

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

Comunicación pública. Noción de local público.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala II

FECHA: 10-3-1993

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en “La Ley” (t. 1997-D), 153.

OTROS DATOS: Divertimento S.R.L. vs. SADAIC

SUMARIO:

“Una confitería -sea o no bailable- donde se difunde música grabada utiliza el «producto» artístico como elemento comercial inherente al negocio y con innegable ánimo lucrativo. Por ello cabe siempre a este efecto ser calificado como lugar público, más que por su circunstancia ambiental o de acceso, etc. porque ahí la música difundida forma parte del giro comercial del titular”.

TEXTO COMPLETO:

1ª ¿Es nula la sentencia apelada? 2ª En su defecto, ¿es ella justa? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en definitiva?

1ª cuestión. -- El doctor Donati dijo:

El recurso de nulidad no ha sido mantenido en esta instancia de alzada y no encontrando vicios u omisiones que hagan necesario su declaración oficiosa, corresponde desestimarla. Así voto.

El doctor Serralunga dijo:

Por las mismas razones que invoca el colega preopinante, voto en igual sentido a la primera cuestión.

El doctor Rouillon dijo:

Que se abstiene de votar en función de lo dispuesto por el art. 26 de la ley 10.160 y conforme con la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en la causa “Solari, Juan C. -- Homicidio culposo -- Recurso de Inconstitucionalidad (Expte. N° 579/88)”.

2ª cuestión. -- El doctor Donati dijo:

Contra el pronunciamiento de grado que en los autos “Divertimento S.R.L. c. SADAIC s/ acción mere declarativa” hace lugar a la demanda declarando la inconstitucionalidad de los arts. 3º inc. b) y 4º del dec. 5146 (12/9/69) con costas, y en su acumulado “SADAIC c. Olaf Confitería (Divertimento S.R.L.) s/ cobro de australes” se rechaza la demanda, con costas, se alza la Sociedad de Autores y Compositores (SADAIC) expresando agravios a fs. 121/8. La contraria responde a fs. 129-145.

Iniciadas casi simultáneamente (marzo 1988) ambas acciones, en tanto la actora del principal (Divertimento S.R.L.) persigue una declaración liberatoria de la obligación de pagar contra SADAIC, ésta promueve el cobro de australes por la misma causa: el arancel por utilización en una confitería reproducción por soporte: disco, cinta, etc., del repertorio musical de SADAIC por aplicación del art. 3, inc. b) del dec. 5146/69.

El fallo, tomando la cuestión como de puro derecho se interroga primeramente si adquiriendo el usuario una placa discográfica --o sus sistemas

análogos-- en el mercado, luego, para su difusión o reproducción pública debe solicitar autorización y pagar el arancel. En ese afán el juez no halla que esa facultad anide en la ley 11.723 según varios métodos interpretativos que enuncia. También descarta la asimilación de la reproducción con la ejecución y que, en su caso una confitería es un lugar semi-público o semi-privado.

Seguidamente analiza la ley 17.648 de creación de SADAIC y su dec. reglamentario 5146/69 citado cuyo objeto --dice-- es la recaudación de los derechos económicos de los autores, pero en su concepto en nada dispone una extensión del derecho intelectual del autor. Concluye al fin que el decreto en estudio siendo de carácter delegado, administrativo o de integración, ha excedido los límites de la ley que reglamenta, toda vez que la ley fija que para la determinación del arancel a cobrar por los derechos autorales debe existir una previa consulta a los sectores interesados y en cambio el decreto, haciendo caso omiso a ello faculta a SADAIC en forma unilateral a fijar dicho arancel. Halla injusto que el Poder Ejecutivo Nacional haya excedido ese marco tanto por resultar practicable --como el caso de los convenios colectivos, u otras consultas etc.-- cuanto porque es razonable la consulta a las partes interesadas, y su incompatibilidad con los principios generales de los contratos.

Agravia al recurrente el fallo que pecaría de insuficiencia al no tomar en cuenta la significación constitucional de la protección a los derechos de autor de obras musicales, al ser un derecho económico extensión del derecho de propiedad que conlleva el "usar y disponer" de ellas. En su virtud --afirma-- se habría omitido considerar que ese derecho de "uso" puede ser limitado por el autor o por una disposición legal; en el caso al de carácter doméstico y no público. En definitiva es ello lo que surgiría en su concepto del arco de normas legales en vigor: arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, arts. 35, 50 y 73 inc. b de la ley 11.723, en la Convención de Berna (arts. 2º ap. 1, 11 ap. 1 y 3, 11 bis ap. 2 y 13 ap. 1 y 2) y en el dec. 41.233/34 arts. 33 "in fine" y 40, dec. 746/73 art. 2º. Asimismo le agravia el fundamento relacionado con la ley 17.648 donde se afirma que no se habría consultado previamente. Al respecto señala que la

ley no establece que deba consultarse previamente en cada caso para convenir el arancel sino que se trata de una consulta para determinar el régimen de percepción y liquidación de los derechos, no la alícuota del arancel en base a los asistentes al espectáculo. Agravia también que considere al lugar como "semi-público" o "semi-privado", afirmando que el eje del tema pasa por observar si se trata de un lugar donde se difunde música sólo para la familia o invitados seleccionados o para el público en general. Tras otras consideraciones sobre la determinación de la alícuota y la procedencia de la demanda pide se revoque la sentencia, haciendo lugar a sus pretensiones.

Al contestar agravios la contraria procura rebatir los argumentos de su adversario conforme el memorial de fs. 129-145. En general se sostiene la justicia del fallo con puntuales consideraciones descalificatorias de la posición de la oponente.

I. El arranque expositivo y fundante del fallo (fs. 97 párr. 3º y sigtes. y 97 vta.) es de difícil comprensión. En procura de definir si cabe o no autorizar al adquirente de una placa fonográfica su difusión o reproducción pública, parece decir que no halla un texto expreso que así lo consagre en la ley 11.723 y que histórica y sistemáticamente habiendo podido el legislador hacerlo no lo hizo.

Ahora bien, el mismo fallo cita precedentes de interpretación sobre la materia que justamente dicen lo contrario de lo que enuncia. Así por ejemplo el fallo citado a fs. 97 v. línea 14 DJ, 1988-2-1147/8 de la CSJ de San Juan en base a fallos de la CSJN señala que no es recomendable atenerse estrictamente a la palabra de la ley sino al espíritu que la informa; es ahí donde debe rastrearse en procura de su aplicación racional (Fallos: 300:417); que los jueces deben superar las posibles imperfecciones técnicas de instrumentación legal (Fallos: 302:973, 306 vol. I, 1066/7) y que no hay método interpretativo mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de la ley (Fallos: 305:II-1263/70). Todo ello para fundar justamente de derecho del autor sobre la difusión de música grabada.

En este análisis, lo primero que salta a la vista es que no estamos en presencia de un fenómeno jurídico sencillo, de regulación legal simple ni inci-

dental, sino por el contrario que por la naturaleza de la materia sujeta a interpretación existe una legislación específica, imperfecta, compleja; ella se estructura y reglamenta contemporáneamente a su metamorfosis técnica, en cuya virtud un análisis meramente literal no es suficiente, ni se agota con una referencia histórico-sistemática de lógica simple o de mera hipótesis eventual etcétera.

El fallo no convence desde el inicio sencillamente porque la ley 11.723 no tiene por qué prever todos los modos imaginables de reproducción de la obra como asimismo las variantes de la aplicación de métodos de reproducción que para la época de su sanción eran impracticables; además como veremos ella no carece de elementos definitorios de su objeto tuitivo cuya extensión alcanza holgadamente el fenómeno que analizamos: la reproducción pública con fines lucrativos de la música grabada.

II. Puede advertirse en el caso que se ha prescindido de nociones y distinciones básicas del fenómeno mismo autoral, de su proyección tecnológica (electrónica) como de su significación jurídica.

A. En primer lugar cabe distinguir entre “obra” y “soporte musical” --discos, cassettes, etc.-- (conf. CNCiv., sala B, DJ, 1988-1-416).

1) La redacción aluvional del art. 1º de la ley 11.723 puede inducir al error de confundir entre el objeto especial de protección legal --por mandato constitucional (art. 17)-- y lo que sea su eventual soporte. Sin embargo, con defectuosa técnica, de todos modos define su objeto relevante: las “obras artísticas”, agregando que comprende a las “composiciones musicales”. Y si bien en su redacción agrega los procedimientos de reproducción más modernos como propios también de la “obra”, al final realiza la distinción cuando culmina diciendo “sea cual fuere el procedimiento de reproducción”. Quiere decir que el legislador en el afán de cubrir un proceso tecnológico entonces embrionario junto al núcleo de su objeto de protección de cualquier modo permite inferir esa diferencia entre “la obra misma” y el medio de reproducción.

Pero más aún se nota esa diferencia cuando la exigencia jurídica de precisión nos lleva a estudiar el art. 2º que da justamente la medida de la protección legal.

El art. 2º de la ley 11.723 dice en su texto substancial que: “el derecho de propiedad de una obra... comprende para su autor la facultad de disponer de ella...”.

Esta facultad o derecho refiere a la “obra”, la creación misma, no al soporte técnico instrumental (disco, cassette) que, una vez editado, permite la reproducción en los modos más diversos. Por ello el derecho del autor sobre su obra no se agota porque ésta haya sido editada para su reproducción o difusión --asimilable al libro que no se consume por ser utilizado-- sino que subsiste, atento esa expresión de la ley --de enclave constitucional-- por la que se lo faculta a “disponer de ella” --de la obra misma: composición musical-- no sólo del soporte editado para facilitar su reproducción.

La amplitud de este derecho se expresa luego didácticamente en el aludido artículo al señalar que esa facultad o derecho comprende la de “...reproducirla en cualquier forma”.

En síntesis, al autor se le reconoce concretamente un derecho de disposición de rango constitucional --art. 17 Constitución Nacional y Convención de Berna art. 2º y 11-- sobre la “obra” --a lo que cabe conceptualmente identificar como la creación musical misma-- que alcanza cualquier tipo de reproducción, en cuyo contexto la edición de un soporte musical para facilitar tal reproducción tiene una finalidad en sí misma limitada a su utilización específica privada, personal, familiar y pública no mercantil; pues el derecho reservado del autor es amplísimo atento la expresa amplitud que la ley consagra.

Esta distinción entre “obra” y “soporte” es una noción básica sin la cual es imposible encarar el análisis de los textos legales. Ella tiene previsión normativa en el art. 2335 del Cód. Civil --obviamente redactado antes de 1869-- al decir “Las pinturas, esculturas, escritos e impresos, serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia (soporte) en que se ha ejercido, y como accesorio la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adherido” (el subrayado y parentizado es nuestro). En la nota Vélez Sársfield termina señalando: “Nosotros consideramos que el papel

y la tela son hechos para el uso de la escritura o de la pintura; y no la escritura o la pintura para el uso del papel o de la tela” (nota). Hoy diríamos el disco o el cassette son hechos para reproducir la “obra artística musical”; y no la obra musical para el uso del disco o el cassette. Esta orientación interpretativa del fenómeno es a la vez el sentido jurídico de la “ratio legis” anclada en la tuición constitucional de la norma citada sobre la obra de donde surge expresa, literal y racionalmente la reserva de los derechos autorales sobre toda reproducción de la obra.

2) Por cierto que existen fenómenos o circunstancias heterogéneas en que nuevamente la reflexión jurídica debe repetirse: por ejemplo cuando soporte y obra se unifican (escultura), se superponen (cinematografía), cuando se unen ejecución y reproducción (cantantes en vivo con música grabada) etc. Pero todo ello no empece al concepto central de ese derecho reservado del autor a toda reproducción de su obra respecto de la cual la edición y comercialización del soporte musical (disco o cassette) es sólo una variante limitada por una vinculación contractual compleja con efecto jurídico de uso limitado, como luego veremos.

3) En este orden aparece poco menos que incomprendible la doctrina esgrimida por la obligada al pago citando a Bidart Campos en un artículo en la revista “Somos” (copia en el acumulado) en cuya virtud el distinguido constitucionalista razonaría que en base al art. 17 de la Constitución Nacional la protección moral del autor se reduciría al riesgo de que se altere su obra, cosa que la reproducción discográfica garantiza y, en consecuencia cuando autoriza tal grabación da consentimiento a que el disco entre en el tráfico comercial por lo que el adquirente no debe pagar arancel alguno por su difusión pública.

Centrar el derecho de autor sólo en su aspecto “moral” es decir proteger la integridad de la obra musical, no agota la clarísima directiva constitucional que da al autor un derecho “patrimonial” sobre la obra misma, como luego veremos. El razonamiento expuesto --pertenezca o no a Bidart Campos-- constituye una reducción arbitraria del reconocimiento que hace la norma fundamental de la proyección patrimonial de la obra artística en

sí misma, en cuanto puede ser objeto de diversas ejecuciones, reproducciones, etc. conforme la ley mencionada (art. 2º, ley 11.723) lo precisa para la generalidad.

Es que no vemos cuál es la razón para que un análisis limitado a la proyección moral de la obra --la protección de su integridad-- invada la esfera patrimonial que responde a otros parámetros instrumentales, técnicos, que nada tienen que ver con aquello: el valor económico de la obra es una cosa, su integridad o garantía de no desnaturalización, otra.

III. B. No parece ocioso recalcar que la desventura del fallo consiste en omitir un examen --tal como lo pretende la recurrente en su agravio-- del fenómeno desde su base constitucional y su significación jurídica patrimonial y contractual. Por lo que cabe analizar la base constitucional y la proyección jurídico patrimonial de la obra.

1) Sea cual fuere la discrepancia en doctrina sobre la naturaleza jurídica de los derechos del autor, el art. 17 de la Constitución Nacional es terminante al darle una significación patrimonial precisa y por ello relevante. Luego de declarar la inviolabilidad de la propiedad agrega la conocida precisión: “todo autor...es propietario exclusivo de su obra...por el término que acuerde la ley”. La redacción definitiva en sentido normativo significa que sin ser absoluto este derecho comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad” (Fallos: 145:307). Es decir, sea el derecho de autor “inmaterial”, “sui generis”, “creditorio”, “concesión emergente”, etc. (Laffaille, H. “Derechos Reales”, t. II, vol. 4, p. 178 y sigtes. Nro. 1039), en todo caso la norma constitucional le reconoce expresamente una significación patrimonial concreta y centrada “en la obra” --no en la idea, ni en el soporte-- lo cual constituye la reservación de un derecho patrimonial exclusivo --también limitado por su reglamentación como por su valor cultural y social-- sobre toda proyección económica de la creación artística.

Este derecho patrimonial específico de rango constitucional se expresa a su vez en la ya referida ley 11.723 especialmente en el art. 2º ya citado y arts. 36, 50, 73 etc., a que luego aludiremos, y en la

Convención de Berna especialmente art. 2º ap. 1, art. 11 ap. 1 y concordantes.

2) Ahora bien esto lleva a preguntarnos ¿qué significa que el derecho del autor tenga una proyección patrimonial de rango constitucional?

Es necesario atender al fenómeno mismo de la creación artística.

Significa que el autor de la obra posee un derecho sobre toda proyección patrimonial de la misma en tanto no hay arte o creación que no sea comunicable; la obra es a la vez y por esencia, expresión formal dirigida a un sujeto que la recompone como placer estético en su interior; por ende --en el caso de la música-- necesitada de una repetición o reproducción que la “actúe”, que la haga presente a fin de captarla consumando el fenómeno que le es propio. Esto es que la reproducción por cualquier medio permite consumir el fin propio de la creación cuyo acabamiento pertenece al destinatario --lector, espectador, oyente-- en su multifacética suerte estética.

3) Esa finalidad lograda por la “reproducción” no reconoce a este efecto diferencia jurídicamente trascendente con la “ejecución” por intérprete en vivo, toda vez que éste se convierte en soporte humano actuante --y presente-- como reproductor de la obra de lo que en el soporte musical electrónico se ha incorporado de una vez y sólo se reitera cada vez que se lo actúa. En ambos casos, se ve, el autor de la obra posee un derecho sobre ella misma que se proyecta a toda reproducción que tenga una significación económicamente apreciable.

En consecuencia, entre ejecución, reproducción, difusión, etc. a los fines de la proyección jurídico patrimonial de la obra no hay diferencia alguna; pues todas constituyen el medio en que la creación artística musical o autoral pueda consumir su fin específico que la ley capta para regular normativamente.

Hallamos pues que el fallo es desacertado cuando inútilmente trata de ahondar en la diferencia entre “ejecución” y “reproducción”; distinción tal vez necesaria a otros efectos o circunstancias jurídicas, pero no para mellar el derecho “autoral” en su significación patrimonial específica.

IV. El derecho del autor sobre la difusión pública patrimonial significativa y los derechos de los adquirentes del soporte musical (placa, cassette, etc.) con aspectos complementarios y derivados de lo expuesto más arriba.

A. Como es sabido el art. 36 de la ley 11.723 concreta el derecho autoral en su significación patrimonial y respecto de la reproducción de obras musicales en los siguientes términos: “los autores de obras musicales gozan del derecho exclusivo de autorizar la difusión pública por cualquier medio de recitación, representación y la ejecución de sus obras”. Posteriormente el dec. reglamentario 41.233/34 (modificado por dec. 9723/45) determina que “se entiende por representación o ejecución pública aquélla que se efectúe --cualquiera que fueren los fines de la misma-- en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar y, aún dentro de éste cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior. Se considerará ejecución pública de una obra musical la que se efectúe por ejecutantes o por cantantes, así como también lo que se realice por medios mecánicos: discos, filmes sonoros, transmisiones radiotelefónicas y su retransmisión por altavoces” (art. 33).

Esto significa que “se contiene el concepto de autoría en los creadores de la obra intelectual con independencia del soporte material sobre el cual está fijado, haciendo hincapié en que cada utilización secundaria origina un derecho separado” (CNCiv., sala C, LA LEY, 1987-C, 29 citando a Villalba y Lipszyc en ED, 64-652); es decir que “no desaparece en ningún momento el derecho autoral, por más que se haya “editado” o grabado un disco y puesto en el público” (fallo citado). Agrega al respecto Miguel Angel Emery que “el derecho por utilización secundaria o comunicación al público es propio de los derechos autorales... y no tiene paralelo ni semejanza con ninguna institución del derecho industrial” (coment. a fallo ob. cit. p. 28, ídem Carlos A. Villalba, “El Derecho de Ejecución de Música Grabada”, LA LEY, 1987-B, 12 especialmente p. 26).

Al mismo tiempo el art. 36 de la ley 11.723 luego de enunciar el ya descripto derecho exclusivo del

autor de autorizar la difusión pública, señala las excepciones (inc. b y párrafo agregado por ley 20.098) en los que se ve claramente la intención del legislador de hacer excepción al derecho del autor en los supuestos de difusión oficial o bien gratuita con fines culturales ajenos al empleo lucrativo de ellos.

B. En consecuencia el cartabón normativo --complejo, imperfecto, atípico-- configura el derecho de autor entre los derechos reales como un típico “dominio imperfecto” (art. 2507, Cód. Civil y arts. 2661-2672, Cód. Civil) para algunos un derecho real de contenido especial (Estévez Braza en fallo CNCiv., sala B en DJ, 1988-1-416) tanto en cuanto temporario para el mismo autor y sus derechohabientes (art. 5º, ley 17.723) como por su condición de revocable (confr. Laffaille, ob. cit., ps. 133, 174; ídem Frutos P., “Derechos Reales”, t. I, p. 223) particularmente a quienes les es transmitido (art. 2507, Cód. Civil).

De tal modo si dominio revocable se da cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad o de su uso por una causa proveniente de su título (art. 2663, Cód. Civil), en tanto el derecho reservado por el dueño implica haber enajenado solamente el dominio útil de la cosa, emerge la distinción entre “obra” y “soporte” como elementos de un mismo contrato entre autor y consumidor --dejando de lado la compleja relación jurídica intermediaria-- en cuya virtud el autor cede sólo el derecho a la utilización privada por el consumidor por cuanto sus derechos reservados a la difusión pública obran como condición resolutoria del dominio revocable a que su duración fue subordinada (art. 2688, Cód. Civil). Esto es que el autor como titular de un derecho sobre la obra, dominialmente imperfecto --temporal y revocable-- al editarla materializa un soporte (disco, cassette) sobre el que teniendo un dominio perfecto lo enajena como cosa instrumentalmente útil con cláusula legal implícita --he ahí la importancia anoticiadora y vinculante del sello que llevan estos productos sobre la prohibición de su reproducción-- que opera como condición resolutoria del derecho transmitido. En fin, el autor transmite al consumidor de un disco un dominio útil limitado, condicionado o revocable, relativo a su utilización privada.

C. Otro aspecto de la cuestión es el concepto de “utilización privada”. Aparece normalmente como opuesto a “público” en consecuencia evocando una significación ambiental objetivamente difusa o de difícil precisión: ¿qué es público, qué es privado?

Nos parece muy claro que la significación legal no puede desmembrarse de los fundamentos que hemos reseñado más arriba; esto es que la utilización privada del disco significa que el adquirente tiene el derecho de reproducir la obra para sí y un ámbito particular que no trascienda a la esfera pública con connotación mercantil; esto es toda utilización secundaria que conlleve una significación económica o patrimonial que colisiones con el derecho reservado del autor. La ley protege el derecho del autor cuando el uso de los discos y cassettes por parte de terceros tiene fines comerciales, ánimo de lucrar o significación económica secundaria mensurable. En síntesis lo que la ley prevé es el uso público patrimonialmente significativo del disco o cassette más que una referencia ambiental específica sobre que sea más o menos público o privado un lugar donde se difunde la música.

En el caso que nos ocupa no cabe duda alguna que es inaceptable la conceptualización del fallo como lugar “semi-público” o “semi-privado”. Una confitería --sea o no bailable-- donde se difunde música grabada utiliza el “producto” artístico como elemento comercial inherente al negocio y con innegable ánimo lucrativo. Por ello cabe siempre a este efecto ser calificado como lugar público, más que por su circunstancia ambiental o de acceso, etc. porque ahí la música difundida forma parte del giro comercial del titular.

V. Queda por analizar los derechos de SADAIC a percibir los derechos autorales reservados.

Conforme lo visto, en tanto para el fallo no existiría norma legal que autorice a percibir tal retribución SADAIC carecería de facultad para exigirlo en base a normas excedentes (ley 17.648 y dec. 5146/69) sobre derechos no reconocidos, por ello inconstitucionales; nosotros hasta aquí hemos concluido, contrariamente, en la existencia de aquel derecho reservado toda vez que la difusión pública de placas o cassettes tengan una significación patrimonial o

económica. Con ello en principio la definición de nuestro criterio se halla prácticamente expuesta.

Ahora bien, el razonamiento del fallo es aquí de difícil comprensión: se detiene a considerar la relación entre la ley que reconoce a SADAIC como asociación civil privada representativa de los creadores de música nacional (17.648) y su decreto reglamentario sobre un aspecto puntual de la modalidad determinativa de la imposición arancelaria, pero sin desarrollar la excedencia de estas normas conforme lo hemos expuesto en el párrafo precedente respecto de la ley 11.723.

Esta intercadencia o paralogismo singular es a la vez errado en su propia entidad. Señala inicialmente que en la aludida ley 17.648 de reconocimiento de SADAIC se dispone que la reglamentación determinará asimismo el régimen de percepción y liquidación de derechos autorales, “previa consulta con los sectores interesados”. Luego afirma el juez que el decreto reglamentario cuya inconstitucionalidad declara, en su art. 3º faculta directamente a SADAIC a fijar aranceles, dando en el artículo siguiente la escala arancelaria, sin que se haya consultado a los sectores interesados. Afirma así que el Poder Ejecutivo Nacional, habría excedido su facultad reglamentaria al haber ignorado el presupuesto de la previa consulta; lo cual, a criterio del juez, era practicable. Cree razonable consultar a las demás partes interesadas, particularmente a quienes recaerá la obligación de pagar el arancel.

Encuentro razón a los recurrentes. Resulta evidente que la ley 17.648 en su art. 5º no establece un mecanismo de consulta puntual, permanente, individualizado, etc. Al referir a “sectores interesados” en materia de fijar un régimen de percepción y liquidación de derechos autorales se está refiriendo a la conformación de una escala porcentual consensuada globalmente entre las entidades representativas de los diversos sectores económicamente interesados al tiempo de establecerse dicho régimen. En consecuencia no es dable descubrir de dónde extrae el juez que no se haya verificado dicha consulta al tiempo de dictarse el dec. 5146/69, afirmando la recurrente que se hizo. Además no es materia de litis puesto que las cuestiones de puro derecho no admiten discrepancia fáctica sobre el proceso formativo de la ley.

Asiste razón también a la recurrente en el sentido de que la conformación del arancel y sistema liquidatorio permite a las partes en los casos concretos llegar a acuerdos amistosos o contemplativos de circunstancias especiales; que la propia obligada al pago reconoce haber abonado los importes exigidos por SADAIC.

Para concluir vale recordar algunos precedentes sobre el particular. Así se ha dicho que “Es cierto que el art. 56 de la ley 11.723 prevé un acuerdo entre el intérprete y el usuario y, en caso contrario, que el monto de la retribución quede fijado en juicio sumario, pero los conceptos del citado decreto (1671/74) y el giro obligatorio de su terminología es suficientemente demostrativo de su imposición general obligatoria...”, además “la intervención de la AAI y Capif en la fijación arancelaria de los usuarios tiene finalidades de impulso y control por parte de los interesados en el cobro de las tarifas. La regulación de derechos con retribución única para los intérpretes y productores y la delegación del Estado de facultad de fijar aranceles que deban abonar los usuarios como retribución única tiene un origen legal indudable y que está en parte influenciada por la asociación privada en la que se delega también la recaudación correspondiente” (CNCiv., sala C, LA LEY, 1984-B, 419). Del mismo modo para productores de fonogramas la sala F de la misma Cámara (DJ, 1988-1-657 --LA LEY, 1988-1-657--). Nuestra Cámara (sala III) ha dicho que “los autores y sus derechohabientes tienen facultades para imponer las condiciones de uso y explotación de la obra, incluso su precio. SADAIC en su calidad de representante del autor está facultada para aplicar el arancel a cada usuario conforme a las distintas circunstancias y situaciones de cada caso estableciendo condiciones de uso y explotación de la obra” (Juris, 29-206).

Resumiendo parece incuestionable que SADAIC tiene reconocimiento legal de su calidad de representante de los creadores de música sujetos a su régimen (art. 1º de la ley 17.648); en su virtud se halla facultada a percibir “los derechos económicos de los autores emergentes de la utilización de las obras musicales cualesquiera sean los medios y modalidades” (art. 1º, dec. 5146/69). Además como la ley mencionada determina que la reglamentación respectiva determinará el régimen de percepción

y liquidación de los derechos autorales (art. 5º, ley 17.648) no se ve en qué consiste el exceso reglamentario comentado si el decreto consiguiente discierne las facultades y aranceles correspondientes pacíficamente acatados por la comunidad de intereses respectivos, y con márgenes de estimación según los casos particulares. En tanto SADAIC no excede en su pretensión estos límites obra, sin duda, dentro de un arco legal incuestionable.

Por los fundamentos expuestos voto por la negativa.

El doctor Serralunga dijo:

Por las mismas razones que invoca el colega preopinante, voto en igual sentido a la segunda cuestión.

El doctor Rouillon dijo:

Que se remite a lo expresado al tratar la primera cuestión.

3ª cuestión. -- El doctor Donati dijo:

Atento la conclusión precedente cabe acoger el agravio relativo a la inconstitucionalidad declarada, en consecuencia revocando el fallo en la parte pertinente.

Ahora bien, con motivo del desenlace liminar del fallo sobre inconstitucionalidad el a quo ha omitido el tratamiento de una cuestión subsidiaria planteada en la demanda (fs. 18 punto B y especialmente fs. 18 vta. párrafo 3º y sigtes.) respecto de que el arancel pretendido por SADAIC (20%) lo sea sobre los ingresos brutos. La actora persigue se declare que tal arancel debe calcularse en base a los ingresos netos.

Al respecto parece incuestionable la defensa de la recurrente en el sentido que el arancel fijado por el art. 4º, inc. a) del dec. 5146/69 señala expresamente “el 20% de los ingresos, cuando se trate de actos o espectáculos para los que se cobre entrada, se perciban valores equivalentes a dicho cobro o éste sea propio de su naturaleza. Los organizadores no podrán invocar la entrega de entradas gratuitas...”. Es decir, la norma fija pautas arancelarias sobre una base de ingreso referenciado en el valor de las entradas, excluyendo de tal modo toda referencia a descuentos por otros conceptos que reduzcan la base al “ingreso neto”.

Cabe por fin analizar la procedencia de la demanda.

Del extenso memorial de responde (fs. 12-20 del acumulado) decantando lo ya tratado implícitamente en los puntos anteriores la resistencia de la accionada se circunscribe (fs. 17 vta. último párrafo) a negar que las facturas confeccionadas por SADAIC refleje en modo alguno el ingreso de dinero a Olaf Discoteque. Agrega que dicha discoteca los días domingos presta su local a estudiantes secundarios sin costo alguno; que los restantes días el 40% de los asistentes masculinos y el 60% de los femeninos no paga entrada.

Luego de un detenido examen de los obrados en su compleja armazón y del agregado probatorio, estimase que la accionada no acredita --tal como resulta de su postulación defensiva-- el hecho esgrimido relativo al ingreso real de personas. Es evidente que para SADAIC la única fuente de información precisa lo constituyen los que puede disponer la obligada al pago, quien posee los elementos de contralor de ingresos de personas. De suerte que si no es ésta quien se los facilita o los trae al juicio para su dilucidación, los cálculos de esa entidad deben tenerse por ciertos, máxime si en general se advierte que se establecen aranceles sobre bases mínimas de ingresos. Carece de relevancia la falta de reconocimiento por parte de los mismos dependientes de SADAIC de algunas facturas puesto que aquellos que declararon en juicio reconocen como tales los que a ellos respecta.

Por último carece de razón la apelada cuando esgrime como defensa el ingreso de personas con entradas gratuitas toda vez que a su respecto rige el art. 4º, inc. a) del dec. 5146/69: “los organizadores no podrán invocar la entrega de entradas gratuitas ni la gratuidad del acto o espectáculo. En este supuesto se determinará por analogía el producido”.

En consecuencia corresponde hacer lugar a la demanda imponiéndose las costas en ambas instancias a “Divertimento S.R.L. (Olaf Discoteque)” al ser vencida en ambas acciones. Así voto.

El doctor Serralunga dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el doctor Donati; y así voto.

El doctor Rouillon dijo:

Que se remite a lo expresado al tratar la primera cuestión.

Con lo que terminó el acuerdo y atento a los fundamentos del mismo la sala segunda --integrada-- de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario resuelve: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, en consecuencia revocar la sentencia de fs. 91-102, rechazándose la demanda de autos "Divertimento S.R.L. (Olaf Discoteque) c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores s/ acción mero declarativa"; haciéndose lugar en todas sus partes a la demanda en los autos "SADAIC c. Olaf Confitería Arroyo Seco s/ cobro de australes", condenando a la accionada a pagar la suma reclamada con sus accesorios según demanda. Costas en ambos procesos e instancias a la actora en el primero, demandada en el segundo acumulado Divertimento S.R.L. (Olaf Discoteque).