino un servicio de televisión restringida.

Es bastante frecuente que los hoteles aduzcan que ellos no realizan ningún acto de comunicación pública, sino que esta actividad corresponde a la empresa de televisión abierta, pero sobre todo, que se trata de un acto imputable a las empresas de televisión restringida, de tal manera que estas hacen llegar las obras directamente a los huéspedes.

Sin embargo, esto no es cierto, ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista comercial, dado que el empresario hotelero es un verdadero *intermediario*, tanto en el sentido normativo como en el sentido económico. Veamos.

Como vimos en el Capítulo II, *cada acto de comunicación pública requiere una nueva licencia o autorización* por parte del titular de derechos, pues los hoteles, al actuar como intermediarios y redifundir obras, *generan un nuevo público* y un nuevo acto de explotación de tales creaciones.

---

[105] Sentencia C-282/97 de 5 de junio de 1997.

Esto en virtud de que el intermediario es un tercero que, al difundir la obra y ponerla a disposición de una pluralidad de personas, está realizando una utilización colectiva o comunicación pública (conocida en el argot autoral como "utilización secundaria"), para la cual requiere autorización.

Es por eso que si, por ejemplo, un restaurante instala una red interna de difusión en su local (cables, bocinas y amplificadores) y las conecta a una estación de radio, se trata de un tercero que está utilizando colectivamente obras musicales, pues se las está haciendo llegar a una pluralidad de personas (público). Para que dicha actividad sea lícita, requiere una licencia de comunicación pública (como acontece de ordinario en México, y desde luego, en el resto del mundo).

Lo mismo sucede con los hoteles, razón por la cual, a lo largo del mundo, estos establecimientos de hospedaje suscriben licencias de comunicación pública de obras audiovisuales con los titulares de los derechos de autor.

Se trata, simplemente de comprender que la actividad del hotel consiste, precisamente, en la realización de una utilización secundaria de obras radiodifundidas en términos del artículo 11 Bis.1.iii del Convenio de Berna (cuya explicación puede encontrarse en el Capítulo II, apartado 2.3, del presente libro), lo que somete al hotel a obtener una autorización propia por esa utilización secundaria, siendo irrelevante que la comunicación primaria realizada por la empresa de televisión sí cuente con su respectiva licencia.

De hecho, los huéspedes de un hotel, *no son clientes del prestador de servicios de televisión restringida (no hay relación jurídica ni comercial entre ellos)*, sino que son clientes, precisamente, del hotel. De manera que este es, tanto un intermediario físico (provee la red interna de difusión), como también es un intermediario jurídico y comercial.

En cambio, el verdadero cliente de la empresa de televisión restringida es el hotel, por lo que cuando este intermedia y hacer llegar la obra a sus propios clientes, genera un *nuevo acto de comunicación pública*, y por ende, sus huéspedes son considerados un *nuevo público*.

Esta situación jurídica nos es explicada por la más destacada doctrina:

> "Esos clientes, que al margen de cualquier relación con el hotel son un público para los radiodifusores –por cuanto son los beneficiarios de sus emisiones, destinadas a su recepción directa individual y en sus hogares–, *se convierten en un nuevo público* respecto de la comunicación de referencia, por la que recibirán las obras comprendidas en las emisiones de esos radiodifusores en las habitaciones que

> ocupen en el hotel (...). Por consiguiente, habiendo un nuevo público *hay también un acto autónomo de comunicación pública independiente* de la radiodifusión (primaria)"[106]

Incluso, el hecho de que las habitaciones de hotel no tuvieran televisiones, y estas sólo se instalaran bajo pedido expreso de los clientes, eso no significaría que no existe un nuevo acto de comunicación pública y que no se requiera una licencia o permiso por parte del hotel:

> "Porque el hecho de que la colocación de aparatos receptores en las habitaciones se lleve a efecto a petición de los clientes no cambia nada. La oferta de los receptores sigue estando comprendida como un servicio accesorio entre los derivados del contrato de hospedaje. La comunicación de las obras radiodifundidas ha de pasar forzosamente por ese servicio, *por virtud del cual el cliente ingresa en un nuevo público* (respecto del público de las emisiones), que será más o menos amplio (dependiendo del número mayor o menor de clientes que soliciten esos aparatos)"[107] (énfasis añadido).

Por ejemplo, en el libro de texto de derechos de autor de Delia Lipszyc, se dice lo siguiente a propósito de las transmisiones en las habitaciones de hotel:

> "*Transmisiones en habitaciones de hotel*: cuando las habitaciones de hotel tienen instalados televisores mediante los cuales se ofrece a sus huéspedes programas a través de un sistema interno propio de cable controlado por el establecimiento hotelero *este último realiza un acto de comunicación pública*.
>
> Esta transmisión *es un acto de intermediación* entre la programación que se recibe mediante la radiodifusión tradicional –o a través de un satélite de radiodifusión o de distribución–, pues *el público no recibe el programa directamente* sino a través de una retransmisión en el sentido del art. 11 bis, §1 del Convenio de Berna que dispone que:"[108] (énfasis añadido).

Mientras que Sara Martín, también explica con precisión: "La clientela de un establecimiento hotelero es un público nuevo"[109]. Lo cual es reiterado por la citada Delia Lipszyc:

---

[106] Delgado Porras, Antonio, "Difusión de emisiones de radio-TV en las habitaciones de hotel" en *Derecho de autor y Derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, t. II, 2007, p. 154.

[107] *Ibidem*, p. 155.

[108] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

[109] Martín Salamanca, Sara, "Comentario al artículo 90" en Rodríguez Tapia, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 2009, p. 570.

> "La comunicación es pública no sólo cuando es recibida en un lugar público sino siempre que –*como en el caso de los huéspedes de un hotel– la transmisión es distribuida por un intermediario –el hotelero–* en un lugar al que el público tiene acceso y entre personas que no forman parte del círculo familiar o de los amigos más íntimos de aquel"[110] (énfasis añadido).

A propósito de la legislación francesa, Pascal Kamina, también refiere este concepto:

> "Also, case law developed the concept that authorisation must be granted each time the work is communicated to *a new audience* (e.g., in case of distribution of television programmes *in hotel rooms*)"[111] (énfasis añadido).

Postura con la que coincide la doctrina mexicana:

> "En el caso de un restaurante u hotel, la transmisión obtenida por un televisor o aparato de radio instalado en el mismo genera *un nuevo acto de comunicación pública* simultáneo al de la emisión o retransmisión que demanda una autorización así como el pago de regalías; además, por tal situación se obtiene un lucro indirecto debido a la ventaja adicional al servicio obtenido por dicha transmisión"[112] (énfasis añadido).

Es evidente que los hoteles realizan, en estos casos, una *utilización colectiva* de la obra, y es por eso que hay unanimidad en la doctrina en que los huéspedes de los hoteles constituyen un nuevo público, dado que tales establecimientos realizan verdaderos actos de comunicación pública, sujetos a derechos de autor[113].

En este sentido, sobre el carácter público de la comunicación de obras en las habitaciones de hotel, es muy clara la interpretación que, en sede constitucional, hace la Corte Constitucional de Colombia:

> "Desde el punto de vista del establecimiento, no podría éste ampararse en la norma demandada para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, correlativas a los derechos de los autores de las obras que ejecuta públicamente, entendiéndose por

[110] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, pp. 208 y 209.
[111] Kamina, Pascal, *Film copyright in the European Union*, Reino Unido, 2a. ed., Cambridge University Press, 2016, p 39.
[112] Cárdeno Shaadi, José Ramón, "Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor", *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, Instituto Nacional del Derecho de Autor, núm. 3, segundo semestre 2013, México, p. 119.
[113] Sirinelli, Pierre, *Notions fondamentales du droit d'auteur*, Ginebra, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo / OMPI, 2002, pp. 273 y 274.

> ejecución pública inclusive la difusión de sonidos o videos mediante *redes internas destinadas a las habitaciones*.
> (....)
> Según el mismo Convenio (artículo 11 bis), los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de ellas por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;[114] y la comunicación pública mediante altavoz o por cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida"[115] (énfasis añadido).

Véase cómo los términos expresados por la Corte Constitucional explican claramente el carácter de *intermediario* del hotel y su correspondiente actividad de comunicación pública en sus habitaciones.

También sobre la intermediación en que incurren los hoteles, encontramos la siguiente sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América:

> "Adicionalmente, el equipo receptor ordinario y los aparatos de distribución empleados aquí por la compañía hotelera, están diseñados para amplificar la programación radiodifundida después de haber sido recibida. Tales actos claramente son mucho más que el mero uso de artefactos acústicos para la mejor escucha de la programación original. Los huéspedes del hotel escuchan la reproducción que *les ha sido llevada gracias a los actos del hotel consistentes en (1) instalar, (2) dotar de corriente eléctrica, y (3) operar un equipo receptor de radio y los altavoces*. Sustantivamente no existe diferencia entre un caso donde el hotel contrata una orquesta para proporcionar música y entre el caso en el que, mediante un equipo de radio y las bocinas aquí empleadas, *se proporciona la misma música para la misma finalidad*"[116] (énfasis añadido).

En el mismo sentido, vuelve a ser ilustrativa la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en donde explicó:

> "40. Asimismo, procede considerar que las comunicaciones que se efectúan en circunstancias como las del asunto principal son comunicaciones realizadas por un organismo de retransmisión distinto al de origen, en el sentido del artículo

[114] Es decir un intermediario, como vimos en el Capítulo II, al glosar el Convenio de Berna.
[115] Sentencia C-282/97 de 5 de junio de 1997.
[116] *Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931), 51 S. Ct. 410. La traducción es nuestra.

> 11 *bis*, apartado 1, inciso ii), del Convenio de Berna. Por lo tanto, estas transmisiones se dirigen a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra, es decir, a un *público nuevo*.
> 41. Como se explica en la Guía sobre el Convenio de Berna, documento interpretativo elaborado por la OMPI que, sin tener fuerza vinculante, es un instrumento útil para la exégesis del Convenio, el autor, al autorizar la radiodifusión de su obra, sólo tiene en cuenta a los usuarios directos, es decir, a los poseedores de aparatos receptores que captan los programas individualmente o en un ámbito privado o familiar. De conformidad con dicha Guía, a partir del momento en que se efectúa esta *captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto*, a veces con fines de lucro, es una nueva fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha o de la visión de la obra, con lo cual la comunicación de la emisión a través de altavoz o instrumento análogo *no constituye ya la simple recepción de la emisión misma*, sino un *acto independiente mediante el cual la obra emitida es comunicada a un público nuevo*. Como se precisa en la misma Guía, esta recepción pública da lugar al derecho exclusivo de autorización, que corresponde al autor.
> 42. A este respecto, *la clientela de un establecimiento hotelero es efectivamente un público nuevo*. La distribución de la obra radiodifundida a esta clientela a través de aparatos de televisión *no constituye un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen* en su zona de cobertura. Por el contrario, *el establecimiento hotelero interviene*, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para *dar a sus huéspedes la posibilidad de acceder a la obra protegida*. Si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun cuando se encontraran dentro de la mencionada zona, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida"[117] (énfasis añadido).

Por su parte, el Pleno del Tribunal Supremo español refiere lo mismo al apuntar que:

> "hay retransmisión porque *el hotel recepciona o capta la señal* televisiva original o primaria y *la transmite –retransmite (radiodifusión secundaria)– a los televisores* instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a *un público nuevo*, integrado por la pluralidad de personas que constituyen la clientela"[118] (énfasis añadido).

Nótese cómo, de nueva cuenta, los huéspedes o clientes del hotel constituyen una pluralidad de personas, como se desprende de las normas básicas de derechos de autor ya explicadas.

[117] Asunto C-306/05, sentencia de 7 de diciembre de 2006.
[118] Sentencia de 16 de abril de 2007, dictada en el expediente 2007/3780.

> La Corte de Casación francesa explica esta noción de "público":
> "el *conjunto de clientes del hotel*, aunque cada uno de ellos ocupe a título privado una habitación individual, *constituye un público* a quien la dirección del establecimiento *transmite* los programas de televisión, en el ejercicio y por las necesidades de su comercio"[119] (énfasis añadido).

Esto también ha sido explicado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

> "La ejecución es considerada abusiva siempre que, sin la necesaria autorización del autor *alguien proporcione a terceros* la recepción de una obra transmitida por radio o televisión con finalidad de lucro directo o indirecto;"[120] (énfasis añadido).

Esta línea jurisprudencial asimismo ha sido explicada en los Estados Unidos de América, en la siguiente sentencia dictada por el Juzgado de Distrito del Norte de California en 1992:

> "Las transmisiones en video de la empresa On Command son también 'hacia el público' para los propósitos de las disposiciones sobre transmisión. Los huéspedes del hotel que disfrutan la película en su habitación gracias al sistema de On Command, no la están viendo en un 'lugar público', sin embargo *ellos son miembros 'del público'*."[121] (énfasis añadido).

También es destacable lo resuelto por el Juzgado de lo Civil núm. 27 de Argentina:

> "En ese sentido también se ha sostenido que las habitaciones de hotel son lugares para el público, aunque no sean lugares públicos. La comunicación es pública no sólo cuando es recibida en un lugar público sino que –como en el caso de los huéspedes de un hotel– la transmisión es recibida *por medio del hotelero*"[122] (énfasis añadido).

Criterio confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones de ese país:

> "la difusión de música dentro del ámbito de la habitación de un hotel debe ser considerada un *acto de comunicación pública*"[123] (énfasis añadido).

---

[119] En el famoso caso *CNN vs. Novotel* de 6 de abril 1994. Traducción de Ricardo Antequera Parilli.
[120] Sentencia 39-IP-99 dictada el 1° de diciembre de 1999.
[121] *On Command Video Corporation v. Columbia Pictures Industries*, 777 F. Supp. 787 (N.D. Cal 1991). La traducción es nuestra.
[122] Sentencia de 19 de julio de 2002.
[123] Caso *AADI CAPIF vs. Catalinas Suites*, fallo de 15 de septiembre de 2005.

Criterio asimismo expuesto por el Tribunal Supremo de Dehli, en la India:

> "El actor ha podido acreditar que los demandados *usan* una conexión a cable y equipo de televisión *para sus clientes* en las habitaciones del hotel, recibiendo pagos. Bajo esta perspectiva, prima facie, hay una *comunicación al público* de la radiodifusión de canciones y videos"[124] (énfasis añadido).

También ilustra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid:

> "Pues bien, en el caso de las televisiones instaladas en las habitaciones de un centro sanitario (clínica u hospital), como el que aquí nos ocupa, nos encontramos con que en éste se capta la señal televisiva original *y luego se transmite* (mediante retransmisión o radiodifusión secundaria) *a los televisores instalados en las habitaciones*, posibilitando la comunicación pública, que supone el acceso a la emisión originaria de *un nuevo público integrado por una pluralidad de personas*, indeterminada e indeterminable, constituida por quienes *ocupan las habitaciones* y por quienes sucesivamente las ocuparán y tienen la posibilidad de acceder a la señal, *cualquiera que sea el medio de retransmisión*"[125] (énfasis añadido).

Lo anterior no debe sorprendernos, pues como explica la más prestigiada doctrina, los tribunales a lo largo del mundo, luego de iniciales vacilaciones y alguno que otro error aislado, coinciden en la obligación de respetar los derechos de autor en las habitaciones de hotel:

> "Pero han sido los casos de las comunicaciones públicas realizadas en las habitaciones de hoteles y otros lugares de alojamiento los que han dado lugar a las mayores controversias, con un sinnúmero de pronunciamientos judiciales, la gran mayoría de las veces (con algunas lamentables vacilaciones), considerándose que se trata de formas de explotación de las obras sometidas en consecuencia a la necesidad de la autorización previa y al pago de la remuneración correspondiente"[126].

En el mismo sentido, nos explican Mitra y Modi:

> "The courts in several countries have, in different cases, considered that a *public performance* occurred when music was being *made available* in *individual hotel rooms*, in radio shops for demonstration purposes and for patients in hospitals"[127] (énfasis añadido).

---

[124] *Supercassette Industries vs Nirulas Corner House (P) Ltd.*, sentencia de 17 de marzo de 2008. La traducción es nuestra.

[125] Dictada en el expediente 195/2012, el 15 de junio de 2012.

[126] Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 108.

[127] Mitra, Daksh, y Modi, Aayush, "Pay 'n' pay: public performance of sound recordings *vis-*

Igualmente es destacada la opinión jurídica emitida por la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, que si bien no deriva de un litigio, constituye la interpretación oficial de dicha autoridad administrativa en materia autoral sobre el tema que nos atañe:

> "Conforme a todo lo anterior, *reiteramos que los hoteles* y en general todas las entidades que presten servicios de hospedaje, que *pretendan comunicar públicamente* obras musicales, en sus salas de espera, salas comunes y/o *habitaciones*, tienen la obligación de contar con la *autorización previa y expresa del titular* o de la sociedad que las administra, y de efectuarle el consecuente pago de la remuneración concertada"[128] (énfasis añadido).

Por lo tanto, es claro que los hoteles son *intermediarios*, que a través de una *red interna de difusión* (y la contratación de una empresa de cable o televisión restringida), *pone a disposición* de sus huéspedes (pluralidad de personas que integran un nuevo público) obras, para lo que se requiere la debida autorización del titular de derechos y el pago de los derechos de simple remuneración que procedan.

4.- La contratación de un servicio de televisión restringida excluye las obligaciones en materia de derechos de autor.

Otro de los argumentos más recurrentes del sector hotelero, es que ellos contratan y pagan servicios de televisión restringida (por cable o por satélite), incluso con tarifas para usos industriales o comerciales, con lo que quedaría cubierta la autorización para poner obras a disposición de los huéspedes y estarían pagados los derechos de autor.

Este argumento suena muy lógico e intuitivo, y hasta parece estar fundado en el actuar responsable de los empresarios hoteleros al obtener entretenimiento en el mercado formal, con proveedores serios. Desafortunadamente, contrario a lo que se pudiera pensar, tal argumento se basa en meras suposiciones, totalmente contrarias a la normatividad en materia autoral (incluso la internacional) y a las prácticas mundiales del mercado desde hace décadas. Veamos.

Hay dos grandes razones por las que el pago a un proveedor de televisión restringida no exime a los hoteles de tener que suscribir una licencia de derechos

---

à-vis copyright infringement", *Journal of intellectual property rights*, vol. 18, marzo de 2013, p. 125.

[128] Rad. 1-2016-66273, de 31 de agosto de 2016.

de autor: *(a)* porque dicho pago sólo cubre el uso de las señales, pero no el uso de las obras; y *(b)* debido a que, como ya vimos, la difusión interna de obras en las instalaciones de un hotel constituye un nuevo acto de comunicación pública (utilización secundaria), por lo que requiere su propia licencia de derechos de autor, al ser independiente de las licencias que cubren los actos de comunicación pública previos. Comencemos explicando la primera de estas razones.

En efecto, como se explicó en el Capítulo I (apartados 3 y 5.3) del presente libro, en esta materia debe distinguirse entre diversos derechos de propiedad intelectual: por un lado, los derechos de autor sobre las obras (contenidos), y por el otro, los derechos conexos sobre las señales (continentes).

Se trata de derechos diferentes que pertenecen a titulares diferentes, y el cumplir con uno, no autoriza para incumplir con el otro; y recordemos que así lo establece claramente el artículo 1° de la Convención de Roma.

Según vimos en el Capítulo I, no es lo mismo "obra" que "señal", pues la segunda porta o lleva a la primera. Por eso es que, en varios países (como México), si se van a usar señales portadoras de obras, se requiere una autorización o licencia por parte de los titulares de los derechos de autor (respecto de las obras) y otra autorización por parte de los titulares de los derechos conexos (respecto de las señales). Es decir, se necesitan ambas licencias.

Así, las empresas que dan servicios de televisión restringida, ya sea mediante cable o mediante satélite, son organismos de radiodifusión para efectos de la propiedad intelectual, por lo que cuentan con derechos conexos sobre sus propias *señales*, independientemente de quién sea el titular de los derechos de autor sobre las obras contenidas en sus señales.

Tan es así, que el Derecho Internacional protege a estas entidades, como vimos en el Capítulo II; de manera que si alguien usa *sus señales* sin autorización, los organismos de radiodifusión tienen acciones y remedios jurídicos propios (independientes de los que correspondan a los titulares de derechos de autor). Un ejemplo de esta protección jurídica que tienen las empresas de televisión restringida sobre sus propias señales, lo encontramos, además de en la ya estudiada aplicación ampliada del artículo 13 de la Convención de Roma, en el TLCAN:

Artículo 1707: Protección de señales de satélite codificadas portadoras de programas

Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de este Tratado, cada una de las Partes deberá:

> (a) tipificar como delito la fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal; y
> (b) establecer como ilícito civil la recepción, en relación con actividades comerciales, o la ulterior distribución de una señal de satélite codificada portadora de programas, que ha sido descifrada sin autorización del distribuidor legítimo de la señal, o la participación en cualquier actividad prohibida conforme al inciso (a).
> Cada una de las Partes dispondrá que cualquier persona que posea un interés en el contenido de esa señal pueda ejercer acción respecto de cualquier ilícito civil establecido conforme al inciso (b).

También como ejemplo, podemos citar el artículo 2.1 del Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (conocido como "Convenio Satélite" o "Convenio de Bruselas"):

> Artículo 2
>
> 1) Cada uno de los Estados Contratantes se obliga a tomar todas las medidas adecuadas y necesarias para impedir que, en o desde su territorio, se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si ésta ha sido dirigida hacia un satélite o ha pasado a través de un satélite. La obligación de tomar esas medidas existirá cuando el organismo de origen posea la nacionalidad de otro Estado Contratante y cuando la señal distribuida sea una señal derivada.

Por tal razón, en respeto a tales derechos conexos, se requiere una licencia o autorización de la empresa de televisión restringida para que se puedan usar colectivamente sus correspondientes *señales* dentro de un establecimiento hotelero.

Empero, esa autorización en materia de derechos conexos es independiente de la autorización que también se requiere para poder usar las *obras* contenidas en las señales (autorización de derechos de autor), dado que las empresas de televisión restringida sólo tienen derechos sobre sus propias señales, pero no

tienen derechos de autor, ni están facultadas para licenciar las obras incluidas en las señales.

Nos encontramos frente a unos de los ejemplos clásicos de *compatibilidad* y *acumulación de derechos de propiedad intelectual*.

En efecto, la normatividad en materia autoral reposa sobre la independencia, acumulabilidad y compatibilidad de los derechos de autor con otros derechos de propiedad intelectual, incluyendo los derechos conexos; de tal manera que todos y cada uno de los derechos involucrados en la utilización de una obra deben respetarse[129].

Al respecto, nos indica la doctrina:

> "El derecho de autor es también *compatible* con los demás derechos de propiedad intelectual, lo que es especialmente importante, puesto que estos recaen en su mayor parte sobre bienes y servicios que constituyen el *vehículo de difusión de las obras*. De esa compatibilidad deriva una gran complejidad, como consecuencia de *la acumulación de derechos sobre un mismo bien o servicio, ya que ningún derecho debe ir en detrimento de los demás*. (...) La pluralidad de titulares y la consiguiente *pluralidad de autorizaciones y pagos* para obtenerlas con el fin de explotar una obra en determinado ámbito induce a pensar en la conveniencia de (...) un sistema de ventanilla única que abarate los costes de explotación tanto para los titulares de los diversos derechos de propiedad intelectual como a los explotadores finales de los mismos, y, consecuentemente a los usuarios o consumidores"[130] (énfasis añadido).

Ese sistema de ventanilla única ha sido un caro anhelo de muchos sectores desde hace años, pero mientras no se materialice, el sistema jurídico actual exige la celebración de licencias *con cada uno de los titulares* (tanto de derechos de autor como de derechos conexos) que estén involucrados en el uso o difusión en un producto o servicio de entretenimiento.

Particularmente, debe recalcarse que el cumplimiento o pago de cualquier *derecho conexo* (como el perteneciente a los organismos de radiodifusión), no exime de la observancia de los *derechos de autor*, como bien explica Ficsor:

---

[129] Fernández-Arias Shelly, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, pp. 56 y ss.

[130] Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, "Introducción a la propiedad intelectual" en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 38 y 39.

> "Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión son independientes de los derechos de los autores de obras literarias y artísticas, puesto que son derechos que se refieren a objetos diferentes: no protegen obras sino interpretaciones y ejecuciones, fonogramas y emisiones. Estos derechos no dejan de ser independientes por el hecho de que lo que se interpreta o ejecuta y el contenido de los fonogramas suelen ser obras, y las emisiones a menudo también son obras audiovisuales e interpretaciones y ejecuciones de otras obras"[131].

En el mismo sentido, nos indica la doctrina comparativista:

> "En todas las naciones de América de nuestro entorno cultural, con reiteración a veces rayando en idénticas expresiones gramaticales, se afirma que los derechos conexos que se determinan no afectan al derecho de autor, son independientes y compatibles y 'no se podrán interpretar en menoscabo de la protección que se otorga al derecho de autor'. En caso de conflicto se estará a lo que más favorezca al autor. (...) En consecuencia, la Ley configura sus derechos en la precisa medida que atiende a su importancia y a la protección jurídica de su actividad, compatible pero independiente de los derechos de los autores"[132].

Si nos ponemos en la situación de un hotel, esto significa que sí decide brindar entretenimiento en sus habitaciones mediante pantallas o televisiones, necesitará contratar un servicio de proveeduría de entretenimiento, es decir, una empresa de cable o de televisión satelital (ambos organismos de radiodifusión, con derechos conexos sobre sus propias señales, al menos en varios países como México). Dicha empresa instalará en el hotel una antena o equipo de recepción, una central de operaciones a través de la cual se envíe la señal a cada una de las habitaciones, así como el o los correspondientes decodificadores de la señal (pues no son señales abiertas, sino cifradas); se trata de un servicio netamente técnico. Pero además de esos servicios, el operador de televisión restringida, en tanto titular de derechos conexos, autorizará al hotel para usar y difundir dentro de las instalaciones del establecimiento las *señales* que pertenecen a la empresa proveedora.

Con esto, el hotel cuenta ya con su primera licencia: una autorización de derechos conexos que cubre, única y exclusivamente, *la señal*. Pero el hecho de que esté satisfecho el derecho de un organismo de radiodifusión, no significa que se

[131] Ficsor, Mihály, *op. cit.*, p. 136.
[132] Fernández-Arias Shelly, Carlos, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

deban ignorar el resto de derechos de propiedad intelectual que están involucrados y que pertenecen a diversos titulares.

En efecto, además del derecho conexo de los organismos de radiodifusión, entran en juego, tanto derechos de autor (sobre las *obras* incluidas en la señal), como otros derechos conexos, incluyendo los relativos a los fonogramas y a las interpretaciones y ejecuciones. Por lo que también deben satisfacerse por parte de los hoteles, adicionalmente, los derechos de autores, titulares derivados, artistas y productores de fonogramas, lo que se traduce en una serie de licencias y/o pagos de regalías (derechos de remuneración), que variará según la legislación interna de cada Estado.

Respecto del tema que nos atañe, es decir, los derechos de autor en habitaciones de hotel, ya vimos que la regla general en el Convenio de Berna y en las leyes nacionales que lo implementan, es que *se requiere una licencia o autorización correspondiente*. Por lo que no se puede aducir el pago a las empresas de cable o televisión satelital (titulares de derechos conexos sobre sus señales), para ignorar o incumplir la obligación primordial, que es contar con una licencia o autorización *de derechos de autor* por parte del titular o titulares correspondientes.

El considerar que el pago de los derechos conexos sobre la señal, liberaría del pago de los derechos de autor sobre las obras contenidas en la señal, no sólo sería ignorar las reglas básicas (y clásicas) en materia de Propiedad Intelectual (incluyendo la independencia y acumulación de derechos), sino que sería una clara contravención a la cláusula de salvaguarda del artículo 1° de la Convención de Roma, por virtud de la cual, la satisfacción o cumplimiento de cualquier derecho conexo (incluyendo el de los organismos de radiodifusión) no afecta en nada la protección de los derechos de autor, ni las obligaciones que derivan de ella, por lo que no deben aducirse como pretexto para defraudar a los derechos de autor. El texto de dicho artículo es el siguiente:

> Artículo primero
>
> La protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.

La explicación referida por Ficsor respecto de esta disposición, resulta muy pertinente para demostrar lo erróneo del argumento de los hoteles:

> "Por si acaso no hubiera quedado aclarado el significado del Artículo 1 de la Convención, una vez resuelto el debate correspondiente, figura en el informe una exposición de motivos que dice así: 'En virtud del texto del Artículo 1, en la forma adoptada, queda claro que, *cuando es necesaria la autorización del autor para la reproducción u otra utilización de su obra conforme a la normativa de derecho de autor, la Convención no afecta a esa necesidad de autorización*. Del mismo modo, cuando es necesario el consentimiento del artista intérprete o ejecutante, el autor de las grabaciones, o el emisor conforme a la Convención no deja de ser necesario su consentimiento porque también es necesaria la autorización del autor'"[133] (énfasis añadido).

Simple y sencillamente: no se puede soslayar la necesidad de licencias en materia de derechos de autor, invocando como pretexto haber cumplido con sólo uno de los derechos conexos involucrados.

En el mismo sentido, encontramos lo ordenado por el artículo 1.2 del TOIEF:

> Artículo 1
> Relación con otros Convenios y Convenciones
>
> (...)
>
> (2) La protección concedida en virtud del presente Tratado dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor en las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna disposición del presente Tratado podrá interpretarse en menoscabo de esta protección.

Y precisamente, este artículo cuenta con la siguiente declaración concertada, realizada en la Conferencia de Ginebra de 1996:

> "Declaración concertada respecto del Artículo 1(2): Queda entendido que el Artículo 1(2) aclara la relación entre los derechos sobre los fonogramas en virtud del presente Tratado y el derecho de autor sobre obras incorporadas en los fonogramas. Cuando fuera necesaria la autorización del autor de una obra incorporada en el fonograma y un artista intérprete o ejecutante o productor propietario de los derechos sobre el fonograma, *no dejará de existir la necesidad de la autorización del autor* debido a que también es necesaria la autorización del artista intérprete o ejecutante o del productor, y viceversa" (énfasis añadido).

[133] Ficsor, Mihály, *op. cit.*, p. 139.

De ahí que sea un verdadero despropósito pensar que no se deba obtener las autorizaciones en materia de derechos de autor, sólo por existir alguna autorización o pago a un titular de algún derecho conexo.

Tan es así, que muchos contratos de prestación de servicios de televisión restringida (cable o satélite), incluso para establecimientos comerciales o con fines industriales, claramente incluyen una cláusula de salvaguarda de los derechos de autor, explicándose que el cumplimiento de estos corresponde al hotel (no a la empresa de televisión restringida).

Por ejemplo, cláusulas de esta clase, pueden encontrarse en los contratos tipo o de adhesión que varios proveedores de televisión restringida en México, tienen registrados ante el Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Procuraduría Federal del Consumidor.

En este sentido, el contrato de prestación de servicios de Sky, "Plan Hotelero", dispone y reconoce lo siguiente:

> "TERCERA.- RECEPCIÓN DE LAS SEÑALES.
> (...)
> El 'SUSCRIPTOR' se encuentra facultado para transmitir las Señales de Sky única y exclusivamente *en las habitaciones que ocupen sus clientes en el Hotel*. Las partes convienen. de conformidad con lo anterior, en que el 'SUSCRIPTOR' no podrá *transmitir* las Señales de Sky en ninguna de las instalaciones que se encuentren en el Hotel como por ejemplo se mencionan de manera enunciativa mas no limitativa: bares, restaurantes, cafeterías, gimnasios, salones de convenciones, de eventos, recepción, auditorios u otras áreas abiertas o comunes.
> (...)
> El 'SUSCRIPTOR' *será el único responsable en cualquier caso de cubrir los pagos a efectuarse por concepto de regalías, ejecución pública o semejantes*, derivados del mal uso, *de la explotación o del uso comercial* que efectúe de las Señales y/o servicios que reciba en términos del presente Contrato, y *que se causen de conformidad con la Ley Federal del Derecho de Autor y demás disposiciones que resulten aplicables*"[134] (énfasis añadido).

Mientras que los contratos para uso comercial, no doméstico, de Izzi (Cablevisión), contienen una cláusula similar:

> "NOVENA. Responsabilidad por el Uso del Servicio de TV
> 9.1. El SUSCRIPTOR *es el responsable de la comunicación ejecución pública que haga* del

[134] http://www.ift.org.mx/sites/default/files/accesible_ok_5737-d.pdf.

Servicio de TV de conformidad por lo dispuesto *por la Ley Federal del Derecho de Autor,* Ley de la Propiedad Industrial y sus Reglamentos, por lo que el SUSCRIPTOR tiene estrictamente prohibido *realizar exhibiciones públicas* de canales, Video Bajo Demanda o grabaciones de DRV"[135] (énfasis añadido).

En términos casi idénticos está el contrato para usos comerciales de Cablemás:

"NOVENA. Responsabilidad por el Uso del Servicio de TV
9.1. El SUSCRIPTOR *es el responsable de la comunicación y/o ejecución pública que haga* del Servicio de TV de conformidad por lo dispuesto *por la Ley Federal del Derecho de Autor ("LFDA")*, Ley de la Propiedad Industrial y sus Reglamentos, por lo que el SUSCRIPTOR tiene estrictamente prohibido *realizar exhibiciones públicas* de canales, Video Bajo Demanda o grabaciones de DRV, *o cualquier otro contenido*"[136] (énfasis añadido).

Por su parte, el contrato de MVS indica:

"PRIMERA.- MVS TV enviará al CLIENTE la señal de audio y video/audio asociado (televisión), que éste le solicite, misma que el CLIENTE captará a través del Equipo de Recepción de Señales destinado para tal fin, de acuerdo a las condiciones establecidas en el presente contrato y sus anexos.
TERCERA. (...)
(...)
Asimismo dicha señal *es responsabilidad exclusiva de el* (sic) CLIENTE, quien será *responsable frente a terceros; respecto de cualquier derecho*, interés u obligación en y por el contenido, incluyendo, no limitativamente, las marcas, nombres y avisos comerciales, reservas de títulos, diseños, formatos o sistemas publicitarios protegidos por derechos de autor, registros sanitarios y *el contenido general del material son de la exclusiva responsabilidad de EL CLIENTE*, responsabilidad que este asume en el acto de la firma del presente contrato, por lo que en caso de que existiera reclamación de cualquier tipo, por parte de un tercero o autoridad competente, será EL CLIENTE quien responda en la vía de que se trate, además de responder de los daños y perjuicios que ocasione"[137] (énfasis añadido).

En fin, como último ejemplo podemos poner el contrato de Naucable:

"PRIMERA, OBJETO.- (..)
(..)

[135] http://www.ift.org.mx/sites/default/files/accesible_ok_9369.pdf.
[136] http://www.ift.org.mx/sites/default/files/ok_16531_com.pdf.
[137] http://www.ift.org.mx/sites/default/files/accesible_ok_3166-d.pdf.

> LA CONCESIONARIA establecerá en la Carátula del Contrato el sitio físico de instalación del Servicio, el cual será determinado por EL SUSCRIPTOR en el momento de firma del Contrato. EL SUSCRIPTOR se compromete a utilizar el Servicio únicamente en el área donde se convenga su instalación, sin fines comerciales ni propósitos de reproducción o retransmisión parcial o total; por lo tanto, en caso que EL SUSCRIPTOR haga cualquier tipo .de *retransmisión o ejecución pública* del Servicio, *será el único responsable por cualquier tipo, de violación o infracción a · lo dispuesto por la Ley Federal de Derechos de Autor*, Ley de Propiedad Industrial, Código Penal Federal y demás ordenamientos aplicables. Por su parte, LA CONCESIONARIA será la única responsable frente a EL SUSCRIPTOR respecto de la prestación del Servicio"[138] .

Tales cláusulas contractuales tienen su razón de ser en la, ya explicada, independencia de los derechos de autor respecto de los derechos conexos cubiertos a las empresas de televisión restringida por el uso, incluso comercial, de sus señales.

La segunda razón por la que el argumento de los hoteles es infundado, es porque dentro de los hoteles existe un nuevo e independiente acto de comunicación pública, por lo que las licencias de derechos de autor que cubren los actos previos de comunicación pública, no cubren o aplican para la nueva comunicación pública, la cual requiere su propia autorización (como se determinó en el Convenio de Berna, en su artículo 11 Bis.1, apartados (ii) y (iii), tema sobre el que ya ahondamos en el Capítulo II de la presente obra).

El hecho de que una empresa de cable o televisión satelital cuente con una licencia de derechos de autor para transmitir la obra *a sus clientes* (primera comunicación pública), no significa que dicha licencia se extiende a todas las comunicaciones públicas posteriores; de manera que si el hotel (cliente de la empresa de televisión restringida) recibe las obras, requerirá una licencia para, a su vez, difundir internamente esas obras entre *sus propios clientes* (segunda comunicación pública), pues como explicamos en el Capítulo II, apartado 2.3, el artículo 11 Bis del Convenio de Berna prevé que la autorización para la radiodifusión primaria no incluye ninguna de las utilizaciones secundarias de las obras radiodifundidas, mismas que están sujetas a una autorización adicional; cuestión que también se refleja en las leyes nacionales de los países miembros de la Unión de Berna[139].

---

[138] http://www.ift.org.mx/sites/default/files/accesible_ok_11123-d.pdf.

[139] Por ejemplo, el artículo 39 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, determina: "La autorización para difundir una obra protegida, por radio, televisión o cualquier otro medio semejante, no comprende la de redifundirla ni explotarla".

Al respecto, bien ilustra la doctrina especializada que:

> "las formas de disposición sobre derechos patrimoniales *son independientes entre sí*, lo cual significa que autorizar una forma de uso o disposición, *no se involucra a las demás*. Por ejemplo: el autorizar la reproducción no significa que se haya autorizado la comunicación pública; o *si se autoriza el derecho de emisión, no significa que se haya autorizado el derecho de retransmisión*"[140] (énfasis añadido).

Lo anterior también nos es explicado por la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, en Perú, el Tribunal de Propiedad Intelectual del INDECOPI, resolvió lo siguiente:

> "En este punto, es necesario señalar que la programación de los canales de *señal abierta y de cable* incluye la utilización de obras musicales por lo que los mismos han obtenido la autorización correspondiente para realizar *dichos actos de comunicación pública*, no obstante, *dicha autorización no se extiende a terceros que trasmiten las señales de dichos canales a sus clientes sean éstos huéspedes*, comensales, etc. por lo que los mismos *deben solicitar la autorización correspondiente* para la realización de actos de comunicación pública de obras musicales que se realicen en sus negocios"[141] (énfasis añadido).

La jurisdicción chilena también se ha pronunciado sobre el tema, como se aprecia en la sentencia dictada por el 1° Juzgado Civil de Rancagua, Chile:

> "En estos términos, la *sociedad hotelera demandada* asume el costo que dicha comunicación pública supone en el marco del desarrollo de su actividad comercial, consistente en el pago de la correspondiente tarifa a la entidad de gestión colectiva que representa los derechos de los productores audiovisuales, *sin que pueda escudarse o pretender eximirse por el pago que hace a la empresa cableoperadora*, pues ha quedado acreditado a la luz de los diversos contratos que dichas empresas ofrecen, que el servicio se provee exclusivamente al cliente para su uso residencial, personal y privado, *siendo de su cargo el pago de los derechos de autor que se generen* por la exhibición transmisión y/o comunicación pública de la programación del servicio realizada por el cliente al público"[142] (énfasis añadido).

---

[140] Ríos Ruiz, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes / Temis, 2009, p. 395.

[141] Resolución 11/2010 dictada el 12 de enero de 2010

[142] Rol. C-18145-2016, caso "Mar Andino", sentencia dictada el 4 de noviembre de 2017.

También es relevante, para estos efectos, lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

> "51. Pues bien, cuando *un establecimiento hotelero comunica* un fonograma radiodifundido en las habitaciones de sus clientes, utiliza este fonograma de manera autónoma y lo transmite a *un público distinto y suplementario en relación al contemplado por el acto de comunicación original*. Además, como se ha señalado en el apartado 45 de la presente sentencia, por esta transmisión dicho establecimiento hotelero obtiene *beneficios económicos que son independientes de los obtenidos por el radiodifusor* o por el productor de los fonogramas.
> 52. Por consiguiente, en tal situación, el establecimiento hotelero está obligado, en virtud del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115, a abonar una remuneración equitativa por la comunicación de este fonograma, *además de la abonada por el radiodifusor*.
> 53. A este respecto, *no puede acogerse la alegación* de Irlanda de que, de las palabras "o" y "única" que contiene el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115 se deduce que el establecimiento hotelero no debe pagar ninguna remuneración por la comunicación al público de los fonogramas si un radiodifusor ya ha pagado una remuneración equitativa por el uso de los fonogramas en sus emisiones.
> 54. En efecto, al utilizar el término "único" en esta disposición, el legislador de la Unión ha querido hacer hincapié en que los Estados miembros no están obligados a establecer que el usuario pague varias remuneraciones distintas *por un mismo acto de comunicación al público*, sino que esta remuneración única será repartida, como se desprende claramente de la segunda frase de esta disposición, entre los distintos beneficiarios de la remuneración equitativa que son los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. En cuanto a la conjunción disyuntiva "o", que figura en la expresión "para la difusión inalámbrica o para cualquier tipo de comunicación al público", debe ser interpretada en el sentido de que se adeuda una remuneración *tanto en el caso de radiodifusión* como en el de comunicación al público.
> 55. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la segunda cuestión que el establecimiento hotelero que proporciona en las habitaciones de sus clientes aparatos de televisión o de radio a los que distribuye una señal radiodifundida *está obligado a abonar una remuneración equitativa*, en virtud del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115, por la difusión de un fonograma radiodifundido, *además de la abonada por el radiodifusor*"[143] (énfasis añadido).

[143] Caso C162/10, sentencia del 15 de marzo de 2012.

En fin, aunque no es una sentencia, resulta muy esclarecedora la opinión jurídica del Instituto Nacional del Derecho de Autor mexicano, como un corolorario al punto de que el pago a la empresa de televisión restringida no exime el cumplimiento de los derechos de autor parte de los hoteles:

> "De una interpretación armónica del Capítulo Único del Título I y Título VI de la LFDA se desprende que los organismos de radiodifusión gozan de protección respecto de sus emisiones y podrán en todo momento autorizar o prohibir, entre otras, la retransmisión de sus señales, sin perjuicio de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 144 de la Ley en cita, *lo cual no está supeditado al derecho de autor, toda vez que son independientes entre sí*, ya que cada uno tiene un objeto de protección distinto, por lo que a pesar de que comúnmente pueden coincidir de manera conjunta, *ambos deben ser respetados* en términos de la LFDA y su Reglamento, por lo tanto *cada uno de estos titulares de derechos, por separado podrá autorizar el uso de sus obras, emisiones o derechos conexos* de que se trate.

En refuerzo de lo anterior, los artículos 28 y 115 de la LFDA, y 9° de su Reglamento respectivamente disponen:

> (...)
> De lo anterior se puede desprender que *si algún usuario obtiene una licencia de un organismo de radiodifusión para el uso de sus señales o emisiones*, el usuario *no cuenta con las licencias de derechos de autor respecto de las obras contenidas* en las señales, a no ser que obtenga la *correspondiente licencia del titular de los derechos de autor*"[144] (énfasis añadido).

De todo lo anteriormente expuesto, se puede apreciar que el hotel realiza un nuevo acto de comunicación pública que requiere su licencia propia de derechos de autor, sin que ese acto esté amparado por la licencia previa de derechos que cubre sólo el primer acto de comunicación pública, y sin que tampoco esté amparado por la licencia de derechos conexos pagada a la empresa de televisión restringida.

5.- La supuesta falta de finalidad lucrativa.

También suele esgrimirse como argumento para no cubrir los derechos de autor por el uso de obras en los hoteles, que estos no obtienen lucro alguno por esa actividad, dado que no cobran por acceder a las obras, sino sólo cobran por el servicio de hospedaje y, en su caso, por alimentos y bebidas.

[144] Entre otros, el oficio DJO/061/2018.

Este tipo de argumentos, a pesar de ser sumamente endebles, pueden llegar a tener eco en los legos en derechos de autor, pues un mejor conocimiento de estos nos permite saber que: *(a)* los derechos de autor protegen frente a todo uso, incluyendo los usos no lucrativos, de manera que se pueden violar derechos de autor si se usa una obra en forma no autorizada, aunque no exista una finalidad lucrativa; y *(b)* de cualquier forma, la actividad de los hoteles actualiza la figura conocida en la materia como "lucro indirecto". Veamos esto con mayor detenimiento.

5.1.- Los derechos de autor protegen, incluso, frente a usos no lucrativos.

Como ya explicamos en el Capítulo I, el derecho de autor comprende dos grandes conjuntos de prerrogativas: los llamados derechos "morales" y los "patrimoniales". Los primeros se refieren a posiciones jurídicas íntimamente relacionadas con la creación intelectual y la representación que esta constituye de la personalidad de quien la realiza. Por su parte, los *derechos patrimoniales* forman un haz de prerrogativas que comprende posiciones económicas y de control de la obra.

En efecto, el derecho patrimonial en estricto sentido (derecho de explotación) es el derecho que se concede para controlar, como regla general, *todos los actos de utilización pública de una obra* (con o sin fines de lucro). Es decir, son algo parecido a derechos de propiedad, pues facultan a sus titulares para usar, gozar y disponer de una obra literaria o artística, como se desprende, incluso, del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[145].

Así, la doctrina especializada en materia autoral explica:

> "En la concepción jurídica latina los derechos patrimoniales del autor no están sujetos a *numerus clausus*: son tantos como *formas de utilización de la obra sean posibles*, no sólo al momento de su creación sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado"[146].

De manera que los derechos de explotación sirven para controlar, como regla general, cualquier forma de utilización de la obra, siendo irrelevante la finalidad lucrativa de tal utilización.

---

[145] En el caso *Palamara Iribarne v. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó lo siguiente: "En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana".

[146] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

Algunas personas tienen la falsa creencia de que si no hay lucro de por medio en la utilización de una obra, no hay violación a los derechos de autor. Sin embargo, esto no es cierto, ya que los derechos patrimoniales abarcan cualquier utilización pública de la obra por terceros, exista o no beneficio económico de por medio.

Bien refiere, al respecto, la profesora Jessica Litman: "The public appears to believe that copyright law incorporates a distinction between commercial and noncommercial behavior (...) that has never, ever been the rule"[147].

En realidad, el control de los titulares de los derechos patrimoniales es bastante amplio, y se encuentra presente respecto de cualquier utilización pública o colectiva de la obra. *Más que un mero derecho para lucrar con la obra, estamos frente a un derecho a disponer de la obra, a controlarla.*

Por tal motivo, afirma con razón Antonio Delgado Porras que:

> "Por el derecho de explotación se le reconoce al autor el *monopolio o exclusiva de utilización* de su obra en la producción de cualesquiera bienes o servicios. *Es inoperante la finalidad lucrativa o gratuita que se persiga* con dicha producción"[148] (énfasis añadido).

En la doctrina mexicana Marco Antonio Morales Montes nos explica:

> "La protección exclusiva otorgada por la LFDA consiste no sólo en el derecho de percibir retribuciones de cualquiera que use o explote su obra, sino en la facultad de *decidir por quién, cuándo, cómo y en qué condiciones se llevará a cabo esa utilización*"[149] (énfasis añadido).

Como bien dice el abogado mexicano, Luis Schmidt, uno de los errores más comunes es utilizar como expresiones sinónimas "patrimonial" y "comercial", cuando en realidad los derechos patrimoniales pueden ser violados aunque la obra se haya usado sin finalidad lucrativa[150]. De hecho, Ribera nos proporciona un ejemplo de aplicación de derechos de autor sin fines lucrativos:

---

[147] Litman, Jessica, *Digital copyright*, Nueva York, Prometheus Books, 2001, p. 180.

[148] Delgado Porras, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988, p. 30.

[149] Morales Montes, Marco Antonio, "El derecho de autor en el entorno digital (primera de dos partes)", *Revista nexicana del derecho de autor*, Instituto Nacional del Derecho de Autor, nueva época, año IV, núm. 11, enero-marzo 2004, México, p. 10.

[150] Schmidt, Luis, "Copyright enforcement puzzles", *Copyright world*, núm. 180, mayo de 2008, p. 34.

> "cuando un autor de una obra de arte permite a unos estudiantes de Bellas Artes que hagan una reproducción de su cuadro. Pero el aspecto patrimonial del derecho de reproducción no consiste simplemente en obtener una remuneración por parte del que reproduce la obra, sino que además el autor o titular del derecho tiene la facultad de *decidir quién, cómo y en qué condiciones* se va a llevar a cabo esa reproducción"[151] (énfasis añadido).

Por su parte, Beatriz Bugallo nos ilustra:

> "La explotación de una obra no significa necesariamente obtención de ganancia, ánimo de lucro u obtención de resultado lucrativo concreto. Cualquier género de *aprovechamiento* de las utilidades de una obra implica explotación en *sentido legal* y, por lo tanto, requerirá autorización del autor quien podrá exigir una prestación económica a cambio"[152] (énfasis añadido).

Mientras que el prestigiado autoralista venezolano, Ricardo Antequera Parilli, indica:

> "La *ausencia de lucro* por parte del agente que incurre, por ejemplo, en una reproducción, distribución o comunicación pública no autorizada de una obra u otra prestación intelectual protegida, *en modo alguno legitima su conducta*"[153] (énfasis añadido).

En igual sentido encontramos a la ya citada Ribera Blanes:

> "es indiferente, con carácter general, *cual sea la finalidad* o el destino de la reproducción ilícita. (...) Incluso, la prueba de la *ausencia de ánimo de lucro* por parte del que realiza la reproducción -por ejemplo, para fines benéficos o humanitarios- *no afecta en absoluto el carácter ilícito de la actividad*"[154] (énfasis añadido).

Ya en sede del derecho de comunicación pública, tenemos las palabras de Sara Martín Salamanca:

> "Y, por otro lado, aunque así no fuese, hay que tener en cuenta que la sujeción de una utilización al derecho de propiedad intelectual, en general, y no sólo como derecho exclusivo, en tanto principio, atiende a que se trate de un acto de explotación, pero éste *no requiere necesariamente que la utilización se produzca contra precio o con un ánimo de lucro o beneficio* de cualquier género"[155] (énfasis añadido).

---

[151] Ribera Blanes, Begoña, *El Derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002,p. 199.
[152] Bugallo Montaño, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 691.
[153] Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 167.
[154] Ribera Blanes, Begoña, *op. cit.*, p. 219.
[155] Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor… cit.*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2004, p. 194.

Quizás la confusión en que algunos incurren, se deba a que el ánimo de lucro suele ser un elemento que a veces requieren algunas normas de carácter sancionador. Sobre esto indican Cabanellas y Palazzi: "Las normas penales tienden a aplicarse sólo si existe fin de lucro, pero este requisito no se utiliza generalmente a fin de determinar la responsabilidad civil"[156].

Y esto es precisamente lo que acontece en México, donde sólo se exige el fin de lucro para configurar ciertas (no todas) infracciones administrativas[157] y para algunos delitos[158], pero no para determinar la responsabilidad civil o algunas otras infracciones administrativas. Es decir, el fin de lucro es necesario para configurar ciertos hechos ilícitos administrativos y penales, pero *no aplica para determinar la existencia de un hecho ilícito civil* (ni cierta clase de responsabilidad administrativa).

Como se observa, es pacífico y prácticamente unánime en la doctrina, que la violación a tales derechos se puede configurar, incluso, si no hay fines de lucro de por medio.

De hecho, en la definición de "comunicación pública" elaborada por la OMPI, nunca se recurre al criterio del lucro para caracterizar este tipo de actos:

> "Comunicación pública de una obra.- Se entiende generalmente que esta expresión abarca todo tipo de transmisión al público de una obra de un autor"[159] (énfasis añadido).

Véase como esa definición es amplia y habla de "todo tipo de transmisiones" de la obra, en general y sin limitación alguna, por lo que se incluyen tanto las lucrativas como las no lucrativas.

En este tenor, los tratados internacionales que regulan los derechos de autor (en general, y el derecho de comunicación pública en particular), *en ningún momento exigen el requisito de finalidad lucrativa* para que haya o no un acto de comunicación pública, de manera que *pueden existir comunicaciones públicas con fines de lucro y comunicaciones públicas sin fines de lucro*, todas sujetas al poder de los derechos de autor.

---

[156] Cabanellas, Guillermo, y Palazzi, Pablo, "Derecho de Internet en Argentina" en Montes de Oca, Ángel (coord.), *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Heliasta, 2004, p. 49.

[157] Concretamente, las llamadas "infracciones en materia de comercio", previstas en el artículo 213 de la LFDA.

[158] Por ejemplo, el artículo 424 Bis del Código Penal Federal mexicano.

[159] VV.AA., *Glosario sobre derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 1980, p. 202.

De hecho, basta leer los artículos 11 Bis del Convenio de Berna y 8° del TODA (principal sustento internacional aplicable a la comunicación pública de obras en habitaciones de hotel), para constatar que ninguna de esas disposiciones normativas exige o menciona la mentada finalidad lucrativa.

Precisamente, a propósito del artículo 11 Bis del Convenio de Berna, Delgado Porras nos explica que tal norma no exige el fin de lucro:

> "La falta de ánimo de lucro en la retransmisión tampoco aparece en los aludidos textos y, por otra parte, *la presencia de ese ánimo no es una nota esencial en la definición del carácter público de una explotación* (aunque algunos legisladores de apoyen en la existencia de un fin lucrativo para negar a ciertos actos la naturaleza de privados) *ni un elemento necesario para someterla al derecho exclusivo del autor*. Donde el fin lucrativo se muestra más útil es a efectos de constatar la autonomía de cualquier explotación secundaria de una emisión respecto de esta radiodifusión primaria"[160] (énfasis añadido).

Y cuando el legislador no distingue, nosotros no debemos distinguir, por lo que si en las leyes y en los tratados internacionales la comunicación pública abarca *todo* acto de este tipo, *no es válido distinguir entre comunicaciones públicas lucrativas y no lucrativas* a efectos de limitar la protección autoral.

5.2.- Los hoteles sí incurren en fines lucrativos (lucro indirecto).

Si bien lo señalado en el apartado previo sería más que suficiente para no tomar en cuenta el argumento de que los hoteles no usan obras con fines lucrativos[161], resulta interesante constatar que la doctrina y la jurisprudencia comparada coinciden en señalar que sí existe una finalidad lucrativa en la actividad de los hoteles.

A mayor abundamiento, los empresarios hoteleros actúan con una finalidad de "lucro indirecto", por lo que es importante comenzar con una distinción de esta figura frente al lucro directo.

El *lucro directo* se caracteriza porque resulta del uso o explotación inmediata y directa de una obra. Así por ejemplo, habrá lucro directo cuando la actividad consista en vender libros, o proyectar películas en salas cinematográficas, pues en

[160] Delgado Porras, Antonio, "Difusión de emisiones de radio-TV en las habitaciones..." *cit.*, p. 140.

[161] Pues aunque no existiera la finalidad lucrativa, existiría un acto de comunicación pública, sujeto a los derechos de autor.

tales casos, el objeto mismo de la actividad es usar o explotar una obra, es decir, el cobro es por concepto de *comercializar la obra en sí misma*. Un exhibidor de cine lucra directamente con la obra audiovisual, pues el núcleo de su actividad es cobrarle al público por la proyección de una obra. Una librería lucra directamente con la venta de ejemplares obras literarias, ya que esa es la esencia de su actividad: vender obras.

En cambio, habrá *lucro indirecto* cuando una persona no tiene como actividad central o fundamental la explotación o uso de una obra, pero que, sin embargo, esa explotación o uso le representa una ventaja o es un atractivo adicional para su negocio, normalmente integrado por un conjunto de servicios que incluyen, entre otras cosas, el acceso a las obras. Sobre el particular, es muy clara la doctrina al definir el lucro indirecto: "Es aquel que se obtiene por el uso de obras autorales, derechos conexos, reservas de autor (sic) o imágenes de personas, cuando no reportan un beneficio económico directo o inmediato, pero conceden una *ventaja* o *atractivo adicional* al usuario"[162] (énfasis añadido).

El ejemplo clásico de lucro indirecto es el de los bares o restaurantes, pues la actividad primordial de este tipo de establecimientos mercantiles es la *venta de alimentos y bebidas*, y por lo general, lo único que se le cobra al cliente es el número y tipo de alimentos y bebidas que consumió. Sin embargo, ambientar un bar o restaurante con música, le brinda un atractivo adicional, pues normalmente los consumidores preferirán lugares con música que sin ella. La música hace más agradable el establecimiento mercantil. Aquel empresario que ponga música en su negocio, genera un *atractivo adicional* respecto de los lugares que no cuentan con música, por lo que la creatividad de los autores (incluida como parte de un *conjunto de servicios* por los que cobra el empresario) le sirve de apoyo en su actividad comercial.

Véase cómo, aunque el dueño del restaurante o bar no venda música, sino bebidas y alimentos, la música le da una ventaja o atractivo adicional a su negocio. Lo mismo, puede decirse (y así lo ha dicho la jurisprudencia comparada, como veremos más adelante) respecto de los hoteles, *pues aunque su objeto principal sea la renta de habitaciones, les representa una ventaja o atractivo adicional que esas habitaciones tengan acceso obras para el beneficio de los huéspedes*, como se explica a continuación.

[162] Magaña Rufino, José Manuel, *Curso de derechos de autor en México*, México, Novum, 2013, p. 98.

Así, aunque la actividad preponderante sea el hospedaje, el poner en las habitaciones un sistema de entretenimiento les concede una *ventaja* o *atractivo adicional* a los servicios de hospedaje[163].

Esto es lógico, pues evidentemente *una habitación con televisión es más cara que una sin este servicio*; amén de que, normalmente y salvo casos excepcionales, el público suele decantarse por hoteles con televisión que por aquellos que no la tengan, lo que le da una *ventaja competitiva* al hotel, pues al tener televisión está en aptitud de atraer más clientela (lo que le beneficia económicamente).

Además, dependiendo de si el hotel tiene o no televisión, así como la cantidad de canales y contenidos que ofrezca a sus clientes, corresponderá la clasificación hotelera o *ranking* del hotel (no se puede aspirar a ser hotel de 5 o 4 estrellas, por ejemplo, si no se tiene televisión con acceso a un variado material audiovisual y musical).

En efecto, el entretenimiento audiovisual y musical influye en la clasificación que tiene un hotel, y por ende, en lo atractivo de su oferta de cara a los consumidores. En este sentido, se ha definido a la clasificación hotelera de la siguiente forma:

> "Los hoteles ofrecen un producto conformado por componentes tangibles e intangibles. Ingram (2006) menciona que los consumidores usan marcos de referencia subjetivos e inconsistentes para juzgar la calidad en el servicio, lo cual dificulta que el empleado de un hotel pueda satisfacer al consumidor. Por ello los consumidores consideran que los sistemas de clasificación son importantes para elegir un hotel.
> (...)
> La mayoría de los países que cuentan con una industria turística posee algún sistema de clasificación para los establecimientos de hospedaje. Una de las principales razones de esto es proveer información a los consumidores. Estos sistemas les permiten *hacer comparaciones entre los establecimientos* y *tomar decisiones con suficiente información sobre dónde alojarse*"[164] (énfasis añadido).

Por ende, de la clasificación que obtenga el hotel dependerá su mayor o menor atractivo para los consumidores, así como el mayor o menor costo de las habitaciones, *y por ende, un mayor o menor beneficio económico* para el empresario hotelero.

[163] Al respecto, el segundo párrafo del artículo 11 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, determina: "Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte de una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderante desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate".

[164] Morfín Herrera, María del Carmen, *Clasificación hotelera*, México, Trillas, 2017, pp. 37 y 39.

Así las cosas, resulta que uno de los aspectos más importantes *que buscan los consumidores* de las habitaciones de los hoteles es, precisamente, *televisiones con acceso a contenidos audiovisuales*. Por ejemplo, existen estudios que demuestran que el acceso al contenido audiovisual (incluso con mayor variedad) es de lo que más valoran los consumidores en un hotel:

> "El negocio fundamental de un establecimiento hotelero es el alquiler de habitaciones, y para que el negocio crezca es necesario que los clientes se sientan bien atendidos, estén cómodos y a gusto en las instalaciones y, por supuesto, que vuelvan otra vez
> (...)
> *Los servicios más valorados son*:
> (...)
> 4.- *Ver la televisión en pantalla plana*
> Con las últimas tecnologías, los televisores de pantalla plana son mucho más asequibles y ocupan mucho menos espacio en una habitación. La *variedad de programas* permite estar informado cuando se viaja o simplemente *sirve como entretenimiento* cuando el tiempo no acompañe y no es posible salir"[165] (énfasis añadido).

Así, el tener televisión en las habitaciones del hotel (sumado a una mayor oferta de contenido audiovisual) *influye en la clasificación, y por ende, en los ingresos de cada hotel*[166].

Lo anterior lleva a preguntarnos: ¿qué pasa si un hotel no tiene televisiones y acceso a entretenimiento audiovisual en sus habitaciones? La respuesta es sencilla: *no será tan atractivo para el consumidor*, y dada la clasificación que se le otorgará, no *podrá cobrar lo mismo* que un hotel que sí tenga entretenimiento audiovisual en sus habitaciones. De ahí que sea *clara la ventaja o atractivo* que presenta el entretenimiento audiovisual y musical como parte del conjunto de servicios con que cuenta una habitación, lo que se traduce en un lucro indirecto.

Sobre este alcance del concepto de *lucro indirecto*, nos ilustra la doctrina:

> "Ello sucede cuando la explotación por sí misma no genera el negocio directo o un beneficio directo tangible, sin embargo *la falta de dicho elemento podría perjudicar haciendo que sus ingresos disminuyeran*.
> Ejemplo:
> Un dueño de un restaurante, si bien su negocio principal no es el de la música,

[165] "Lo que más se valora en una habitación de hotel", *La Vanguardia*, https://www.lavanguardia.com/ocio/viajes/20160613/402482217014/requisitos-mas-valorados-habitacion-hotel.html.
[166] Morfín Herrera, María del Carmen, *op. cit.*, pp. 76, 107, y 118.

sin embargo es claro que un comensal prefiere que su estancia en ese lugar será más placentera con música, que sin ella, por lo que *constituye un lucro indirecto*"[167] (énfasis añadido).

En el mismo sentido, explica Jesús Parets:

"Una de las formas más usuales de violar el derecho de comunicación pública se da a través de la música grabada o en vivo que se ejecuta públicamente en restaurantes y otras negociaciones comerciales, que si bien es cierto no tienen como propósito principal prestar el servicio de música, también lo es que *de manera indirecta* obtienen un beneficio económico adicional a la actividad preponderante, debiendo pagar las regalías correspondientes"[168] (énfasis añadido).

De hecho, la doctrina estima que el concepto "lucro indirecto" encaja perfectamente en la actividad hotelera:

"La *utilización de las obras en las habitaciones de los hoteles*, por medio de aparatos receptores de radio y televisión, cable o señal abierta, también *se considera, por parte del establecimiento, una comunicación pública* que requiere autorización de los autores y pago de la retribución establecida. Es evidente, que el precio de poner al alcance del público potencial el disfrute de obras por medio de dichos aparatos está incluido dentro del precio de la habitación, *siendo un caso de lucro indirecto* y una *fuente de atractivo para los clientes*, aunque no se utilicen los mismos. Al igual que se considera comunicación pública el poner una obra a disposición de un público potencial en la web. Inclusive la categorización del hotel depende si cuenta o no con esos elementos. Las habitaciones de hoteles son lugares de acceso público y, aunque no lo fueran, al igual que en el ámbito doméstico se deja de considerar como tal cuando se obtiene un interés económico directo o indirecto"[169] (énfasis añadido).

En igual sentido encontramos a Tirado Estrella, con referencia expresa a las obras audiovisuales:

"También se polemizó sobre el carácter de ilícito penal de las conductas de los explotadores de bares, pubs, *y hoteles* que brindaban a sus clientes, como *servicio añadido*, aparentemente sin coste y con el propósito de incrementar su clientela, videos musicales, *películas*, o simplemente música. Sin embargo, tampoco faltaron resoluciones

[167] Rodríguez Cortés, Aldo Ricardo, *Bienes intangibles, licencias y regalías*, México, Lawgic, 2014, p. 68.
[168] Parets Gómez, Jesús, *Teoría y práctica del derecho de autor*, México, Sista, 2012, p. 118.
[169] Ugarteche Villacorta, Rubén, "Las instituciones del derecho de autor y los derechos conexos en el Decreto Legislativo 822", *Anuario andino de derechos intelectuales*, núm. 4, Perú, 2008, p. 138.

> judiciales que, lejos de opciones restrictivas, venían aplicando el *concepto tradicional de ánimo de lucro conforme a la doctrina clásica* del TS y admitían como típico *el denominado 'lucro indirecto'* (por todas, la SAP Vizcaya núm. 530/11, de 27 de septiembre de 2011 [...]) e incluso han venido apreciando en aquellas dinámicas comisivas y en otras acontecidas *en el ámbito de la actividad de hoteles* y locales de ocio y esparcimiento la concurrencia de un *ánimo de lucro indirecto típico*"[170] (énfasis añadido).

De ahí, que podamos concluir que la comunicación pública de obras en las habitaciones de hotel, se traduce en un lucro indirecto, según el Derecho Autoral.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, explica esta situación en relación con las transmisiones televisivas que hacen los hoteles:

> "44. Por otro lado, como se deriva de los datos que constan en los autos transmitidos al Tribunal de Justicia, debe considerarse que *la intervención del establecimiento hotelero* para dar acceso a sus clientes a la obra radiodifundida es una *prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio*. No puede negarse que la inclusión de este servicio *influye en la categoría del hotel* y, por tanto, en el *precio de las habitaciones*. En consecuencia, se estime o no que, como alega la Comisión de las Comunidades Europeas, la existencia de un fin lucrativo no es una condición necesaria para que se dé una comunicación al público, ha quedado acreditado en cualquier caso que en circunstancias como las que son objeto del asunto principal *la comunicación se orienta por un fin lucrativo*"[171] (énfasis añadido).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia coincide en el fin de lucro de los hoteles al determinar:

> "Para la Corte es evidente que la ejecución de una obra artística dentro de una habitación de hotel u hospedaje no es pública o privada según la calificación que se haya hecho del lugar en cuanto tal, sino del sujeto que la lleve a cabo y del ánimo -lucrativo o de particular y privado esparcimiento- que la presida.
>
> En efecto, no es lo mismo si el huésped, en la intimidad de su habitación, decide escuchar una obra musical mediante la utilización de elementos electrónicos que lleva consigo (...), que *si el establecimiento hotelero difunde piezas musicales* a través del sistema interno de sonido, *con destino a todas las habitaciones*, o a las áreas comunes del hotel, circunstancia que corresponde sin duda a una ejecución pública con

[170] Tirado Estada, Jesús José, "Los delitos contra la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal de 2015" en Fayos Gardó, Antonio (coord.), *La propiedad intelectual en la era digital*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 366.

[171] Asunto C-306/05, sentencia de 7 de diciembre de 2006.

> ánimo de lucro, de la cual se deriva que el hotel asume en su integridad las obligaciones inherentes a los derechos de autor, de conformidad con la Ley 23 de 1982 y según las normas internacionales.
> (...)
> La norma objeto de proceso, interpretada y aplicada bajo este segundo alcance, es, sin duda, inconstitucional. En efecto, vulnera abiertamente el derecho de los autores de obras artísticas, protegido por la Carta en el artículo 61, pues autoriza que una ejecución claramente pública y llevada a cabo *con fines típicamente identificables con el ánimo de lucro*, como la que tiene lugar en hoteles y establecimientos de hospedaje, se excluya de las reglas estatuidas, a nivel nacional e internacional, sobre derechos de autor, en lo relativo a su consentimiento para la ejecución y en lo pertinente al aspecto pecuniario de la misma"[172] (énfasis añadido).

El Alto Tribunal de Minas Gerais, Brasil, expone también con claridad:

> "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"[173] (énfasis añadido).

En el mismo sentido, es muy contundente lo señalado por el Tribunal Supremo español:

> "en nada altera el carácter de servicio prestado a sus clientes por los *establecimientos hoteleros* al instalar en sus habitaciones aparatos televisores, servicio que *lógicamente repercute en el precio de las estancias* en esas habitaciones, siendo el *beneficio que reporta a la empresa hotelera* la prestación de ese servicio individualizado el que justifica la exigencia de los derechos que ahora se reclaman"[174] (énfasis añadido).

Mientras que la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina indicó lo siguiente:

> "El hotelero que propala música dentro del establecimiento lo realiza como un *elemento comercial inherente a su negocio*, con el ya mencionado *objetivo de obtener ganancias o alguna otra ventaja* derivada de su utilización, la que puede consistir, por ejemplo, en una mejor imagen del lugar o en hacerlo más atractivo para generar una nueva clientela.

---

[172] Sentencia C-282/97 de 5 de junio de 1997.
[173] Caso *ECAD vs. Hotel Das, Ltda.*, traducción de Ricardo Antequera Parilli.
[174] Sentencia de 31 de enero de 2003, dictada en el expediente 2003/618.

> No puede, pues, desconocerse el beneficio directo o indirecto que aquél recibe por tal actividad, derivado de los *mayores réditos* que le significa contar con este servicio adicional. la existencia de televisores en los cuartos de hotel o el servicio de música a través de otros medios, *aumenta su categorización* y esto permite que se requiera un *mayor precio por su alquiler*"[175] (énfasis añadido).

Asimismo, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal INDECOPI, de Perú, explicó:

> "Asimismo, el conductor del local *obtiene un beneficio económico* permitiendo el acceso a los huéspedes de obras protegidas, por lo que deberá contar con la respectiva autorización previa y por escrita a fin de efectuar actos de *comunicación pública en las habitaciones de un hospedaje u hotel*. En efecto, las tarifas de los hospedajes u hoteles *serán mayores en tanto este brinde servicios accesorios o adicionales*, tales como televisores u otros medios mecánicos que permitan la comunicación de obras a sus clientes"[176] (énfasis añadido).

El Juzgado de Distrito de Nueva York ha determinado que:

> "La *radiodifusión intramuros realizada por el hotel* no sólo es una comunicación pública, sino también una *comunicación para lucrar*, lo cual es obvio porque *es uno de los servicios* otorgados a los huéspedes del Hotel Pennsylvania por la renta de sus habitaciones. Cf. Herbert v. Shanley Company, 242 U.S. 591, 594, 595, 37 S.Ct. 232, 61 L.Ed. 511.
>
> En consecuencia, resuelvo que la reproducción realizada por la administración del hotel consistente en la recepción de los impulsos eléctricos de la radiodifusión, y su *distribución a las habitaciones*, para que todo aquel que así lo desee, mediante el encendido de una perilla, pueda escuchar la transmisión, *es una comunicación pública lucrativa* de la programación radiodifundida, y somete al hotel al riesgo por lo que hace a las composiciones musicales protegidas por derechos"[177] (énfasis añadido).

También resulta relevante lo resuelto en Chile por el 1° Juzgado Civil de Rancagua, Chile:

> "Que, precisado lo anterior y abordando la alegación planteada por la demandada en su segunda defensa, por mas cierto que sea el hecho de que el huésped o pasajero del hotel puede eventualmente no hacer uso del aparato de televisión en su respectiva habitación, pues tiene plena libertad para hacerlo o no, cabe presumir

[175] Caso *AADI CAPIF vs. Catalinas Suites, S.A.*, sentencia de 15 de septiembre de 2005.
[176] Resolución 11/2010 dictada el 12 de enero de 2010.
[177] *Society of European Stage Authors and Composers, Inc., v. New York Hotel Statler Co., Inc*, United States District Court, S.D. New York, 19 F. Supp. 1 (S.D.N.Y. 1937). La traducción es nuestra.

> que *si la sociedad hotelera ha incurrido en dicha inversión* es para poner a disposición de los mismos el libre acceso a contenidos audiovisuales, con prescindencia de si lo hacen o no, desde que *así mejora las prestaciones o servicios ofrecidos durante su estadía y con ello, la calificación del establecimiento* en los términos que regulan el DS 224/1987 Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y la norma chilena Nch 2912-2012 del Instituto Nacional de Normalización, como por lo demás ha reconocido la propia demandada al absolver posiciones a través de su representante legal, *obteniendo un beneficio o provecho económico por la mayor tarifa que puede cobrar y/o por la mejora que para la marca o nombre del establecimiento supone* el que se le reconozca como un hotel de cuatro estrellas"[178] (énfasis añadido).
>
> Mientras que el Tribunal Supremo de Dehli, India, determinó:
>
> "El demandado es un hotel. En estas circunstancias, el actor ha establecido a su favor un caso sólido de infracción prima facie. La ponderación de la conveniencia también opera a su favor, pues rechazar el mantenimiento de las medidas cautelares significaría que el demandado quedaría libre de violar los derechos de autor, y *lucrar con ello*"[179] (énfasis añadido).

Por ende, como se desprende de las sentencias invocadas, es indudable que la comunicación pública de obras en las habitaciones de los hoteles, se traduce en un *lucro indirecto*, pues concede una *ventaja o atractivo adicional* al servicio prestado por el hotel, aunque no sea esa su actividad principal, pero que evidentemente *repercute en el precio y ganancias del hotel*.

Sobre este aspecto es clara la doctrina autoralista:

> "*Hay aprovechamiento económico en el empresario hotelero* que instala los aparatos reproductores de obras protegidas"[180] (énfasis añadido).

Mientras que Ricardo Antequera refiere lo siguiente en relación con la puesta a disposición de obras en las habitaciones de los hoteles:

> "Pero independientemente de que, como lo ha reiterado la jurisprudencia en muchas ocasiones, la ausencia de un fin lucrativo es irrelevante como excepción al derecho de comunicación pública, (...) *la obtención de ganancias (directas o indirectas) siempre está presente en este tipo de utilizaciones*"[181] (énfasis añadido).

---

[178] Rol. C-18145-2016, caso "Mar Andino", sentencia dictada el 4 de noviembre de 2017.

[179] *Supercassette Industries vs Nirulas Corner House (P) Ltd.*, sentencia de 17 de marzo de 2008. La traducción es nuestra.

[180] Bugallo Montaño, Beatriz, *op. cit.*, p. 701.

[181] Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, p. 111.

Por su parte, Rodrigo Bercovitz nos ilustra con lo siguiente:

> "Los derechos de explotación atribuyen a los titulares de propiedad intelectual la exclusiva sobre cualquier forma de explotación del objeto de su propiedad. Lo que quiere decir que no se agotan mientras que dicho objeto sea susceptible de nuevas explotaciones, *tanto si se realizan a título oneroso como si se realizan a título gratuito*.
> La instalación de *televisores en las habitaciones de hotel* se corresponde con una explotación, que, como tal, *tiene significado económico propio*. Además, en este caso la explotación es una explotación empresarial. Aunque los clientes del hotel no paguen cantidad específica alguna por disponer del televisor en la habitación (*lo utilicen o no*), se trata de *un servicio más cuyo precio*, junto con el de los demás servicios, *se integra globalmente en el de la estancia del hotel*"[182] (énfasis añadido).

Postura con la que coincide la doctrina mexicana:

> "en el caso de un restaurante u *hotel*, la transmisión *obtenida por un televisor* o aparato de radio instalado en el mismo genera un nuevo acto de comunicación pública simultáneo al de la emisión o retransmisión que demanda una autorización así como el pago de regalías; además, por tal situación *se obtiene un lucro indirecto* debido a la *ventaja adicional* al servicio obtenido por dicha transmisión"[183] (énfasis añadido).

Si en realidad no fueran importantes las televisiones con contenidos audiovisuales, *los hoteles simplemente no incurrirían en tanto gasto y no proveerían ese servicio en la habitación* (y no sería un parámetro a considerar para la clasificación hotelera). La razón de por qué, en la realidad, se presta este servicio de entretenimiento en los hoteles, es porque sí reporta un beneficio económico para los empresarios; se trata, simplemente, de una *inversión* que realizan para obtener rendimientos.

Es irrelevante que la explotación de obras audiovisuales no sea la principal actividad de un hotel, ni que tampoco sea el objeto principal que busca un huésped al rentar una habitación, pues *basta la mera comunicación pública no autorizada* (mediante puesta a disposición en las habitaciones) para que se violen derechos de autor, máxime cuando con dicha actividad *lucra indirectamente* el hotel (se beneficia económicamente al dar un servicio más completo y atractivo en el mercado).

---

[182] Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, "La comunicación pública en las habitaciones de hotel" en *Homenaje a A. Bercovitz. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*, Barcelona, Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, 2005, p. 190.

[183] Cárdeno Shaadi, José Ramón, *op. cit.*, p. 119.

De hecho, la jurisprudencia comparada explica el fenómeno de que el costo del servicio de televisión es complementario, pero se encuentra integrado como parte del precio total que cobra el hotel por la habitación.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile, explica lo siguiente:

> "Ahora bien, si vamos al entorno que nos ocupa, hotel, tenemos que el servicio ofrecido en esos establecimientos, está constituido por un *conjunto de productos que se empaquetan por un precio único*. Entre esos componentes están *además de los servicios de alojamiento*, las facilidades del establecimiento como garaje, acceso a minusválidos, servicio internet, etc.; *y, el equipamiento de las habitaciones*, como aire acondicionado, *radio, televisión*, teléfono, servicio de bar, etc."[184] (énfasis añadido).

También en Chile, la Corte de Apelaciones de La Serena ha reiterado esas consideraciones:

> "Que, en consecuencia, de acuerdo a lo establecido en nuestra legislación, sólo se puede concluir que la actividad del demandado, que en la explotación de su local comercial pone a disposición de sus clientes aparatos de televisión por los que se emiten obras musicales, *servicio cuyo cobro, obviamente, está incluido en el precio que aquéllos pagan por el hospedaje*, constituye un acto de comunicación pública que requiere la autorización de los titulares de derechos de tales obras"[185] *(énfasis añadido).*

Cuestión que también ha sido explicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

> "24. Es obligado declarar que, como ha señalado el Abogado General en los puntos 26 a 30 de sus conclusiones, al igual que el precio de un servicio de restauración, el precio de una habitación de hotel no es un derecho de entrada especialmente solicitado como contraprestación de una comunicación al público de una emisión televisada o radiofónica, sino que constituye principalmente la *contraprestación* de un servicio de alojamiento, al que se añaden, *según la categoría del hotel, ciertos servicios adicionales*, como la comunicación de emisiones televisadas y radiofónicas mediante aparatos de recepción disponibles en las habitaciones, normalmente *incluidos en el precio del alojamiento* de manera *indiferenciada*.
>
> 25. Por ello, si bien la distribución de una señal mediante aparatos de televisión y

[184] Sentencia de la Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 490-2017, dictada en el 21 de agosto de 2017, caso "Hotel Diego de Almagro".

[185] Rol n° 909-2007, caso "Cabañas la Herradura", sentencia de 11 de diciembre de 2007.

> de radio instalados en las habitaciones de un hotel es una prestación de servicios suplementaria que *influye* en la categoría del hotel y, por tanto, *en el precio de las habitaciones*, como declaró el Tribunal de Justicia *en sus sentencias de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C306/05*, EU:C:2006:764), apartado 44, y de 15 de marzo de 2012, Phonographic Performance (Ireland) (C162/10, EU:C:2012:141), apartado 44, en el marco del examen de la *existencia de un acto de comunicación al público* a efectos, respectivamente, del artículo 3, apartado 1, *de la Directiva 2001/29* y del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115"[186] (énfasis añadido).

De igual forma, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en una sentencia del legendario juez Oliver W. Holmes Jr., señaló:

> "Estos dos casos presentan la misma cuestión: si la comunicación de una composición musical protegida en un restaurante *o en un hotel* sin cargo de admisión para escucharla, viola o no el derecho exclusivo del titular del derecho de comunicar públicamente la obra para obtener ganancias. (...)
> (...)
> Si los derechos conferidos por el copyright se violaran sólo por una comunicación donde el dinero se cobrara en la puerta, *concederían una protección muy imperfecta*. Comunicaciones muy similares a aquellas que realizan los demandados, podrían competir e incluso destruir el éxito del monopolio que la ley pretende tengan los demandantes. Es suficiente con decir que *no hay necesidad de interpretar el texto legal en forma tan limitada*. Las *comunicaciones de los demandados no se hacen con fines caritativos*. Forman *parte de una totalidad por la que paga el público*, y el hecho de que el *precio del conjunto* se atribuya a un solo elemento que se espera sea solicitado por los presentes, no es importante. Resulta cierto que la música no es el único objeto, pero tampoco lo es la comida, la cual probablemente se pueda conseguir más barata en otro establecimiento. El propósito es una comida en un entorno para que las personas con limitadas habilidades de conversación o las que les disgustan los ruidos rivales, tengan el placer de no tener que comer en silencio. Si la música no se paga, se acabaría. Y si se paga, se hace con cargo a los bolsillos de los consumidores. Sea que se pague o no, *el propósito para usarla es buscar un lucro* y eso es más que suficiente"[187] (énfasis añadido).

Por lo que, aunque el fin de lucro no es necesario para que se configure una violación a derechos de autor, podemos constatar que en la doctrina y en la juris-

[186] Asunto C641/15, resuelto el 16 de febrero de 2017.
[187] *Herbert v. Shanley Company*, 1917242 U.S. 591 (1917), 37 S. Ct. 232. La traducción es nuestra.

prudencia comparada hay una tendencia muy marcada a entender que los hoteles ponen obras a disposición de sus huéspedes motivados por una clara finalidad lucrativa (reflejada en el costo integral de la habitación).

6.- El pago a otro titular de derechos exime de cumplir con el resto de derechos.

Hay quienes piensan que si un hotel ya pagó a un titular de derechos de propiedad intelectual, está exento de obtener licencias y/o pagar al resto de titulares de derechos.

Empero, esto no es así. Sucede algo muy parecido a lo ya explicado respecto de los organismos de radiodifusión: aunque se les haya pagado a estos sus señales, tal pago no incluye las licencias y regalías que deben satisfacerse al resto de titulares de derechos conexos, así como a los titulares de derechos de autor.

Los establecimientos hoteleros, deben obtener una serie de licencias en materia de derechos de autor, y realizar una serie de pagos de derechos conexos, lo que implica un haz de obligaciones en materia de propiedad intelectual, todas ellas independientes entre sí[188].

El hecho de pagar alguno o algunos de los derechos conexos no exime de pagar los derechos de autor, y viceversa, en tanto que se trata de derechos independientes, y obligaciones diferentes (obviamente, con acreedores diferentes). Por ende, siguiendo la más elemental Teoría de las Obligaciones, el cumplir una obligación concreta con un acreedor específico, no extingue una diversa obligación con un acreedor diferente.

Al respecto, nos refiere la doctrina autoralista:

> "El no entendimiento por los usuarios de las obras de la independencia de los derechos de autor respecto a, p. ej., los de los productores de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, les lleva a alegar con frecuencia, cuando se ven deman-

[188] Por ejemplo, en el caso de México, tratándose de los derechos de autor, los hoteles deben celebrar una licencia con los productores audiovisuales por las obras audiovisuales (artículos 27, 30 y 97 de la ley autoral) y otra con los autores musicales por las obras musicales (artículos 27 y 30), además de pagar regalías -derechos de simple remuneración- a directores, guionistas, compositores musicales, dibujantes y fotógrafos (artículos 26 Bis y 97); mientras que tratándose de derechos conexos, deben obtener una licencia de la empresa que les provea servicio de cable o televisión satelital (artículo 144, fracción III), así como pagarle regalías a artistas (117 Bis) y productores de fonogramas (artículos 131 Bis y 133). También se debe suscribir una licencia por el derecho conexo de los productores de videogramas (artículo 137), pero esta suele estar incluida en a licencia de derechos de autor de los productores audiovisuales (tratándose de películas y programas de televisión), y en el pago a los productores de fonogramas (tratándose de videoclips musicales).

> dados por las respectivas Entidades de Gestión, que de tener que abonar lo que se les reclama estrían pagando dos veces por lo mismo, generando una abundante jurisprudencia"[189]..

Esta independencia de los derechos de autor, no opera sólo respecto de los derechos conexos, sino entre los propios derechos de autor, pues estos no sólo pertenecen a titulares diversos, sino que también recaen sobre diferentes tipos de obras: las audiovisuales y las musicales, principalmente.

Por eso, el haber obtenido una licencia sobre las obras musicales, no exime de tener que obtener una licencia por las obras audiovisuales, pues ambas clases de creaciones cuentan con sus propios derechos y con sus respectivos titulares. Pagar a unos no faculta para dejar en el desamparo a los otros.

La simplificación y reducción de las licencias a suscribir y del número de pagos a realizar, se ha logrado principalmente mediante un sistema de gestión colectiva, en el que sólo unas cuantas sociedades (las de autores musicales, las de productores audiovisuales, las de artistas, las de productores de fonogramas, etc.) extienden las licencias y hacen los cobros[190].

De ahí que la normatividad aplicable exija cumplir con todos y cada uno de los derechos de propiedad intelectual involucrados, sin que el satisfacer uno faculte a los hoteles para ignorar o incumplir el resto. Todos deben respetarse; en tanto las normas jurídicas son obligatorias, no electivas.

7.- La ausencia de acceso efectivo de las obras por parte de los huéspedes.

Es común que los hoteles aleguen que los huéspedes no miran la televisión durante su estadía, pues dedicarían su tiempo al placer (ir a la playa, pasear, salir a comer, etc.) o a los negocios, y no a ver obras audiovisuales o escuchar música en las habitaciones. De manera que los clientes del establecimiento no estarían, realmente, accediendo a las obras, por lo que no habría comunicación pública de estas, pues los huéspedes no estarían disfrutándolas.

---

[189] Ventura Ventura, José Manuel, "Comentario al Artículo 3°" en Rodríguez Tapia, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 2009, p. 87

[190] En algunos países como Argentina, Brasil y México, los derechos de los productores audiovisuales no se han ejercido mediante sociedades de gestión colectiva, sino mediante empresas distribuidoras o subdistribuidoras, lo cual es perfectamente válido, pues la gestión colectiva es sólo una opción (no una obligación) que tienen los titulares para ejercer sus derechos.

Independientemente de su calificación jurídica, tal argumento suena contraintuitivo y contrario a la realidad. Si realmente las televisiones estuvieran de "adorno" o fueran sólo parte del mobiliario, ¿por qué entonces los hoteles invierten tanto en algo innecesario? ¿por qué el entretenimiento audiovisual es un parámetro para la clasificación del hotel y la asignación de estrellas? Además, la propia experiencia personal de cualquier huésped de un hotel demuestra que, en algún momento, se sintonizan contenidos en la televisión, ya sea para informarse o para entretenerse. Quien haya viajado con niños, sabrá la relevancia que tienen las televisiones en una habitación de hotel, y que tales aparatos no permanecen apagados.

Sin embargo, y lo 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.

Prueba de esto es que, como ya vimos en los capítulos precedentes del presente libro, el TODA señala lo siguiente:

> Artículo 8°
> Derecho de Comunicación al Público
>
> Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11*bis*.1)i) y ii), 11*ter*,1)ii), 14.1) ii) y 14*bis*.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).

Al respecto de tal artículo nos explica la doctrina: "De esta manera *se cubre la puesta a disposición aunque no se haya perfeccionado la comunicación por medio de la recep-*

ción"[191] (énfasis añadido). En el mismo sentido Erdozain refiere lo siguiente:

> "La *mera posibilidad* de acceso se corresponde con el carácter relativo (no basado en la cantidad concreta) de público. Así, aunque la obra o prestación no sea objeto de disfrute simultáneo por una pluralidad de personas considerada como público, si la obra o prestación son ofrecidas en condiciones tales que *permitan una posibilidad de disfrute* a un público cumulativo, el acto de comunicación será público"[192] (énfasis añadido).

Es común que los hoteles aleguen que la modalidad de puesta a disposición de la comunicación pública sólo se verifica cuando las obras se hacen accesibles a los huéspedes mediante plataformas de Internet, pero no así cuando se les proporciona mediante radiodifusión tradicional (servicios de televisión abierta o restringida).

Independientemente de que, como veremos a continuación, la jurisprudencia comparada es particularmente unánime al sostener la aplicabilidad de la modalidad de puesta a disposición en las sentencias en contra de hoteles, el artículo 8° del TODA es de aplicación general a cualquier tecnología de comunicación (no sólo a Internet), sin que de su texto se desprenda restricción alguna; antes al contrario, la disposición fue redactada con la mayor amplitud posible y bajo la noción de neutralidad tecnológica.

Incluso, la doctrina señala, con acierto, que la modalidad de puesta a disposición no es una verdadera novedad, sino una *aclaración* del alcance amplio del derecho de comunicación pública[193]. Es decir, este derecho siempre ha protegido a los autores y titulares derivados por el mero hecho de que el comunicador o emisor pusiera la obra al alcance general de un público, sin importar si se verificaba o no el acceso efectivo.

De hecho, desde su origen, el artículo 11 Bis del Convenio de Berna se ha entendido en el sentido de que hay comunicación pública por la mera puesta a disposición, *sin necesidad de que el público acceda efectivamente a la obra*. Por ejemplo, hay comunicación pública si un organismo de radiodifusión lanza su señal incluyendo una obra, independientemente de que nadie encienda la televisión o sintonice el canal con la obra comunicada.

---

[191] Garza Barbosa, Roberto, *Derecho de autor y derechos conexos. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa / Tecnológico de Monterrey, Porrúa, 2009, pp. 57 y 58.

[192] Erdozain López, José Carlos, *op. cit.*, p. 90.

[193] Caballero Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004,p. 16.

Precisamente al explicar el artículo 11 Bis del Convenio de Berna, la *guía oficial* de la OMPI para ese tratado, explica: "el factor determinante es la emisión, *independientemente de la captación y de la escucha o visión*"[194] (énfasis añadido).

Resultando claro, así, que la modalidad de puesta a disposición aplica para todas las comunicaciones públicas que realice un hotel, no sólo aquellas en donde las obras se obtengan a través de la Internet.

Por eso, precisamente a propósito de la comunicación pública de obras audiovisuales en habitaciones de hoteles, la doctrina explica con contundente claridad:

> "Lo relevante *no es el acceso efectivo sino la mera potencialidad de acceso*, en cuyo caso, existiría comunicación pública cuando *se pone a disposición* del público una televisión aunque la misma estuviera apagada, pues lo relevante es que tenga potencialidad de comunicar obras audiovisuales, *no que lo esté haciendo de manera efectiva en un momento concreto*"[195] (énfasis añadido).

Mientras que Vanisa Santiago apunta:

> "*No es necesaria la recepción* de la transmisión por el público a que se destina, sino que la comunicación de la obra, hecha de manera inmaterial por ondas o hilos, *esté disponible para ser captada*, permitiendo su disfrute por el público"[196] (énfasis añadido).

Uno de los muchos ejemplos que ilustran la aplicación de la modalidad de "puesta a disposición" en el ámbito de las habitaciones de hotel, está la multicitada sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sobre el particular afirma:

> "43. Además, se desprende de los artículos 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y 8 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor que para que haya comunicación al público *basta con que la obra se ponga a disposición del público*, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella. Por consiguiente, *no es decisivo a este respecto, en contra de lo afirmado por Rafael Hoteles e Irlanda, el hecho de que los clientes que no hayan encendido el televisor o no hayan tenido acceso efectivo a las obras*
> (...)
> 50. Se desprende *tanto del tenor como del espíritu* de los artículos 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y *8 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor*, que exigen la

[194] Masouyé, Claude, *Guía del Convenio de Berna*, Ginebra, OMPI, 1978, p. 79.
[195] Ayllón Santiago, Héctor S., *op. cit.*, p. 159.
[196] Santiago, Vanisa, *op. cit.*, p. 12.

> autorización del autor no para las retransmisiones en lugares públicos o abiertos al público, sino para los actos de comunicación por los que *se permite al público* acceder a la obra, que el carácter privado o público del lugar en el que se produce la comunicación no tiene relevancia alguna
> 51. Además, conforme a lo dispuesto en la Directiva 2001/29 y en el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, *el derecho de comunicación al público incluye la puesta a disposición del público* de las obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. El derecho de *poner la obra a disposición del público* y, por tanto, de comunicarla al público quedaría manifiestamente desprovisto de contenido si no abarcara también las comunicaciones efectuadas en lugares privados."[197] (énfasis añadido).

En el mismo sentido, se pronuncia la jurisdicción chilena, en uno de sus casos más emblemáticos:

> "Por mas que la estadía de los pasajeros en las habitaciones del hotel sea transitoria, la comunicación que se hace por la sociedad hotelera en su establecimiento de las obras audiovisuales proporcionadas por la empresa cableoperadora contratada, queda comprendida dentro del carácter de "pública" desde que se hace a una pluralidad de personas, sin que sea menester que estas se encuentren reunidas en un mismo lugar ni que las reciban en un mismo momento, *bastando que las obras se encuentren puestas a disposición* de los miembros del público y para que estos puedan acceder a las mismas en el momento que elija o decida.
> Al contratar los servicios de una empresa cableoperadora e instalar receptores de televisión en los espacios comunes y habitaciones del establecimiento, la sociedad hotelera demandada *pone a disposición del público* que concurre a alojarse en sus instalaciones, la totalidad de las obras audiovisuales contenidas en la grilla programática que ha contratado con el cableoperador, a las cuales dicho público puede acceder en el momento que elija. Por tanto, en dicha decisión de negocios que ha sido libremente asumida por la demandada, *existe comunicación pública* en los términos protegidos por la ley de propiedad intelectual, *con prescindencia de si los pasajeros acceden o no a los contenidos audiovisuales*, pues *basta que dichas obras se encuentren puestas a su disposición* y para su acceso"[198] (énfasis añadido).

También es destacable el siguiente pronunciamiento de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI en Perú

[197] Sentencia al asunto C-306/05, dictada el 7 de diciembre de 2006.
[198] Rol. C-18145-2016, caso "Mar Andino", sentencia dictada el 4 de noviembre de 2017.

> "Se entiende por comunicación pública todo acto mediante el cual se hace llegar a una pluralidad de personas reunidas o no en un mismo lugar, el contenido intelectual o artístico de la obra sin ningún tipo de apoyo material inmediato (distribución de ejemplares), contando para ello con la sola atención personal de espectador orientada a la imagen o al sonido que se le ofrece, lo que permite una percepción o aprehensión directa de la obra por medio del oído o la vista o de ambos, por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse.
> (...)
> A pesar de que la Ley se refiere al público como "una o más personas", para considerarse un acto de comunicación como público debe éste estar dirigido a *poner al alcance* de una pluralidad de personas la obra"[199] (énfasis añadido).

En fin, es destacable la sentencia de este otro caso sobre hoteles, resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid:

> "Por otro, el carácter privado del lugar donde se produce la comunicación no tiene relevancia alguna para considerar aplicable la excepción, pues *el derecho de comunicación al público incluye la puesta a disposición del mismo de las obras* de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija, de modo que quedaría manifiestamente desprovisto de contenido si no abarcara también las efectuadas en lugares privados"[200] (énfasis añadido).
> Si la mera puesta a disposición de obras se considera un acto de comunicación pública, y la normatividad internacional (junto con las leyes nacionales que la implementan) nos dice que, por virtud del derecho patrimonial de explotación, se puede autorizar o prohibir todo acto de comunicación pública, se desprende que se requiere permiso para, meramente, poner obras a disposición del público (con independencia de que los integrantes de este accedan o no a tales creaciones intelectuales).

Por ende, se viola el derecho de comunicación pública cuando alguien pone a disposición del público obras, sin contar con el debido permiso, sean dentro de una habitación de hotel o en cualquier otro contexto.

[199] Resolución 11/2010 dictada el 12 de enero de 2010.
[200] Dictada en el expediente 195/2012, el 15 de junio de 2012.

8.- Los hoteles no son organismos de radiodifusión, y por ende, no pueden realizar actos de retransmisión.

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, un número significativo de tribunales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Audiencia Provincial de Madrid, Corte de Casación de Francia, Tribunal Supremo español, etc.) y un sector muy relevante de la doctrina (por ejemplo, Lipszyc[201] y Delgado Porras[202]), califican expresamente como "retransmisiones" los actos de difusión de obras dentro de las habitaciones de hotel.

Sin embargo, algunos establecimientos hoteleros han señalado que no incurren en actos de retransmisión de obras, pues ellos no pueden realizar tales actividades, en tanto no son organismos de radiodifusión y/o carecen de la concesión o autorización estatal para ello.

Su argumento se basa en una invocación aislada del artículo 3.g de la Convención de Roma (o de normas similares en la legislación interna):

> Artículo 3°
>
> A los efectos de la presente Convención, se entenderá por:
>
> (...)
>
> (g) "retransmisión", la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.

Empero, ese argumento pasa por alto y confunde varias cuestiones. De entrada, la disposición recién transcrita forma parte del régimen jurídico de *derechos conexos* (concretamente de los pertenecientes a los organismos de radiodifusión), por lo que no puede utilizarse ese concepto, ni invocarse, para resolver una cuestión concerniente al régimen de *derechos de autor* (e incluso, así lo ordena el artículo 1° de la propia Convención de Roma).

Y es que el error central de este argumento, consiste pasar por alto que estamos frente a una definición de "retransmisión *de señales*", concretamente para delimitar el alcance de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión[203], en tanto que los tribunales y la doctrina están hablando de otra cosa: la "retransmisión de *obras*", a propósito del alcance de los derechos de autor.

---

[201] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

[202] Delgado Porras, Antonio, "Difusión de emisiones de radio-TV en las habitaciones..." *cit.*, p. 155.

[203] El artículo 13 de la Convención de Roma contempla el siguiente derecho: "Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir: (a) la retransmisión de sus emisiones".

Así, no es válido aplicar una definición de "retransmisión de señales" a un fenómeno jurídicamente diferente, como lo es la "retransmisión de obras"; máxime que la "retransmisión de señales" está definida de esa manera y hace alusión a otro organismo de radiodifusión, porque el propósito del derecho conexo correlativo es evitar que organismos de radiodifusión compitan deslealmente con otros organismos de radiodifusión aprovechándose de su señal[204]. En cambio, el derecho de los autores sobre la "retransmisión de obras" no está circunscrito sólo a los organismos de radiodifusión, sino que aplica a cualquier tercero que haga llegar una obra recibida mediante radiodifusión a un público, mediante cualquier técnica de comunicación a distancia (por ejemplo, en la década de los ochenta y noventa, fueron comunes las antenas parabólicas comunitarias o vecinales, donde alguien -a menudo, pero no siempre, la administración de un condominio- recibía obras vía satélite, para luego difundirlas por cable a diversos domicilios)[205].

Incluso, es comúnmente aceptado en el Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual que la Convención de Roma no puede ser usada para interpretar el Convenio de Berna (por ejemplo, su artículo 11 Bis, párrafos (ii) y (iii), que son precisamente los aplicables a los hoteles), no sólo porque es contrario a las reglas de interpretación de los tratados previstas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados[206] y en la costumbre internacional, sino porque, como bien explica Ficsor, los conceptos de la Convención de Roma tienen un significado y alcance diferente que los del Convenio de Berna[207]. De ahí que la definición de "retransmisión" existente en sede de derechos conexos, no pueda aplicarse a los derechos de autor.

En otro sentido, dejando a un lado la Convención de Roma, cabe señalar que el artículo 11 Bis del Convenio de Berna nunca utiliza la expresión "retransmisión", sino que esta es una denominación que se ha usado en la práctica para referirse al derecho subjetivo contemplado en el párrafo (ii) del apartado 1 de tal artículo. De hecho, en la Conferencia Diplomática de Bruselas de 1948,

[204] Masouyé, Claude, *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, Ginebra, OMPI, 1982, p. 14.
[205] La doctrina reconoce expresamente que el derecho conexo de retransmisión tiene un alcance mucho más modesto que el derecho de retransmisión que pertenece a los autores. *Vid.* Guibault, Lucie, y Melzer, Roy, "The legal protection of broadcast signals", *IRIS plus*, European Audiovisual Observatory, Estrasburgo, núm. 10, 2004, p. 3.
[206] Artículos 31, 32 y 33 de esa convención.
[207] Ficsor, Mihály, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

se usaron diversos términos como "reemisión", "retransmisión", "relé", "radiodistribución", etc.[208], pero ninguno de los cuales trascendió al texto del tratado, de manera que en Berna no hay definición de "retransmisión", aunque se ha generado una costumbre reiterada de utilizar dicho término para los actos de intermediación de obras contemplados en el referido párrafo (ii), el cual no exige, en forma alguna, que el intermediario que redifunde la obra forzosamente tenga que ser un organismo de radiodifusión; cuestión por la que muchos tribunales y estudiosos en la materia consideran que el "derecho de retransmisión" del artículo 11 Bis.1.ii del Convenio de Berna aplica a la comunicación de obras dentro de las habitaciones de hotel[209].

Pero, incluso, supongamos por un momento que lo anterior no es así, y que no existe fundamento alguno para utilizar la expresión "retransmisión" respecto a la actividad de los hoteles; aun así, el argumento de estos deviene infundado, pues más que poner atención al nombre que se le atribuya al acto, lo verdaderamente relevante es el acto en sí mismo, pues si se produce este, se le deben atribuir las consecuencias jurídicas que le correspondan, independientemente de cualquier polémica sobre su posible denominación.

En este sentido, es irrelevante si a la difusión de obras dentro de las habitaciones de hotel les llamamos "redifusión", "retransmisión", "comunicación secundaria", "distribución interna", "comunicación pública de obra radiodifundida", "utilización secundaria", etc., lo importante, en realidad, es que los hoteles realizan esos actos de intermediación, y que tales actos están sujetos a derechos de autor, según el artículo 11 Bis del Convenio de Berna y las legislaciones nacionales que lo implementan.

Al respecto, resulta muy contundente el siguiente razonamiento judicial, expuesto en Chile por el 1° Juzgado Civil de Rancagua:

> "Que, en lo concerniente a la primera defensa intentada, si bien el articulo 5 letra n) de la Ley N° 17.366 define Retransmisión como 'la emisión de la transmisión de un organismo de radiodifusión por otro o la que posteriormente hagan uno u otro de la misma transmisión', recogiendo así lo que al efecto señala el denominado Tratado de Roma (art. 3 letra g), 'Retransmisión', la emisión simultanea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión), lo cierto es *que*

[208] *Documents de la Conférence de Bruxelles*, Berna, BIRPI, 1951, pp. 289 y ss.
[209] *Cfr. supra*, Capitulo II, apartado 2.3.2.

> *la conducta* lesiva al derecho de propiedad intelectual *que se reclama por la demandante no pasa por atribuir a la demandada una calidad o condición de la que no cabe dudas carece*, como es la de ser un organismo de radiodifusión *sino la de reproveer o suministrar -como empresario hotelero a sus pasajeros– el servicio de televisión a través del cual se exhiben obras audiovisuales* que se encontrarían protegidas y amparadas por la normativa legal, sin obtener autorización previa de la entidad colectiva que gestiona los derechos de los productores de estas obras y sin el pago de la tarifa o remuneración correspondiente.
>
> Para efectos de la causa que nos convoca, la expresión 'retransmisión' no puede entenderse empleada en su acepción legal, pues *no ha sido este el sentido con que ha sido utilizada para fijar el marco de la controversia que toca resolver y del cual el sentenciador no puede desentenderse*. La proposición *fáctica* en que el actor funda su demanda, es que la sociedad hotelera demandada es la destinatario como cliente, de los contenidos u obras audiovisuales que provee la empresa cableoperadora con la cual ha contratado, por lo que ese *segundo uso* que hace de los mismos, consistente en *ponerlos a disposición de sus clientes en virtud del contrato de hospedaje* con ellos celebrado, *importaría volver a transmitir o retransmitir a dichos terceros, los contenidos antes mencionado*s. La decisión del asunto *no puede reducirse a una cuestión meramente semántica*, cuando la pretensión del demandante *se ha explicitado con claridad en su libelo y permitido a la demandada desarrollar su defensa de fondo*, determinando los márgenes de la controversia en si corresponde a la sociedad hotelera el pago de derechos de autor a los productores de obras audiovisuales, por poner a disposición de sus pasajeros contenidos de esta naturaleza que le son proporcionados por la empresa cableoperadora que los transmite, siendo que la sociedad ya paga a esta empresa por un servicio que a su vez ha debido suponer el pago previo de las respectivas licencias o derechos a sus autores. Ese es el fondo del asunto, esa es la contienda de relevancia jurídica que el tribunal se encuentra llamado a resolver, mas allá de si aquello constituye retransmisión en el concepto puramente legal de la palabra, y *desentenderse el sentenciador de aquello importaría denegar lo que constituye en esencia la actividad jurisdiccional*, como lo es dar una solución efectiva al conflicto sometido a su decisión, razones todas que llevaran a desestimar la alegación o defensa que aquí se analiza"[210] (énfasis añadido).

Este caso de la justicia chilena, es sumamente relevante, no sólo porque al final se condenó al respectivo hotel por violación a derechos de autor, sino también porque constituye un claro ejemplo de la máxima *iura novit curia*, en tanto lo relevante es que los hechos del asunto fueron claramente expuestos por la parte actora (difusión

[210] Rol. C-18145-2016, caso "Mar Andino", sentencia dictada el 4 de noviembre de 2017.

de obras dentro de las habitaciones del hotel sin la debida autorización o licencia), no el nombre que alguna de las partes le dé al derecho subjetivo hecho valer.

9.- La jurisprudencia comparada está cambiando de sentido.

Esto, más que un argumento, es una manipulación y falseo de actos judiciales recientes (alguno que, ni siquiera, tiene el carácter de sentencia). En efecto, del análisis hecho en las páginas previas, se puede observar que la tendencia, prácticamente uniforme en los últimos cuarenta años (salvo los escasos asuntos excepcionales, algunos corregidos por tribunales superiores), de la jurisprudencia comparada y de la doctrina autoralista, es considerar que los hoteles están sujetos al cumplimiento de derechos de autor por el uso de obras en sus habitaciones.

Ante esta realidad innegable, algunos hoteles o sus asociaciones gremiales han buscado, so pretexto de pronunciamientos recientes, confundir a informadores y a la opinión pública, tratando de hacer creer que los tribunales han cambiado de postura y que las sentencias más representativas sobre el tema (ya referidas en los apartados previos del presente capítulo) han dejado de tener vigor, afirmando que actualmente no pueden ser consideradas como precedentes.

Para demostrar esto, veamos el tratamiento informativo que los hoteles han pretendido darles a documentos judiciales recientes emitidos en la Unión Europea y en Colombia (curiosamente, dos de los precedentes más destacados en la jurisprudencia comparada, tanto por su peso, como por la calidad de sus argumentos).

9.1.- El caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, una de las sentencias más relevantes (si no es la que más) respecto de derechos de autor y habitaciones de hoteles, es la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2006, dentro del asunto C306/05.

En dicho caso, el tribunal comunitario determinó que dentro de las habitaciones de hotel sí hay comunicación pública de obras (incluso por puesta a disposición), que no se afecta la inviolabilidad del domicilio y la privacidad, que los establecimientos de hospedaje lo hacen con una finalidad lucrativa, y que, al ser verdaderos intermediarios que generan un público nuevo (sus huéspedes), deben obtener la autorización de los titulares de los derechos de autor y pagar la respec-

tiva contraprestación. Las consideraciones de dicha sentencia fueron reiteradas y ratificadas por el tribunal en otro caso de comunicación pública en habitaciones de hotel: el asunto C162/10, resuelto el 15 de marzo de 2012.

Pues bien, en el año 2017 ese mismo tribunal resolvió un caso de uso de señales televisivas en habitaciones de hotel (asunto C641/15), con el que, a pesar de no haber cambiado de criterio, se ha pretendido tergiversar dolosamente la doctrina del tribunal por algunos hoteles y asociaciones gremiales, con fines de desinformación, buscando hacer creer que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha apartado de su criterio previo, y que por ende, ya no se necesita una licencia de derechos de autor para poner a disposición de sus clientes obras en las habitaciones.

Un ejemplo de este tipo de publicaciones tendenciosas, lo podemos encontrar en la siguiente nota del portal hotelero *Hosteltur*:

> "Importante victoria del sector hotelero en una disputa en materia de propiedad intelectual (Una sentencia positiva para los hoteles en materia de propiedad intelectual). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) *rechaza que los hoteles tengan que pagar* un canon a las sociedades de gestión *de los derechos de autor* por la difusión en sus habitaciones de programas de televisión y radio que contengan *obras protegidas*.
>
> El tribunal desestima así la demanda interpuesta por una entidad austríaca de derechos de autor (Verwertungsgesellschaft Rundfunk) que reclamaba a un establecimiento el pago de una tarifa y una indemnización por daños y perjuicios al entender que estaba permitiendo una *comunicación pública al poner a disposición* de sus huéspedes aparatos de televisión"[211] (énfasis añadido).

Lo tendencioso de la publicación deriva, como se explica a continuación, de que dicho asunto no versó sobre de *derechos de autor* ni por el uso de *obras* en las habitaciones de hotel. En realidad, se trató de un asunto de *derechos conexos* sobre *señales*, lo cual tiene un régimen jurídico diverso.

Para comprender lo anterior, hay que explicar brevemente el *leading* case del tribunal europeo (C306/05), y luego referirnos al asunto C641/15, para poder constatar que se trata de controversias diferentes, y que el tribunal no se desdijo de su primer caso, ni exentó a los hoteles del pago de derechos de autor.

[211] "Europa falla a favor de los hoteles en materia de propiedad intelectual", *https://www.hosteltur.com/121885_europa-falla-favor-hoteles-materia-propiedad-intelectual.html*, 8 de mayo de 2017.

El asunto C306/05 (también conocido como "Caso SGAE") derivó de una consulta que hizo la Audiencia Provincial de Barcelona al entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para que este interpretara el Derecho Comunitario en materia de derechos de autor, en el seno de un litigio iniciado por la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) en contra de Rafael Hoteles, S.A., por el uso no autorizado de obras musicales en las habitaciones de ese hotel[212].

Como se puede apreciar se trata de un litigio en materia de *derechos de autor* por la utilización inconsentida de *obras*, concretamente, por violación al derecho autoral de comunicación pública.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debía interpretar el artículo 3.1 de la de la *Directiva 2001/29*, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 3
>
> Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas
>
> 1. Los Estados miembros establecerán en favor *de los autores* el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público *de sus obras*, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público *de sus obras* de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. (Énfasis añadido).

Como se puede apreciar, se trata de una norma *de derechos de autor*, en tanto su objeto de protección son *obras* creadas por autores[213]. Por ende, no se iba a interpretar una norma de derechos conexos.

Inclusive, el tribunal comunitario se apoyó en tratados de derechos de autor (no de derechos conexos) para dotarle de sentido al referido artículo de la directiva. Concretamente, invocó el Convenio de Berna y el TODA, para finalmente concluir que dentro de las habitaciones del hotel sí hay comunicación pública *de*

[212] La sentencia del tribunal comunitario resume la litis así: "La SGAE considera que, durante el período comprendido entre junio de 2002 y marzo de 2003, en el hotel propiedad de Rafael Hoteles se realizaron actos de comunicación pública de obras pertenecientes al repertorio que gestiona por medio de la utilización de televisores y de aparatos de difusión de música ambiental. Por estimar que estos actos vulneraban los derechos de propiedad intelectual relativos a tales obras, la SGAE presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona con el objeto de que se condenara a Rafael Hoteles al pago de una indemnización compensatoria".

[213] *Cfr.* supra, Capítulo I, apartado 4.

obras, sujeta al derecho de autor previsto en el artículo 3.1 de la citada directiva[214].

Dicho esto, pasemos ahora a analizar la sentencia del diverso caso C641/15. De entrada, cabe iniciar explicando que este asunto versó sobre una directiva diferente al caso previamente narrado, pues se trató de interpretar la *Directiva 2006/115* (no la Directiva 2001/29).

Este nuevo asunto tuvo como antecedente en una demanda que la Verwertungsgesellschaft Rundfunk (sociedad de gestión de *radiodifusión*) austriaca entabló en contra del establecimiento de hospedaje, Hettegger Hotel Edelweiss, por el uso de *señales* (emisiones) dentro de las habitaciones del hotel[215]. Razón por la que el Tribunal Mercantil de Viena acudió al tribunal comunitario, a efecto de que interpretara el artículo 8.3 de la Directiva 2006/115, cuyo texto es el siguiente:

> CAPÍTULO II
> DERECHOS *AFINES*
> Artículo 8
> Radiodifusión y comunicación al público
>
> 1. Los Estados miembros concederán a los *artistas intérpretes o ejecutantes* el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación al público de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se haga a partir de una fijación.
>
> 2. Los Estados miembros establecerán la obligación del usuario de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma, que se utilice para la radiodifusión inalámbrica o para cualquier tipo de comunicación al público de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto

[214] La conclusión más destacada de la sentencia, reza así: "Habida cuenta de las consideraciones que preceden, procede responder a la segunda cuestión que el carácter privado de los dormitorios de un establecimiento hotelero no impide que se considere que la comunicación *de una obra* en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público *en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29*." (énfasis añadido).

[215] La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resume así la litis: "Verwertungsgesellschaft Rundfunk alega, ante dicho órgano jurisdiccional, que, al poner a disposición aparatos de televisión en las habitaciones de su hotel y comunicar *las emisiones* televisivas y radiofónicas mediante dichos aparatos, Hettegger Hotel Edelweiss lleva a cabo un acto de comunicación al público, en el sentido del artículo 76a, de la UrhG y del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2006/115. Según la mencionada entidad, el precio de la habitación debe considerarse un derecho de entrada a efectos de esas disposiciones, en la medida en que la oferta de televisión en el hotel tiene una influencia sobre ese precio. La entidad alega, por ello, que esta comunicación al público de las *emisiones* de los *titulares de derechos* a los que representa debe estar sujeta a la autorización de éstos y al pago de cánones" (énfasis añadido).

> de la misma. A falta de acuerdo entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los *productores de fonogramas* los Estados miembros podrán establecer las condiciones en que deban repartirse dicha remuneración.
> 3. Los Estados miembros concederán a las *entidades de radiodifusión* el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la redifusión inalámbrica de sus emisiones así como *la comunicación al público* de sus *emisiones* cuando tal comunicación se haga en lugares accesibles al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada. (énfasis añadido).

Dado el resumen de la litis y dada la norma a interpretar, se puede colegir con meridiana claridad que el asunto *versó sobre derechos conexos o afines* (no sobre derechos de autor), y concretamente, sobre los derechos que sobre sus *señales o emisiones* tienen los *organismos de radiodifusión*.

Esto es un dato nada menor, pues como se explicó en el Capítulo I del presente libro, el régimen jurídico de los derechos conexos es diferente al régimen de los derechos de autor. Inclusive, como demuestra el propio artículo 8.3 de la Directiva 2006/115, aun dentro de los propios derechos conexos suele haber diferencias, palpables en el caso concreto, al observar que en la normativa comunitaria se le está dando un trato diferenciado (y menos tuitivo) a los organismos de radiodifusión, respecto de los artistas y los productores de fonogramas (también titulares de derechos conexos, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 8.1 y 8.2 de esa directiva)[216].

Dicho en términos concisos: si bien ambos casos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea versaban sobre el uso de bienes inmateriales dentro de las habitaciones de hotel, el asunto C306/05 fue un caso de *derechos de autor* por utilización *de obras*, mientras que la sentencia del asunto C641/15 derivó de un litigio de *derechos conexos de organismos de radiodifusión* por el uso de *sus señales*.

De hecho, el Tribunal del Justicia de la Unión Europea, lejos de apartarse de lo dicho en el asunto C306/05 y dejarlo sin efecto, comienza la sentencia C641/15 *ratificando su criterio previo*, y aclarando que el nuevo asunto versará sobre otro tema (y una norma diferente):

[216] Este trato diferenciado deriva de la propia Convención de Roma, como se explicó en el Capítulo II del presente libro.

> "17. *Es preciso recordar que*, en la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (*C306/05*, EU:C:2006:764, apartados 47 y 54), el Tribunal de Justicia declaró que la distribución de una señal por un establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones, efectuada por medio de televisores, *constituye un acto de comunicación al público* en el sentido del artículo 3, apartado 1, *de la Directiva 2001/29*, sea cual fuere la técnica empleada para la transmisión de la señal, y que el carácter privado de los dormitorios de dicho establecimiento no impide que se considere que la comunicación *de una obra* por ese medio constituye un acto de comunicación al público en el sentido de la mencionada disposición.
> 18. En lo que respecta a la *Directiva 2006/115 cuya interpretación se solicita*, el Tribunal de Justicia ha declarado también, en la sentencia de 15 de marzo de 2012, Phonographic Performance (Ireland) (C162/10, EU:C:2012:141), apartado 47, que un establecimiento hotelero que proporciona en las habitaciones de sus clientes aparatos de televisión o de radio a los que distribuye una señal radiodifundida lleva a cabo un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 8, apartado 2, de esta Directiva.
> 19. Los conceptos empleados por estas Directivas tienen el mismo significado, *salvo que el legislador de la Unión Europea haya expresado una voluntad diferente* (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C403/08 y C429/08, EU:C:2011:631, apartado 188, y de 31 de mayo de 2016, Reha Training, C117/15, EU:C:2016:379, apartado 33), por lo que proporcionar una señal mediante aparatos de televisión y de radio instalados en las habitaciones de hotel constituye también, como señaló el Abogado General en el punto 16 de sus conclusiones, una comunicación al público de las emisiones de los organismos de radiodifusión, a efectos del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2006/115.
> 20. Sin embargo, *a diferencia, en particular*, del derecho exclusivo de los *artistas intérpretes o ejecutantes* y del derecho de los *productores de fonogramas* establecidos, respectivamente, en los *apartados 1 y 2 del artículo 8* de la Directiva 2006/115, *el derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión* establecido en el *apartado 3* de este artículo *se limita* a los casos de comunicación al público en lugares accesibles al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada" (énfasis añadido).

Aquí, claramente, el tribunal está *diferenciando* el régimen jurídico de los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, no sólo frente al régimen jurídico de derechos de autor, sino también respecto del correspondiente a los derechos conexos de artistas y de productores de fonogramas, para llegar a la conclusión de que *el concepto de "comunicación pública" tiene un alcance diferente y más limitado tratándose del derecho conexo de los organismos de radiodifusión*.

De hecho, en la propia sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea explica que el derecho que está interpretando se desprende de la Convención de Roma (que, como es sabido, es un tratado de derechos conexos, no de derechos de autor):

> "22. En el presente asunto, el alcance del derecho de comunicación al público establecido en el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2006/115 *es equivalente al del establecido en el artículo 13, letra d), de la Convención de Roma*, que *se circunscribe*, según la fórmula reproducida en el mencionado artículo 8, apartado 3, a los «lugares accesibles al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada» (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Comisión/Consejo, C114/12, EU:C:2014:2151, apartados 94 a 96). En efecto, la voluntad del legislador de la Unión era, como lo confirma la propuesta modificada de directiva, de 30 de abril de 1992 [COM(92) 159 final, página 12], que llevó a la adopción de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO 1992, L 346, p. 61), derogada y codificada por la Directiva 2006/115, *seguir en gran medida las disposiciones de la Convención de Roma* que establecen una protección mínima para alcanzar una protección mínima uniforme en la Unión y, tomando el artículo 13, letra d), de la Convención de Roma como modelo del artículo 6 *bis*, apartado 3, de la Directiva propuesta, prever un derecho exclusivo de comunicación al público de *emisiones* de televisión en las condiciones mencionadas en esa Convención" (énfasis añadido).

Así, no debe quedar duda alguna que el tribunal no está haciendo pronunciamiento alguno en materia de derechos de autor, máxime que el fundamento de las obligaciones de hoteles por la comunicación pública de obras en sus obligaciones es el artículo 11 Bis del Convenio de Berna (como hemos visto a lo largo del presente capítulo y como expresamente señaló el tribunal en la sentencia del asunto C306/05), sino un pronunciamiento en materia de derechos conexos, pero sólo los relativos a los organismos de radiodifusión, que son los regulados por la Convención de Roma.

Para entender con mayor precisión, conviene echar un ojo al alcance del peculiar derecho conexo que se litigó, según el invocado artículo 13.d de la Convención de Roma:

> Artículo 13
>
> Los *organismos de radiodifusión* gozarán del derecho de autorizar o prohibir:
>
> (...)
>
> (d) la *comunicación al público* de *sus emisiones* de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público *mediante el pago de un derecho de entrada*. Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicite la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo. (Énfasis añadido).

Se aprecia que la Convención de Roma otorgó a los organismos de radiodifusión un derecho sobre comunicaciones públicas secundarias, parecido al derecho que se concede a los titulares de derechos de autor en el artículo 11 Bis.1.iii del Convenio de Berna, pero con una gran diferencia: el derecho de los organismos de radiodifusión es mucho más limitado en su alcance que el derecho de autor, pues sólo aplica cuando la comunicación pública secundaria se haga *mediante el pago de un derecho de entrada* (requisito inexistente tratándose de derechos de autor, donde normalmente hay un lucro indirecto, pero aplica también a utilizaciones no lucrativas).

Inclusive, muchas de las legislaciones iberoaméricanas reconocen ese alcance mínimo del referido derecho conexo, limitándolo sólo a los casos donde se cobre por la entrada al lugar (lo que es un lucro directo)[217].

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce este limitado alcance del derecho conexo de los organismos de radiodifusión en la sentencia en glosa:

> "23. Ahora bien, en lo que respecta al *requisito de pago de un derecho de entrada* previsto en el artículo 13, letra d), de la Convención de Roma, procede señalar que, según la guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), documento elaborado por la OMPI que, sin tener carácter vinculante, proporciona explicaciones sobre el origen, el objetivo, la naturaleza y el alcance de las disposiciones de esta Convención, y cuyos apartados 13.5 y 13.6 se refieren a este artículo, este requisito supone un *pago* solicitado *especialmente* como *contraprestación de una comunicación al público de una emisión* televisada y que, así, el hecho de pagar una comida o bebidas en un restaurante o en un bar en el que se difunden las emisiones televisadas *no se considera un*

[217] Por ejemplo, en la Ley Federal del Derecho de Autor de México este derecho se plasmó de la siguiente manera en su artículo 144: "Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de autorizar o prohibir respecto de sus emisiones: (...) VI.- La comunicación pública por cualquier medio y forma con fines directos de lucro".

pago de un derecho de entrada a efectos de esta disposición.

24. Es obligado declarar que, como ha señalado el Abogado General en los puntos 26 a 30 de sus conclusiones, al igual que el precio de un servicio de restauración, *el precio de una habitación de hotel no es un derecho de entrada especialmente solicitado como contraprestación* de una comunicación al público de una emisión televisada o radiofónica, sino que constituye principalmente la contraprestación de un servicio de alojamiento, al que se añaden, según la categoría del hotel, ciertos servicios adicionales, como la comunicación de emisiones televisadas y radiofónicas mediante aparatos de recepción disponibles en las habitaciones, normalmente *incluidos en el precio del alojamiento* de manera indiferenciada.

25. Por ello, si bien la distribución de una *señal* mediante aparatos de televisión y de radio instalados en las habitaciones de un hotel es una prestación de servicios suplementaria que *influye* en la categoría del hotel y, por tanto, *en el precio de las habitaciones*, como declaró el Tribunal de Justicia *en sus sentencias de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C306/05*, EU:C:2006:764), apartado 44, y de 15 de marzo de 2012, Phonographic Performance (Ireland) (C162/10, EU:C:2012:141), apartado 44, en el marco del examen de la *existencia de un acto de comunicación al público a efectos, respectivamente, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29* y del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115, no se puede considerar que esta prestación adicional se ofrezca en un lugar accesible al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada, *a efectos del artículo 8, apartado 3, de esta última Directiva*.

26. En consecuencia, la comunicación al público *de emisiones* televisadas y radiofónicas mediante aparatos de televisión y de radio instalados en las habitaciones de hotel *no está comprendida en el ámbito de aplicación del derecho* exclusivo *de los organismos de radiodifusión* establecido en el artículo 8, apartado 3, *de la Directiva 2006/115*" (énfasis añadido).

De esta manera, el tribunal aclara que las utilizaciones secundarias de señales o emisiones de organismos de radiodifusión en habitaciones de hotel, no están comprendidas dentro del alcance del correspondiente derecho conexo, pues la normatividad aplicable a tal prerrogativa (artículos 8.3 de la Directiva 2006/115 y 13.d de la Convención de Roma) exige expresamente el pago de un precio de entrada como contraprestación específica para acceder a la señal, requisito que no se actualiza en este caso, porque los hoteles no cobran por ese concepto, sino que el entretenimiento es un servicio adicional cuyo costo ya está integrado en el precio de la habitación que se cobra al cliente.

Lo anterior, de ninguna forma incide o merma el derecho de autor previsto en los artículos 11 Bis.1.iii del Convenio de Berna y 3.2 de la diferente Directiva 2001/29, pues en sede de derechos de autor, el derecho sobre utilizaciones secundarias de obras es mucho más amplio, y no prevé el requisito del pago de una entrada específica.

Esto se traduce en que los hoteles no deben pagarle a los organismos de radiodifusión, pero sí deben pagarle a los titulares de derechos de autor (e incluso, también a los titulares de otros derechos conexos: los artistas y los productores de fonogramas), como expresamente había señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europa en sus casos previos de comunicación pública en habitaciones de hotel (incluyendo el asunto C306/05) y como expresamente reitera en el caso C641/15.

Esta plena vigencia de los derechos de autor nos es explicada por los juristas europeos:

> "di conseguenza non è dovuto alla società di gestione collettiva un compenso a titolo di remunerazione del diritto connesso in favore degli organismi di radiodiffusione in relazione all'uso di tali apparecchi TV sistemati nelle camere d'albergo (è *fatta salva ovviamente la remunerazione di altri titolari di diritti d'autore* e connessi, diversi dagli organismi di radiodiffusione, per la comunicazione al pubblico effettuata dall'albergo tramite ritrasmissione agli apparecchi televisivi nelle sue camere)"[218] (énfasis añadido).

Así, a pesar de la manipulación de información y de ciertos intentos de engañar, los hoteles deben seguir respetando los derechos de autor por el uso de obras en sus habitaciones en la Unión Europea, pues resulta falso que el tribunal comunitario haya cambiado su criterio.

---

[218] Sergi, Antonella, "Ritrasmissione di segnali radiotelevisivi negli alberghi: la Corte di Giustizia (C-641/15) interviene sul diritto connesso in favore degli organismi di radiodiffusione", *Media laws. Law and policy of the media in a comparative perspective*, 30 de mayo de 2017, http://www.medialaws.eu/ritrasmissione-di-segnali-radiotelevisivi-negli-alberghi-la-corte-di-giustizia-c-64115-interviene-sul-diritto-connesso-in-favore-degli-organismi-di-radiodiffusione/.
Mientras Antonio Muñoz Vico, en entrevista, señaló lo siguiente: "En mi opinión no se produce necesariamente una evolución legal. El TJUE se había pronunciado ya en 2006 respecto de la obligación de pago a los autores (en el caso SGAE contra Rafael Hoteles) y en 2012, respecto de los productores de fonogramas. Esta nueva sentencia de 2017 no obedece a que la ley haya cambiado, sino a que nunca antes se había pedido al TJUE que se pronunciara sobre este artículo concreto de la Directiva. De hecho, la norma que interpreta el tribunal europeo trae causa de un tratado internacional de 1961: el Convenio de Roma. En todo caso, el TJUE sí aclara ahora la interpretación que debe darse a la Directiva, por lo que, a la luz de la sentencia, los hoteles no deberán pagar a las entidades de radiodifusión". 26 de mayo de 2017, https://www.tourinews.es/economia-y-politica-turismo/munoz-vico-la-propiedad-intelectual-debe-inspirarse-en-la-libertad-individual_4441573_102.html.

9.2.- El caso de la Corte Constitucional de Colombia.

Algo similar sucedió respecto de la Corte Constitucional colombiana, que sin haber cambiado su criterio, se argumenta que ya lo hizo.

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, otra de las sentencias más destacadas en la materia (especialmente significativa por tratarse de un tema de constitucionalidad y por provenir de uno de los tribunales más sólidos de Latinoamérica) fue la identificada como C-282/97, donde la Corte Constitucional de Colombia resolvió que, dentro de las habitaciones de hotel, sí hay comunicación pública de obras, misma que se realiza con fines de lucro, y que el responsable de cubrir los derechos de autor es el establecimiento hotelero.

Sin embargo, en el año 2017 empezaron a circular informaciones como la siguiente (también en el portal *Hosteltur*):

> "Las asociaciones que recaudan *derechos de autor* no podrán exigir a los hoteles el pago por la reproducción de obras dentro de las habitaciones hoteleras, según se desprende de una *resolución inapelable* de la Corte Constitucional de Colombia. En la práctica, se refiere sobre todo al uso de la televisión dentro de la habitación por parte de los pasajeros.
> 'Teniendo en cuenta que el tema de pago de derechos de autor en nuestros establecimientos es un dolor de cabeza, la interpretación que la Corte Constitucional de Colombia acaba de hacer del término hoteles ante una demanda de Cotelco deja claro que para efectos de pagos de derechos de autor las habitaciones de los hoteles no se consideran parte de los mismos, por ser consideradas domicilios privados', señaló Gustavo Toro, presidente de Cotelco"[219] (énfasis añadido).

¿Qué fue lo que realmente sucedió? ¿En verdad la Corte Constitucional de Colombia abandonó su criterio y dejó sin efectos la sentencia C-282/97? Analicemos lo que aconteció para extraer algunas conclusiones.

El 6 de julio de 2017 la Asociación Hotelera y Turística de Colombia (COTELCO) presentó, ante la Corte Constitucional, una demanda solicitando la inconstitucionalidad de un par de artículos de la legislación autoral colombiana, particularmente, a efecto de que las habitaciones de hotel puedan considerarse domicilios privados, con el fin de quedar excluidas del pago de derechos de autor

[219] "Colombia: habitaciones de hoteles excluidas de derechos de autor", *https://www.hosteltur.com/lat/174300_colombia-habitaciones-hoteles-excluidas-derechos-autor.html*, 16 de agosto de 2017.

(concretamente se dolía de que el concepto "hotel", empleado en la ley, incluyera a las habitaciones, la cuales, según su parecer, no forman parte de los hoteles por ser domicilios privados).

A esa promoción, el día 31 de julio de 2017, le recayó un *auto* donde la Corte Constitucional se determinó *desechar* la demanda (a la que se le asignó el expediente D-12233).

Inmediatamente, el presidente ejecutivo de COTELCO salió a los medios de comunicación a proclamar una victoria de la industria hotelera, declarando, entre otras cosas, lo siguiente:

> "Esta *es una victoria en la batalla que venimos dando los hoteleros* desde hace varios años, frente a cobros injustificados en lo referente a derechos de autor, según los televisores de las habitaciones. Consideramos, además, que se estaba atentado contra los derechos fundamentales de la intimidad y la libertad de los huéspedes, quienes tienen derecho a reproducir música donde y cuando quieran, y que *no se estaba tomando en consideración la calidad de domicilio privado que tienen las habitaciones*; esos factores nos llevaron a tomar la decisión de interponer la demanda ante la Corte Constitucional, que *hoy nos da la razón*"[220] (sic, énfasis añadido).

Inclusive, COTELCO emitió un boletín donde se transcribió un párrafo aislado del auto dictado por la Corte, cuyo tenor literal reza así:

> "De acuerdo con el citado fallo, es claro que la Corte ha interpretado que la expresión hoteles, para efectos de derechos de autor, no se extiende al interior de las habitaciones cuando los huéspedes realizan reproducciones de obras musicales, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales".

Según COTELCO, eso revertiría el criterio previo de la corte colombiana, y eximiría a los hoteles por el uso de obras dentro de las habitaciones (pues, a su decir, el concepto de "hotel" excluye a las habitaciones).

Empero, la argumentación de la asociación hotelera padece dos grandes problemas que la excluyen de toda plausibilidad: *(a)* se trató de un mero auto, no

[220] "Corte Constitucional respalda posición de Cotelco sobre derechos de autor", 4 de agosto de 2017, *https://es.travel2latam.com/nota/6638-corte-constitucional-respalda-posicion-de-cotelco-sobre-derechos-de-autor*.

de una sentencia, y *(b)* sobre todo, leído en su integridad, el auto dice una cosa totalmente diferente, ratificando el criterio previo de la Corte. Veamos.

Al acto procesal que tanto aplaudió COTELCO es un auto, no una sentencia o "resolución inapelable" (como se dijo en la prensa). En efecto, según la Teoría General del Proceso, los autos son actuaciones de mero trámite, en donde no se entra al fondo del asunto y no se resuelve la controversia (para eso están las sentencias) [221].

Por ende, un mero *auto* dictado en el expediente D-12233 (emitido únicamente por el magistrado instructor) no puede modificar el criterio previo de la Corte Constitucional (con la votación de un órgano colegiado) ni inhabilitar el precedente contenido en la *sentencia* C-282/97.

En pocas palabras: en el expediente D-12233 el magistrado instructor no tomó (ni podía tomar) ninguna decisión respecto del fondo del asunto, es decir, no podía juzgar la cuestión en el auto inicial de juicio (máxime cuando fue aun auto desechatorio o inadmisorio), esa decisión sólo podía hacerse mediante una sentencia formal y materialmente hablando, luego de sustanciado el proceso en todas sus etapas. Por lo mismo, únicamente a través de una sentencia, la Corte Constitucional podía abandonar su precedente sobre derechos de autor en habitaciones de hotel, y además, dicha sentencia debía contener las razones (carga de la argumentación) que explicaran el cambio de sentido en la resolución de la controversia[222].

La segunda causal de ausencia de plausibilidad jurídica del argumento de los hoteleros, es que COTELCO tomó un párrafo aislado del auto y lo descontextualizó, para dar a entender una cosa totalmente contraria a lo que realmente determinó la corte.

En efecto, el tribunal colombiano, en realidad, desechó la demanda conforme a las siguientes consideraciones del auto:

> "3.2.2. Con todo, lo anterior reproche, advierte el despacho, no satisface uno de los requisitos previstos en el artículo 2° del Derecho 2067 de 1991, toda vez que *no cumple con la exigencia de formular por lo menos un cargo concreto de inconstitucionalidad*. En

[221] *Cfr*. Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, 6a. ed., Oxford University Press, 2007, p. 295.

[222] "En términos generales, el precedente judicial goza de una presunción de corrección como acto aplicativo del derecho, y quien pretenda apartarse de su criterio tiene la carga argumentativa de aportar buenas razones para ello". Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso "Ley de Medios"*, México, IIJ-UNAM, 2009, p. 43.

> efecto, aunque en el escrito acusatorio el demandante identifica el aparte normativo acusado y las disposiciones superiores presuntamente violadas, lo cierto es que *no logra concretar específicamente las razones por las cuales tal disposición censurada se opone a la Constitución Política*.
>
> Al respecto, conviene poner de presente que la demanda no cumple con los presupuestos de certeza y suficiencia, pues, por un lado, el contenido atribuido por el ciudadano a la norma acusada no se sigue de su tenor literal, por otro, no se encuentran elementos argumentativos y de convicción que ilustren a esta Corte sobre el hecho de que la lectura que presenta en el escrito es, en efecto, la dominante en los órganos judiciales o administrativos encargados de aplicarlas.
>
> Sobre el particular, cabe resaltar que la Corte, e*n la Sentencia C-282 de 1997 al adelantar el juicio de inconstitucionalidad del artículo 83* de la Ley 300 de 1996, *interpretó el alcance de la expresión "hotel"*, en el mismo contexto de los derechos de autor *en un sentido diametralmente opuesto al atribuido por el actor en la presente acusación*" (énfasis añadido).

Cabe aquí detenernos un momento para puntualizar que la Corte Constitucional, no sólo no se está apartando de su criterio previo en la sentencia C-282/97, sino que expresamente está invocando ese precedente para motivar el auto desechatorio.

Además -y esto es de suma relevancia- el auto reconoce que en el precedente de la Corte, esta interpretó el concepto "hotel" para efectos de los derechos de autor, en un sentido "diametralmente opuesto" al atribuido por COTELCO en su demanda. Por eso, es ilógico que la asociación de hoteles arguya que la Corte le dio la razón en cuanto a su concepto de "hotel", pues dicho órgano judicial está señalando lo contrario.

El auto de mérito, continúa diciendo lo siguiente:

> "En esa oportunidad, como arriba se mencionó, la Corte, examinó la constitucionalidad del referido artículo 83 de la Ley 300 de 1996, que asimilaba las habitaciones hoteleras como domicilios privados. El punto central de la controversia consistía en que el demandante estimaba inadmisible que las habitaciones de los hoteles y hospedajes fueran asimiladas a un domicilio privado, y como tal 'no se requeriría de la autorización previa de los titulares del derecho de autor para que se utilicen sus obras sin límite alguno y estos no perciban remuneración por ello'. La Corte, anticipando de antemano que dicha asimilación gozaba de respaldo constitucional, concluyó sobre el particular 'que la ejecución de una obra artística dentro de una habitación de hotel u hospedaje no es pública o privada según la

> calificación que se haya hecho del lugar en cuanto tal, *sino del sujeto que la lleve a cabo* y del ánimo -lucrativo o de particular y privado esparcimiento que la presida' (Subrayas y negrillas por fuera del texto original). En este sentido, respaldó su consideración con un ejemplo persuasivo que *bien vale la pena traer a colocación*:
>
> > 'En efecto *no es lo mismo* si el huésped, en la intimidad de su habitación decide escuchar una obra musical *mediante la utilización de elementos electrónicos que lleve consigo -como una grabadora portátil o un walkman-, evento en el cual la ejecución de la obra artística mal podría ser calificada de pública*, que si el establecimiento hotelero difunde piezas musicales *a través del sistema interno* de sonido con destino a todas *las habitaciones* o a las áreas comunes del hotel, circunstancias que *corresponden sin duda a una ejecución publica* con ánimo de lucro, de la cual se deriva que *el hotel asume en su integridad las obligaciones inherentes a los derechos de autor*, de conformidad con la Ley 23 de 1982 y según las normas internacionales'.
>
> De acuerdo con el citado fallo, es claro que *la Corte ha interpretado* que la expresión hoteles, para efectos de derechos de autor, no se extiende al interior de las habitaciones *cuando los huéspedes* realizan reproducciones de obras musicales, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales" (énfasis añadido).

Aquí podemos constatar que el tribunal, más que alejarse de su precedente, está reiterándolo al apuntar que *todo depende del sujeto que use la obra*, pues la situación es diferente cuando el hotel difunde las obras a las habitaciones (donde el hotel debe cumplir sus obligaciones autorales), que "cuando son los huéspedes" quienes, por sí mismos (y sin intermediación del hotel), son los que usan las obras dentro de las habitaciones, siendo que sólo en este último caso la expresión "hotel" únicamente "para efectos de derechos de autor" no comprende a las habitaciones (y por ende, en este caso no se requiere cubrir derechos).

En la citación de su precedente, la Corte Constitucional está siguiendo la teoría elemental en derechos de autor, en donde debe atenderse al sujeto (más que al lugar): la comunicación es privada si la realiza el huésped a través de sus propios dispositivos, pero la comunicación es pública si la realiza el hotel a través de su red interna de difusión (incluso en las habitaciones).

Cuestión que está también claramente asentada en el texto propio del auto, cuando inicia diciendo que la cuestión depende "del sujeto que la lleve a cabo" (la comunicación), y también cuando señala que "la expresión hoteles, para efectos de derechos de autor, no se extiende al interior de las habitaciones *cuando los*

huéspedes realizan reproducciones", por lo que, a *contrario sensu*, dicha expresión sí se extiende a las habitaciones cuando las "reproducciones" no las realizan los huéspedes, sino el propio hotel.

Esa diferenciación la hace la Corte Constitucional, no a efectos de resolver el fondo de la controversia, sino para señalar que la parte actora fue omisa en desarrollar argumentos de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, cuando ya había un precedente donde se resolvía la misma cuestión, sin que el demandante diera argumento alguno para demostrar algo que se le hubiera escapado al precedente de la corte.

Puede criticarse que la redacción del auto no fue tan afortunada, pero no puede decirse que, en el mismo, se esté cambiando el precedente o que el

tribunal pretendía echar atrás su criterio sentado en la sentencia C-282/97.

En cambio, resulta reprochable que COTELCO haya tomado un párrafo aislado (con una redacción cuestionable) y lo haya descontextualizado, buscando engañar y hacer creer a la opinión pública (e incluso a algunos jueces, como veremos más adelante) que la "Corte Constitucional respalda posición de Cotelco sobre derechos de autor" y que las "habitaciones de hoteles [están] excluidas de derechos de autor". Aquí se incurrió en una *falacia argumentativa*, concretamente, la falacia de la prueba sesgada[223].

Tanto revuelo causó COTELCO con sus falsas afirmaciones, que el día 22 de septiembre de 2017, el magistrado instructor de la causa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, emitió un oficio notificado por la Secretaría General de la Corte Constitucional a las sociedades de gestión colectiva colombianas, en donde explicó lo siguiente:

> "En mi condición de Magistrado Sustanciador en el asunto de referencia, a continuación, me permito dar respuesta a la comunicación suscrita por ustedes, recibida en este despacho el día 30 de agosto de 2017, mediante la cual manifiestan su preocupación sobre el alcance del Auto inadmisorio proferido dentro del Expediente D-12233, *a propósito de las declaraciones públicas expresadas por el Presidente Ejecutivo de COTELCO.*

[223] "Ésta es un tipo de falacia muy utilizada en los juicios. El abogado *da como demostrada una conclusión que favorece su tesis*, aunque de las pruebas practicadas *no se deduzca la verdad de dicha conclusión*" (énfasis añadido). Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, México, Porrúa, 2011, p. 65.

> El artículo 241 de la Carta Política le confía a la Corte Constitucional 'la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo'. En desarrollo del citado mandato, los numerales 4° y 5° de la referida disposición le asignan, entre otras funciones, la de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y decretos con fuerza de ley, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. Dicha atribución, a su vez, es concordante con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 40 sometida a juicio mediante demanda ciudadana, con efectos *erga omnes* y alcance de cosa juzgada.
>
> Por tanto, *el auto que inadmite la demanda solo vincula a la parte demandante*, en el contexto de orientar la observancia de los requisitos de procedibilidad incumplidos, *sin que sea posible reconocerle a dicho auto mayores efecto*s.
>
> En los anteriores términos, debe entenderse el Alcance del Auto del 31 de julio de 2017, mediante el cual *se inadmitió la demanda* de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Juan Carlos Moncada Zapata, actuando como apoderado de la Asociación Hotelera y Turística de Colombia (COTELCO), contra algunos apartes de los artículos 159 y 163 de la Ley 23 de 1982.
>
> Al respecto, cabe advertir, además, que el término para corregir la demanda venció en silencio, razón por la cual, en el auto de 22 de agosto de 2017, *se procedió al rechazo de la misma*, disponiéndose el archivo del expediente una vez ejecutoriada la providencia" (énfasis añadido).

Es así que el magistrado instructor tuvo que hacer tal aclaración, frente al clima de desinformación generado por COTELCO. Empero, lo realizado por esa asociación tuvo sus repercusiones en el ámbito judicial.

En efecto, el 18 de octubre de 2017 el Juzgado 21 Civil Municipal de Oralidad de la Ciudad de Bogotá, dictó una sentencia absolviendo a Continental Blue Doors, S.A.S. por la comunicación pública de obras audiovisuales en las habitaciones de su establecimiento de hospedaje. El razonamiento del juzgado fue que, con el auto D-12233, la Corte Constitucional había dado un giro a su precedente jurisprudencial sobre el tema de la comunicación pública de obras en las habitaciones de hotel.

Inconforme con tal sentencia, la parte actora en el juicio, la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia, interpuso una acción de tutela por considerar que se violaron sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Dicha tutela fue conocida por el Juzgado 33 Civil del Circuito de la Ciudad de Bogotá, mismo dictó sentencia declarando la inconstitucionalidad de la resolución del juzgado municipal, en los siguientes términos:

> "En el caso sometido a estudio se tiene, que la Sra. Juez Titular del Juzgado 21 Civil Municipal de la Ciudad de Bogotá fundamentó la decisión de instancia dentro del Proceso Ejecutivo de Mínima Cuantía, Radicado 2015-00558, en el Auto inadmisorio de la Demanda de Inconstitucionalidad del día 31 de julio de 2017, dentro del expediente D-12233, *lo que no constituye un Precedente Judicial* según las voces de la Honorable Corte Constitucional.
> Aparece entonces, que del Juzgado 21 Civil Municipal de la Ciudad de Bogotá *se incurrió en lo que la Jurisprudencia Constitucional denomina Defecto Sustantivo*, que se presenta cuando la providencia proferida se basa en una *norma claramente inaplicable* al caso concreto, que para el caso en estudio lo fue, un Auto Inadmisorio de la Honorable Corte Constitucional, por lo que no queda otra alternativa que la de *declarar la violación al Debido Proceso* de la ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE PRODUCTORES AUDIOVISUALES DE COLOMBIA – EGEDA COLOMBIA, declarando la nulidad de la Sentencia proferida el día 18 de octubre de 2.017"[224] (énfasis añadido).

Con esto se puede constatar que la sentencia C-282/97 de la Corte Constitucional colombiana sigue siendo un precedente judicial (obligatorio) y que el criterio de ese tribunal no ha cambiado, por lo que los hoteles están sujetos a los deberes jurídicos que imponen los derechos de autor por el uso de obras dentro de sus habitaciones.

En cambio, se puede observar, al igual que en el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que la tendencia no es un cambio en los criterios judiciales tradicionales sobre el tema de estudio, sino que la tendencia es que algunas asociaciones de hoteleros y algunos hoteles están buscando crear un clima de desinformación, no sólo ante la opinión pública, sino incluso ante las propias autoridades judiciales, buscando desconocer la corriente en la jurisprudencia comparada que reconoce que dentro de las habitaciones de hospedaje hay verdaderos actos de comunicación pública, sometidos a derechos de autor.

[224] Sentencia de 13 de diciembre de 2017, radicación 11001310303320170074600 – 246 1ª Inst.

10.- Conclusiones sobre estos tópicos.

Como se pudo constatar, todos los argumentos que suelen esgrimir los hoteles para no cumplir con sus obligaciones en materia de derechos de autor, encuentran pluralidad de respuestas claras y contundentes de la jurisprudencia comparada y de la doctrina expuesta por los expertos en materia de derechos de autor.

Esto no debe sorprendernos, pues a nivel mundial se comparte el mismo marco internacional aplicable a la materia, que como vimos en el Capítulo II, apartado 2.3. Dicha normativa sujetó los usos secundarios de obras radiodifundidas, dentro de los que se encuentran los usos en las habitaciones de hotel, al imperio de los derechos de autor.

Si en la introducción del presente trabajo, nos propusimos dejar que el Derecho hablara, en el presente capítulo quedó plenamente materializado ese propósito, pues pudimos constatar que, desde hace varios años, y en las diversas latitudes cuyas leyes autorales se basan en el Convenio de Berna, el Derecho ha hablado para decir que dentro de las habitaciones de hotel hay actos de comunicación pública, y por ende, aplican los respectivos derechos de autor.

CONCLUSIONES GENERALES

En los capítulos que integran el presente libro pudimos comprobar que, desde 1948, a nivel internacional se regularon las utilizaciones secundarias de obras radiodifundidas como parte de los derechos de autor mínimos, lo que se tradujo en la aplicabilidad de tales derechos cuando los hoteles proporcionaran entretenimiento audiovisual y musical a los huéspedes, incluso dentro de las habitaciones.

En tal tenor, constatamos que la doctrina especializada (por unanimidad) y la apabullante jurisprudencia comparada (a lo largo de todo el mundo), coinciden en que dentro de las habitaciones de hotel se verifican verdaderos actos de comunicación pública (incluso por mera puesta a disposición de obras), los cuales están cubiertos por el *ius prohibendi* inherente a los derechos de autor (concretamente, los derechos de explotación), lo que implica que, para que los hoteles actúen lícitamente y dentro del marco de legalidad, se requiere que cuenten con la debida licencia o autorización por parte de los titulares de derechos de autor.

Analizamos también los argumentos en contra esgrimidos por ciertos hoteles y algunas de sus asociaciones gremiales, que supuestamente harían inaplicables los derechos de autor a la difusión de obras dentro de sus habitaciones, pudiendo comprobar lo infundado de cada uno de esos argumentos; en especial, a la luz de la doctrina y de las abundantes resoluciones judiciales en el ámbito comparado.

Por tal razón, sólo podemos concluir que, conforme al actual marco jurídico de los derechos de autor, los hoteles deben contar con licencias en esa materia, para poder poner a disposición obras dentro de sus habitaciones. De no contar con dichas autorizaciones, se verificaría un verdadero hecho ilícito (violación a los derechos de explotación) lo que generaría las responsabilidades jurídicas correspondientes (en muchos países, además de la responsabilidad civil, se estaría generando responsabilidades penales y administrativas).

Así, con el presente trabajo, hicimos que el Derecho hablara, tal y como nos lo propusimos en la introducción. Frente a las normas jurídicas y el conocimiento que de ellas podemos desprender, queda poco espacio para mitos y posturas poco informadas sobre la aplicabilidad de los derechos de autor a las habitaciones de hotel.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, "Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios" en *Estudios de derechos de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / AISGE, 2007.

ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

AYLLÓN SANTIAGO, Héctor, *El derecho de comunicación pública directa*, Madrid, Reus, 2011.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, "La afectación de los derechos constitucionales en el proceso penal acusatorio según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en el período 1997-2009", *Estudios constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 8, núm. 2, 2010.

BENUSSI DÍAZ, Carlo, "Los organismos de radiodifusión televisiva y la retransmisión de sus señales", *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 3, núm. 2, Chile, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "La comunicación pública en las habitaciones de hotel" en *Homenaje a A. Bercovitz. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*, Barcelona, Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, 2005.

————, "Introducción a la propiedad intelectual" en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *Propiedad intelectual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

CABALLERO LEAL, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004.

CABANELLAS, Guillermo, y PALAZZI, Pablo, "Derecho de Internet en Argentina" en Montes de Oca, Ángel (coord.), *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Heliasta, 2004.

CÁRDENO SHAADI, José Ramón, "Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor", *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, Instituto Nacional del Derecho de Autor, núm. 3, segundo semestre 2013, México.

"Colombia: habitaciones de hoteles excluidas de derechos de autor", *https://www.hosteltur.com/lat/174300_colombia-habitaciones-hoteles-excluidas-derechos-autor.html*, 16 de agosto de 2017.

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, *Retransmisiones televisivas, derechos de autor y telecomunicaciones. El debate sobre el must offer y el must carry*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, 2017.

————, Eduardo, *Derechos de los autores, artistas e inventores*, México, IIJ-UNAM / Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015.

————, *Introducción al derecho intelectual*, México, Porrúa / IIJ-UNAM, México, 2014.

DELGADO PORRAS, Antonio, "Difusión de emisiones de radio-TV en las habitaciones de hotel" en *Derecho de autor y Derechos afines al de autor*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, t. II, 2007.

————, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Civitas, 1988.

Documents de la Conférence de Bruxelles, Berna, BIRPI, 1951

ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos, "Derecho de comunicación pública" en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 9, 1991.

"Europa falla a favor de los hoteles en materia de propiedad intelectual", *https://www.hosteltur.com/121885_europa-falla-favor-hoteles-materia-propiedad-intelectual.html*, 8 de mayo de 2017.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso "Ley de Medios"*, México, IIJ-UNAM, 2009.

FICSOR, Mihály, *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*, Ginebra, OMPI, 2003.

GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, México, Porrúa, 2011.

GARZA BARBOSA, Roberto, *Derechos de autor y derechos conexos. Marco jurídico internacional. Aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*, México, Porrúa / Tec de Monterrey, 2009.

GINSBURG, Jane C., y RICKETSON, Sam, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, Nueva York, 2a. ed., Oxford University Press, 2006, vol. I.

GOLDSTEIN, Paul, *International copyright. Principles, law and practice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.

GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro José, *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992.

GUIBAULT, Lucie, y MELZER, Roy, "The legal protection of broadcast signals", *IRIS plus*, European Audiovisual Observatory, Estrasburgo, núm. 10, 2004.

KAMINA, Pascal, *Film copyright in the European Union*, Reino Unido, 2a. ed., Cambridge University Press, 2016.

LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993.

"Lo que más se valora en una habitación de hotel", *La Vanguardia*, https://www.lavanguardia.com/ocio/viajes/20160613/402482217014/requisitos-mas-valorados-habitacion-hotel.html.

LITMAN, Jessica, *Digital copyright*, Nueva York, Prometheus Books, 2001.

MAGAÑA RUFINO, José Manuel, *Curso de derechos de autor en México*, México, Novum, 2013.

MARTÍN SALAMANCA, Sara, "Capítulo II: derecho de autor" en Lastiri Santiago, Mónica, y Ruiz Muñoz, Miguel (coords.), *Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

————, "Comentario al artículo 90" en Rodríguez Tapia, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 2009.

————, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2004.

MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, Ginebra, OMPI, 1982.

————, *Guía del Convenio de Berna*, Ginebra, OMPI, 1978.

MEADE HERVERT, Oliver, *El derecho*, México, Patria, 2007.

MITRA, Daksh, y MODI, Aayush, "Pay 'n' pay: public performance of sound recordings *vis-à-vis* copyright infringement", *Journal of intellectual property rights*, vol. 18, marzo de 2013.

MORALES MONTES, Marco Antonio, "El derecho de autor en el entorno digital (primera de dos partes)", *Revista mexicana del derecho de autor*, Instituto Nacional del Derecho de Autor, nueva época, año IV, núm. 11, enero-marzo 2004, México.

MORFÍN HERRERA, María del Carmen, *Clasificación hotelera*, México, Trillas, 2017.

"Muñoz Vico: la propiedad intelectual debe inspirarse en la libertad individual", https://www.tourinews.es/economia-y-politica-turismo/munoz-vico-la-propiedad-intelectual-debe-inspirarse-en-la-libertad-individual_4441573_102.html, 26 de mayo de 2017.

OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, México, 6a. ed., Oxford University Press, 2007.

PARETS GÓMEZ, Jesús, *Teoría y práctica del derecho de autor*, México, Sista, 2012.

————, *Proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007.

PASTRANA BERDEJO, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008.

"Protection of broadcasting organizations: terms and concepts", documento de trabajo preparado por el Comité de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, Ginebra, 2002.

REINBOTHE, Jörg, y VON LEWINSKI, Silke, *The WIPO treaties on copyright*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2015.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

RIBERA BLANES, Begoña, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2002.

RÍOS RUIZ, Wilson R., *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*, Bogotá, Universidad de los Andes / Temis, 2009.

RODRÍGUEZ CORTÉS, Aldo Ricardo, *Bienes intangibles, licencias y regalías*, México, Lawgic, 2014.

SANTIAGO, Vanisa, "Los derechos patrimoniales antes y después del Acuerdo sobre los ADPIC. Los derechos de representación, ejecución y comunicación pública", Curso Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, Uruguay, 1997.

SCHMIDT RUIZ DEL MORAL, Luis, "Comentario al artículo 27" en Ortíz Bahena, Miguel Ángel (coord.), *Ley Federal del Derecho de Autor Comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI)*, México, Porrúa / AMPPI, 2017.

————, "Copyright enforcement puzzles", *Copyright world*, núm. 180, mayo de 2008.

SERGI, Antonella, "Ritrasmissione di segnali radiotelevisivi negli alberghi: la Corte di Giustizia (C-641/15) interviene sul diritto connesso in favore degli organismi di radiodiffusione", *Media laws. Law and policy of the media in a comparative perspective*, 30 de mayo de 2017, http://www.medialaws.eu/ritrasmissione-di-segnali-radiotelevisivi-negli-alberghi-la-corte-di-giustizia-c-64115-interviene-sul-diritto-connesso-in-favore-degli-organismi-di-radiodiffusione/.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Marco jurídico del derecho de autor en México*, México, 2a. ed., Porrúa / FD-UNAM, 2008.

SIRINELLI, Pierre, *Notions fondamentales du droit d'auteur*, Ginebra, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo / OMPI, 2002.

TIRADO ESTADA, Jesús José, "Los delitos contra la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal de 2015" en Fayos Gardó, Antonio (coord.), *La propiedad intelectual en la era digital*, Madrid, Dykinson, 2016.

UGARTECHE VILLACORTA, Rubén, "Las instituciones del derecho de autor y los derechos conexos en el Decreto Legislativo 822", *Anuario andino de derechos intelectuales*, núm. 4, Perú, 2008.

VENTURA VENTURA, José Manuel, "Comentario al Artículo 3°" en Rodríguez Tapia, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2a. ed., Civitas, 2009.

VON LEWINSKI, Silke, *International copyright law and policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

VV.AA., *Glosario sobre derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 1980.

YURASZECK, Nicolás, *La determinación del concepto de comunicación pública en el derecho de autor chileno aplicado a los juicios entidad de gestión colectiva de derechos de productores audiovisuales de chile con cadenas de hoteles*, tesis para optar por el grado de Magister Derecho y Nuevas Tecnologías, Chile, Universidad de Chile, 2018.

UNAM
POSGRADO
Derecho

El presente estudio que la UNAM se honra en publicar estudia uno de los temas clásicos en materia de derechos de autor: la comunicación pública de obras en los establecimientos hoteleros. El libro da cuenta de los fundamentos internacionales del tema, así como contiene un amplio estudio de la jurisprudencia comparada sobre el tema. El presente trabajo es obra de uno de los más destacados expertos en propiedad intelectual en América Latina, y docente de nuestra casa de estudios, Eduardo de la Parra Trujillo.

9 786073 026307