

VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA LA SEÑORA MINISTRA NORMA LUCÍA PIÑA HERNÁNDEZ EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 4158/2021.

En sesión de **veintitrés de marzo de dos mil veintidós**, por unanimidad de cinco votos, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó la resolución del asunto citado al rubro; aunque compartí el sentido del fallo, me aparté de todas sus consideraciones y reservé mi derecho a formular el presente voto concurrente, para precisar lo siguiente:

1.- La cuestión medular que como tema de constitucionalidad fue dilucidada en el recurso de revisión consistió en el examen del artículo 216 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor, para establecer la interpretación que debe hacerse de la porción normativa *“precio de venta al público (...) de la prestación original de cualquier tipo de servicios”* para que ésta sea constitucional en relación con el derecho a la reparación integral de daños, y particularmente a la justa indemnización; concluyéndose en reconocer razón a la recurrente en cuanto a que dicha parte de la norma, en relación con una negociación mercantil hotelera, implica que el porcentaje allí previsto para indemnizar daños y perjuicios opera *sobre la totalidad de los ingresos* percibidos por el servicio de hospedaje.

Mi voto en favor *del sentido* del fallo obedeció a que estoy de acuerdo en que procedía revocar la sentencia de amparo y devolver los autos al tribunal colegiado para que examinara nuevamente la litis constitucional, porque estimo que dicho órgano sí hizo una incorrecta interpretación implícita de esa parte del artículo 216 Bis de la Ley Federal del Derecho de Autor, pues sostuvo que *la prestación original*

del servicio, en el caso, se correspondía “con el precio de la licencia” que el hotel debió obtener de la parte accionante como titular de derechos de uso de obras audiovisuales, para poder hacer comunicación pública, poner a disposición y retransmitir en las habitaciones a sus huéspedes por el lapso reclamado (un mes) la programación televisiva que contiene dichas obras audiovisuales¹; lo que advierto equivocado, pues una correcta interpretación literal del precepto, que se refiere al “*precio de venta al público (...) de la prestación original de cualquier tipo de servicios*”, da cuenta de que la licencia no es el servicio a que allí se alude, por ende, ésta no puede ser la base de la indemnización de daños y perjuicios que regula la norma, y en ello, asiste razón a la recurrente.

Aunque las anteriores no son las razones que sostiene la resolución aprobada para advertir que la sentencia de amparo es incorrecta en este punto, sino que simplemente se afirma que calcular la indemnización con base en el costo de la licencia no permitiría una adecuada reparación, *aseveraciones de las cuales también me aparto*, sí concluyo en el yerro del tribunal colegiado y por ello estoy de acuerdo con el sentido de la resolución.

2.- No obstante lo anterior, no comparto las consideraciones sobre la interpretación de la norma impugnada, en cuanto se sostiene

¹ En la inteligencia de que las decisiones relativas a estos aspectos de la controversia, es decir, a la titularidad del derecho de la accionante y el tipo de derecho que le asiste respecto de las obras audiovisuales y sus alcances, así como la concerniente a si los hoteles hacen comunicación pública, puesta a disposición o retransmisión de contenidos audiovisuales al contar con televisiones en sus habitaciones para el servicio a sus huéspedes, fueron cuestiones ya decididas en legalidad en la secuela procesal, que no son materia de la litis en el amparo directo en revisión y respecto de las cuales no prejuzgo, pues el medio de impugnación sólo se constriñó a la interpretación del artículo 216 Bis, para efectos de la cuantificación de una indemnización por daños y perjuicios.

que la indemnización por daños y perjuicios debe calcularse sobre todos los ingresos percibidos por el hotel por el servicio de hospedaje, que inclusive, la resolución estima que comprenderían los percibidos por otros productos como alimentos y bebidas (párrafos 64 y 88 de la resolución).

En mi opinión, la interpretación de la porción normativa “*precio de venta al público (...) de la prestación original de cualquier tipo de servicios*”, en el contexto de una infracción como la que se estimó actualizada en el caso, no implica que la indemnización por daños y perjuicios deba calcularse sobre el total de ingresos de la negociación por el servicio de hospedaje.

Ello, pues considero que en tal caso resulta imprescindible el juicio de peritos, ya que si bien contar con una amenidad como es la posibilidad de poder ver programación televisiva en las habitaciones de un hotel, para mejorar la calidad del hospedaje añade valor económico a éste, ello no es un elemento relevante ni determinante para el servicio ni para la elección del huésped, y desde luego el servicio implica generalmente otros elementos, inclusive, no siempre comprendidos en el precio del hospedaje, por ejemplo, alimentos, bebidas, transportación, actividades de recreación, etcétera; de ahí que deban ser peritos quienes determinen el valor añadido que aporta al hospedaje esa amenidad y con base en ello se ha de determinar la regla de indemnización, con bases objetivas, racionales y justas, atendiendo a la incidencia, implicación o relevancia que puede tener el elemento que involucró la violación al derecho protegido por la ley autoral de que se trata, por ser dicha diferenciación técnicamente posible.

Encuentro suficientes razones para validar una interpretación del precepto en el sentido anterior, por lo siguiente:

- a) El artículo 216 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor² contempla tres conceptos de reparación en el caso de violación a derechos protegidos por esa legislación: el pago del *daño material*, del *daño moral* (evidentemente, en los casos en que efectivamente se haya causado y conforme al último párrafo de dicho precepto) y la *indemnización por daños y perjuicios* en un porcentaje no inferior al 40% del precio de venta al público del producto original o de la prestación original de cualquier tipo de servicio que implique violación a derechos de autor. Dichos conceptos, de actualizarse, necesariamente han de reconocer *un contenido diferente*, pues el propósito de la norma es reparar el daño realmente causado, lo que de ningún modo puede implicar dobles cobros o dobles condenas.

En el caso de los hoteles cuya infracción se considere consistente en *no haber obtenido una licencia* para hacer comunicación pública, poner a disposición o retransmitir programación televisiva (que contenga obras audiovisuales), estimo que el *daño material* causado al titular del derecho protegido se corresponde precisamente con el costo de la licencia respectiva; y no advierto la eventual causación de un *daño moral* por afectación a derechos de la personalidad (aunque no prejuzgo al respecto, dado que ello no es parte de la litis en el recurso); de manera que, *la indemnización por daños y perjuicios*, necesariamente es un concepto de reparación que

² (ADICIONADO, D.O.F. 23 DE JULIO DE 2003)

Artículo 216 bis.- La reparación del daño material y/o moral así como la indemnización por daños y perjuicios por violación a los derechos que confiere esta Ley en ningún caso será inferior al cuarenta por ciento del precio de venta al público del producto original o de la prestación original de cualquier tipo de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por esta Ley.

El juez con audiencia de peritos fijará el importe de la reparación del daño o de la indemnización por daños y perjuicios en aquellos casos en que no sea posible su determinación conforme al párrafo anterior.

Para los efectos de este Artículo se entiende por daño moral el que ocasione la violación a cualquiera de los derechos contemplados en las Fracciones I, II, III, IV y VI del Artículo 21 de esta Ley.

resulta adicional al daño material, y sólo puede estar referido a meras afectaciones residuales, pues reitero, el monto de la licencia no cubierta ya estaría contemplado en otro concepto de reparación.

De manera que al prever la norma diversos conceptos de reparación, vincula a ser cuidadosos en su aplicación, para no incurrir en condenas que puedan ser excesivas, representar dobles cobros o reparar daños inexistentes.

- b) La norma prevé el porcentaje de indemnización de daños y perjuicios, respecto del *precio de venta al público* del producto original o de la prestación original de cualquier tipo de servicios, no respecto de *ganancias o utilidades*, es decir, no se basa en los reales beneficios obtenidos por el infractor, y esto, en sus supuestos normativos, permitiría indemnizar con base en ingresos, sin tener en cuenta todos los pasivos de la negociación, lo cual, reitero, vincula a que las personas juzgadoras sean cuidadosas en su aplicación, garantizando que la norma sólo se aplique conforme a su primer párrafo, cuando esté clara e indubitadamente actualizado alguno de sus supuestos, y no cuando razonablemente se justifique acudir al juicio de peritos, evitando condenas con las características ya referidas en el párrafo anterior, que no se justifiquen.
- c) El citado precepto 216 bis alude al precio de venta al público del “producto” o “servicios” *originales*, lo que, en mi punto de vista, orienta a que se debe hacer, cuando es posible, según el caso de que se trate, *una diferenciación* para determinar con mayor precisión, cuál es el servicio que implica directamente la violación al derecho de autor, precisamente porque puede haber situaciones complejas para determinarlo, y podríamos entender que no es la intención de la norma que se indemnice sobre precios finales al consumidor cuando un producto o servicio se ha mezclado o conjuntado con otros en un proceso, sino que se distinga al que específicamente involucró la violación, sino, pierde sentido el empleo del adjetivo “original” en el texto normativo.

Por tanto, no veo un obstáculo para que, en el caso de los hoteles, se puedan diferenciar los elementos de un servicio o los conceptos de servicio que ofrece.

- d) En vista de lo anterior, estimo viable que en el caso del servicio de hospedaje, sea a juicio de peritos que se pondere el valor que añade al hospedaje el contar con televisiones en las habitaciones, para establecer la indemnización, y no estimar que debe ser sobre el total de ingresos percibidos por el hospedaje, reitero, partiendo de la base de que en el caso, ya fue determinado en legalidad y no es parte de la controversia en el recurso de revisión, que el hotel hizo comunicación pública de obras audiovisuales protegidas por el derecho de autor.
- e) La resolución aprobada invoca preceptos de la Ley Federal del Derecho de Autor y del Reglamento de dicha ley, para sustentar la conclusión de que en el caso de los hoteles la indemnización por daños y perjuicios debe calcularse sobre el total de sus ingresos de hospedaje; no obstante, considero que dichos preceptos no son útiles para resolver ese punto concreto debatido.

El artículo 149 de la ley referida³ establece que *se pueden utilizar o ejecutar obras artísticas sin autorización, en tiendas o establecimientos abiertos al público, siempre y cuando no haya cargos de admisión y dicha utilización tenga el único propósito de promover la venta de ejemplares de las obras. Por tanto, se sostiene que fuera de esos casos, sí procede el pago de regalías.*

Por otra parte, el fallo cita el artículo 10 del Reglamento de la ley de la materia⁴ para explicar que la *comunicación pública*

³ Artículo 149.- Podrán realizarse sin autorización:

I. La utilización de obras literarias y artísticas en tiendas o establecimientos abiertos al público, que comercien ejemplares de dichas obras, siempre y cuando no hayan cargos de admisión y que dicha utilización no trascienda el lugar en donde la venta se realiza y tenga como propósito único el de promover la venta de ejemplares de las obras, y (...)."

⁴ (REFORMADO, D.O.F. 14 DE SEPTIEMBRE DE 2005)

Artículo 10o.- Las regalías por comunicación, transmisión pública, puesta a disposición, ejecución, exhibición o representación pública, de obras literarias o artísticas, así como de las interpretaciones o ejecuciones, fonogramas, videogramas, libros o emisiones, realizadas con fines de lucro directo o indirecto, se generarán a favor de los autores, titulares de derechos conexos o de sus titulares derivados.

Artículo 11.- Se entiende realizada con fines de lucro directo, la actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, derechos conexos o reservas de derechos, la utilización de la imagen de una persona o la realización de cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de cómputo.

de obras musicales *produce regalías* porque se utiliza con fines de lucro indirecto, ya que la música resulta una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderantemente desarrollada por el agente en el establecimiento comercial.

Asimismo, cita el artículo 11 del mismo Reglamento, para advertir que cuando la comunicación pública se realiza con fines de lucro directo, por actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, derechos conexos o reservas de derechos también da lugar al pago de regalías.

Sin embargo, *en el caso no se discutió un derecho al cobro de regalías autorales por comunicación pública, dada la calidad de licenciataria de la actora, sino un derecho de cobro de licencia para hacer comunicación pública mediante puesta a disposición, o retransmisión de obras audiovisuales; y lo relevante es que, esas disposiciones invocadas, a mi juicio, no se refieren ni pueden servir de base para establecer sobre qué ingresos se debe calcular la indemnización por daños y perjuicios.*

- f) La resolución sostiene que de no fijar la indemnización en función del total de ingresos percibidos por el hotel por el hospedaje, se *incentivaría a que no se firmen convenios con los autores y autoras para el pago de regalías* en términos del artículo 26 Bis de la ley autoral, pues la consecuencia de infringir la ley *sería mínima*, ante una indemnización *relativamente menor*.

Tampoco comparto estas afirmaciones; primero, porque en el caso, reitero, la problemática no involucra derechos de autor para el cobro de regalías, sino derechos de cobro de una licencia a su vez, a una licenciataria que se estimó titular de los derechos de explotación de determinadas obras audiovisuales; y segundo, porque como señalé, la norma en su diseño permite que el titular del derecho protegido por la

Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en 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.

No será condición para la calificación de una conducta o actividad el hecho de que se obtenga o no el lucro esperado.

ley, cubra el daño material causado, inclusive, podría enfrentar un reclamo de daño moral si se dieran los presupuestos para ello; por ende, la indemnización por “daños y perjuicios” adicional, responde sólo a daños residuales; sumado a que en los supuestos del primer párrafo del artículo en análisis, no se trata de una indemnización sobre ganancias, sino sobre ingresos, por lo que no podemos considerar que no se alcance una reparación integral; la norma es suficientemente eficaz para desincentivar conductas lesivas por parte de los infractores, y como la resolución lo señala, no tiene un propósito de castigar, sino de resarcir, y considero que esto se logra plenamente en los términos ya referidos, sin permitir que la norma en su aplicación material tenga un efecto punitivo sancionador per se, y no sólo resarcitorio.

Así que por las razones expuestas, me separo de todas las consideraciones de la resolución.

3.- Por último, estimo pertinente precisar que las consideraciones de la resolución aprobada fueron retomadas del fallo del amparo directo en revisión 4869/2019 en el cual voté en contra; y en congruencia con ello, aquí me separo de dichos razonamientos. Ello, aun cuando por una circunstancia distinta propia de este caso, ya explicada con antelación, consiento en el sentido de la resolución que revoca la sentencia de amparo y devuelve los autos al tribunal colegiado para que examine nuevamente la litis constitucional.

**MINISTRA
NORMA LUCÍA PIÑA HERNÁNDEZ**

**SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA
MTRO. RAÚL MENDIOLA PIZAÑA**