

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

Remuneración por comunicación pública. Hoteles.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en Pleno

FECHA: 15-9-2005

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal Propiedad Industrial/Intelectual & Mercado. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en <http://www.dpi.bioetica.org/jurisdpi/jurisprudencia.htm>

OTROS DATOS: AADI CAPIF vs. Catalinas Suites; AADI CAPIF vs. Argot; AADI CAPIF vs. Hung Pai Ying y otro

SUMARIO:

“... quien recibe una obra protegida por el derecho de autor mediante un fonograma en su domicilio, está percibiendo el uso primario del mismo. Y quien lo recibe desde un hotel, lo hace en carácter de uso secundario, por que no es el sujeto al que estaba destinado primigeniamente”.

“Los sucesivos ocupantes de las habitaciones del hotel conforman, entonces, para el hotelero un público al que le retransmite obras musicales con ánimo lucrativo. En tales condiciones la cuestión a resolver debe ser tratada desde la empresa o negocio y en el marco de protección que reconocen a intérpretes y productores de fonogramas las normas sobre derechos de autor y derechos conexos y no desde la persona o huésped relativo a su privacidad. El resguardo a la intimidad de los pasajeros y la inviolabilidad del lugar (cf. art. 18 de la Constitución Nacional) no transforma a este espacio en un «domicilio exclusivamente familiar» respecto de los derechos que se generan por la difusión de música”.

“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”.

“No puede, pues, desconocerse el beneficio directo o indirecto que aquél recibe por tal actividad, derivado de las 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”.

COMENTARIO:

El caso de las comunicaciones realizadas en las habitaciones de hoteles y otros lugares de alojamiento ha dado lugar a un sinnúmero de pronunciamientos judiciales, considerándose que se trata de formas de explotación de las obras (y, en el caso de las composiciones musicales grabadas, también de las interpretaciones o ejecuciones artísticas y de las producciones fonográficas), sometidas en consecuencia al pago de las remuneraciones correspondiente. Nótese que el acto de comunicación pública no lo realiza el huésped, sino el hotelero, quien pone a disposición de todos los miembros del “público” que se aloja en sus habitaciones las obras protegidas por el derecho de autor o las prestaciones tuteladas por los derechos conexos, sea a través de la captación de las emisiones provenientes de un organismo de radiodifusión o bien mediante la instalación de sus propios sistemas de transmisión, alámbrica o inalámbrica. © Ricardo Antequera Parilli, 2007.

TEXTO COMPLETO:

En Buenos Aires, a los 15 días del mes de septiembre de 2005, en los autos caratulados “Aadi Capif ACR c/ Catalinas Suites S.A. s/ cobro de sumas de dinero”, “Aadi Capif ACR c/ Argot S.A. y otro s/cobro de sumas de dinero” y “Aadi Capif ACR c/ Hung Pai Ying y otro s/ cobro de sumas de dinero”, reunidos en Acuerdo Plenario los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 298 del Código Procesal, en los términos de la votación efectuada en el Acuerdo Plenario celebrado el día 12 de abril de 2005 y con el objeto de exteriorizar los fundamentos de la doctrina legal aplicable respecto de la siguiente cuestión:

“Si la comunicación al público de grabaciones fonográficas que difunde el hotelero dentro de las habitaciones del establecimiento se considera comprendida en la excepción prevista en el artículo 33 del decreto-ley 41.233 -domicilio exclusivamente familiar- (t.o. conforme decreto 9723/45) a efectos de la exención del pago de los aranceles a los que se refieren los decretos 1670/74 y 1671/74”

La mayoría, en forma impersonal, dijo:

La cuestión objeto de la presente convocatoria radica en determinar si son procedentes las retribuciones a que hacen referencia el artículo

56 de la ley 11.723 y el artículo 35 del decreto 41.233/35 (texto según artículo 1º del decreto 1670/74) para intérpretes y productores de fonogramas, cuando se difunde música dentro de las habitaciones de los hoteles.

El decreto 1671/74 en su artículo primero dispone que la representación de los intérpretes argentinos y extranjeros dentro de nuestro territorio a los fines de percibir y administrar las retribuciones por la ejecución pública, transmisión o retransmisión por radio y/o televisión de sus interpretaciones fijadas en fonogramas y reproducidas en discos u otros soportes será ejercida por la Asociación Argentina de Intérpretes (A.A.D.I.). En el artículo segundo establece que la representación de los productores e industriales de fonogramas a iguales efectos que los expuestos, es decir, para percibir y administrar la retribución que les corresponda por la ejecución pública de los fonogramas reproducidos en discos u otros soportes estará a cargo de la Cámara que los nuclea (C.A.P.I.F).

El derecho a retribución de los intérpretes de obras musicales está regulado por el artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual cuando sus interpretaciones son difundidas o retransmitidas mediante la radiotelefonía, televisión o grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra sustancia o cuerpo apto para la reproducción sonora. En el

caso de los productores de fonogramas este derecho resulta del artículo primero del decreto 1670/74 que sustituyó el texto del artículo 35 del decreto 41.233/34, tal como se señaló precedentemente.

Sólo se exceptúa el pago de los derechos de los intérpretes que establece el citado artículo 56 cuando la ejecución pública de obras se realiza con fines educativos o cuando éstas se desarrollen a cargo de instituciones del Estado Nacional, Provincial o Municipal y siempre que la asistencia del público sea gratuita (artículo 36 de la ley 11.723).

Este derecho de los intérpretes y productores de fonogramas a gozar de una remuneración por la utilización o comunicación al público de fonogramas con fines comerciales es también reconocido por varios tratados internacionales, los que han sido incorporados a la legislación de nuestro país.

“La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión”, adoptada en Roma el 26/10/61 y aprobada por la ley 23.921, dispone en su artículo 12 que cuando un fonograma publicado con fines comerciales o su reproducción se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los intérpretes o a los productores de fonogramas, o a unos y otros (supuesto este último contemplado por el artículo 5º del decreto 1671/74).

Asimismo este derecho está previsto con carácter tuitivo en el “Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas”, aprobado mediante ley 25.140, conforme emana del contenido del preámbulo y del artículo 15.

Sin embargo, no obstante que de las normas enunciadas emerge el derecho de intérpretes y productores de fonogramas a obtener por intermedio de AADI CAPIF una retribución por la utilización o ejecución pública de interpretaciones musicales y/o fonogramas, es

necesario precisar qué se entiende por “ejecución pública”, para luego analizar si dentro de este concepto queda comprendida la propagación de música que se efectúa en las habitaciones de los hoteles, o si bien esta actividad corresponde encuadrarla en la excepción “domicilio exclusivamente familiar” que prevé el artículo 33 del decreto 41.233/34 (t.o según el decreto 9723/45) a efectos de excluirla del pago de los aranceles respectivos.

Se ha definido “la comunicación o ejecución pública de una obra” como todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares. Con lo cual para que se considere “pública” la ejecución de una obra, cualquiera fueren sus fines, tiene que desarrollarse dentro de un ámbito que no sea “estrictamente familiar o doméstico” y, aún si se produce dentro de éste, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. El derecho a la comunicación pública cubre no sólo toda comunicación directa (“en vivo”), sino también la indirecta (mediante fijaciones, como discos fonográficos, cintas y bandas magnéticas o de otro tipo, films, videocopias, etc., o a través de un agente de difusión, como la radiodifusión - incluidas las comunicaciones por satélites- y la distribución por cable). Esta última forma de comunicación es la que puede realizarse y ser percibida en distintos lugares simultáneamente (Lipszyc, Delia, “Derecho de autor y derechos conexos”, Buenos Aires, Ediciones Unesco/Cerlalc/Zavalía, 1993, págs.183 y ss.).

No importa si la obra puesta a disposición del público fue efectivamente recibida o utilizada por él. “público” no sólo es el conjunto de personas reunidas en un lugar abierto al público sino también el conjunto real o potencial de personas a quienes va dirigida una emisión de radiodifusión o de cable. Por lo tanto, tampoco es determinante a efectos de esta calificación que las personas estén presentes todas en el mismo lugar. La comunicación de una obra para ser pública debe estar dirigida a un conjunto indeterminado de personas que rebase el círculo familiar o de los amigos más íntimos de una familia o de un

individuo o el domicilio privado de una familia o de un individuo (Villalba, Carlos A. Lipszyc, Delia, "El derecho de autor en la Argentina", Editorial La Ley, 2001, pág. 109).

El artículo 50 de la ley 11.723 describe lo que a los efectos de esta normativa se considera "representación o ejecución pública". De ahí que este concepto abarca la transmisión radiotelefónica, la exhibición cinematográfica, televisiva o por cualquier otro procedimiento de reproducción mecánica de toda obra literaria o artística. Si bien esta ley no establece un límite entre lo que es comunicación pública y uso doméstico, el decreto 41.233/34 en su artículo 33 define a "la representación o ejecución pública" por exclusión como aquella que se efectúa -cualquiera que fueren los fines de la misma- en todo lugar que "no sea un domicilio exclusivamente familiar", y aun dentro de éste cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior. Ello es así tanto se realice por ejecutantes o cantantes como por medios mecánicos: discos, films sonoros, transmisiones radiotelefónicas y su retransmisión o difusión por altavoces.

Tampoco incorpora una definición de "comunicación pública" ni establece una excepción explícita que circunscriba a las comunicaciones "privadas", el "Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas", aprobado también por la ley 25.140. El límite que determine si una comunicación es pública o privada debe ser fijado por las legislaciones de los Estados Miembros de la Unión de Berna. Pero, de todos modos no se puede ignorar que, del preámbulo de este convenio -el que aunque carece de efectos jurídicos expresa el espíritu de este instrumento internacional- se desprende que aquél no deberá establecerse de tal manera que mediante una interpretación o ejecución pública se menoscabe el derecho del autor a explotar su obra.

El "Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor" (Ginebra 1996, ley 25.140) dispone en su artículo 8vo. que "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 las 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 tal forma que los miembros del público pueden acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija".

De lo expuesto se colige entonces que de la letra y espíritu de estas normas internacionales no sólo resulta la protección para autores, intérpretes y productores de fonogramas sino que también se infiere que puede haber comunicación pública de una obra por su modalidad, aun cuando ésta se recepcione en un ámbito privado (Emery, Miguel Ángel, "Radiodifusión de obras musicales y fonogramas en las habitaciones de un hotel. Comunicación pública?", EL Derecho, t.204, pág. 133).

Consecuentemente y bajo este contexto legal, la difusión de música dentro del ámbito de la habitación de un hotel debe ser considerada un acto de comunicación pública. Es que, conforme la finalidad perseguida por las normas sobre derechos de autor y derechos conexos el cuarto de un hotel no puede comprenderse dentro de la noción de "domicilio exclusivamente familiar" a efectos de que el hotelero se exima del pago de los aranceles previstos por la ley para tales actos.

La mera designación del ámbito como público o privado es insuficiente, es decir que, un lugar privado como es la habitación donde se aloja el huésped de un hotel no determina por sí que la comunicación de música que se efectúa en él no sea "comunicación pública".

Cuando una palabra ("público") es susceptible de tener diversos significados en el ámbito del derecho a la intimidad y en el de los derechos intelectuales, debe estarse a la significación que tiene para este último, por ser la normativa específica que regula las cuestiones atinentes a tales derechos. Lo privado para el derecho a la intimidad puede ser público para los derechos intelectuales como lugar de recepción de obras protegidas (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, in re "Sociedad de

Autores y Compositores de Música SADAIC en jº 109.905 SADAIC c/ Casablanca p/ Cobro de pesos s/ Inc. Cas.”, del 26/5/04, publicado en elDial.com-editorial albremática, 11/6/04. Difieren los objetivos contemplados en cada caso, pues a los efectos del derecho a la intimidad lo que busca el legislador y el juez es proteger el poder jurídico, que corresponde a toda persona, de conducir su vida con un mínimo de interferencias. Por el contrario, en el caso del derecho patrimonial de autor y de los derechos conexos de intérpretes y productores de fonogramas, el fin general de la protección y el que preside la calificación de un lugar como privado o público es el de salvaguardar el ejercicio del monopolio o monopolios reconocidos por ley a los creadores de obras, a los artistas de interpretaciones o ejecuciones y a los que realizan inversiones en ciertas industrias culturales (tales como la producción de fonogramas y la radiodifusión, entre otras) frente a la clase de injerencias que consisten en una explotación de esas obras, interpretaciones o ejecuciones, o de los bienes o servicios típicos de tales industrias, que afecte negativamente esos monopolios y sea realizada sin su autorización (Delgado Porras, Antonio, “Comunicación pública de obras y fonogramas efectuada en las habitaciones de hoteles, hospedaje y establecimientos similares”(con referencia al derecho argentino), en Seminarios Nacionales para la Difusión del Derecho de Autor y la Propiedad Intelectual, Buenos Aires, OMPI, 1999, págs. 180 y ss). Es de hacer notar que lo que se persigue en definitiva es la retribución justa y equitativa por la explotación lucrativa de las obras e interpretaciones cualquiera sea el medio empleado para ello.

Desde otro ángulo también cabe agregar que la comunicación de música a los huéspedes dentro de las habitaciones del hotel en las cuales se encuentran alojados, cualquiera sea la modalidad de su difusión, es pública aunque el lugar no sea público porque su transmisión la realiza un intermediario -el hotelero- para personas que no forman parte de su círculo familiar o el de sus amigos íntimos. En consecuencia, la propagación de música en estas circunstancias no puede quedar circunscripta dentro de la excepción - domicilio exclusivamente familiar- prevista en el artículo

33 del decreto- ley 41.233 (t.o conforme decreto 9723/45).

Aunque la jurisprudencia extranjera tampoco es unánime sobre la temática motivo de esta convocatoria, en sentido similar al explicitado anteriormente se sostuvo que no es ámbito doméstico excluyente del concepto de comunicación pública, el de las habitaciones de un hotel, al existir una indeterminación en cuanto a las personas que van a morar en dichas habitaciones y van a acceder a la comunicación de las obras televisivas y musicales (cf. Audiencia Provincial de Orense, S 14-11-2000 (2000/72611). Se argumentó también a efectos de rechazar la falta de comunicación pública que no procede hacer distinción entre las dependencias destinadas en el hotel a vestíbulo y las que sirven de dormitorios, y si dejar de lado la nota de privatividad de las habitaciones, porque ello no aminora el concepto de hogar exclusivo, no es permanencial desde el momento en que cabe el acceso, más o menos dilatado a lo largo del tiempo, de otras personas que utilizan y disfrutan las instalaciones, conforme a un servicio más de los prestados y que se integra en la propia estructura de explotación comercial del establecimiento (cf. Audiencia Provincial de Madrid, S 11-07-2000 (2000/48353). El Tribunal de Casación de Francia, a través de su Sala Primera Civil, en el caso “Cable News Network (CNN) contra Novotel Paris- Les Halles” resolvió el 6/4/1994 que el conjunto de clientes del hotel, aunque cada uno de ellos ocupe a título privado una habitación individual, constituye un público al que la dirección del establecimiento transmite los programas de televisión, en el ejercicio y para las necesidades de su comercio, constituyendo esa comunicación una representación de obras televisivas. Por su parte el Tribunal del Distrito Norte de California en los autos “On Command Video Corp. contra Columbia Pictures Industries” decidió en el fallo dictado el 14/11/1991 que la relación entre el transmisor de una interpretación o ejecución pública (el hotel) y el público (los huéspedes) es una relación pública y comercial, cualquiera que sea el lugar en que se realice la presentación. La naturaleza no pública del lugar de la interpretación o ejecución no incluye la determinación de si los que disfrutan de la

presentación constituyen o no el público. A ello se agregó que tampoco importa si la comunicación la reciben en el mismo ámbito o en lugares separados y al mismo tiempo o en momentos diferentes.

Los sucesivos ocupantes de las habitaciones del hotel conforman, entonces, para el hotelero un público al que le retransmite obras musicales con ánimo lucrativo. En tales condiciones la cuestión a resolver debe ser tratada desde la empresa o negocio y en el marco de protección que reconocen a intérpretes y productores de fonogramas las normas sobre derechos de autor y derechos conexos y no desde la persona o huésped relativo a su privacidad. El resguardo a la intimidad de los pasajeros y la inviolabilidad del lugar (cf. art. 18 de la Constitución Nacional) no transforma a este espacio en un “domicilio exclusivamente familiar” respecto de los derechos que se generan por la difusión de música.

Por ende, la emisión de música a través de altavoces, radios, televisores o algún otro instrumento análogo no constituye la simple recepción de ella, sino un acto independiente mediante el cual la obra es transmitida a un público nuevo, que en el caso de las habitaciones de los hoteles son los distintos pasajeros que las ocupan y que generan para productores e intérpretes el derecho de reclamar los aranceles por su comunicación pública (ver Antequerra Parrilli, Ricardo “La ejecución pública de obras grabadas”, en Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), 5º, Buenos Aires, 1990, pág. 194).

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.

No puede, pues, desconocerse el beneficio directo o indirecto que aquél recibe por tal

actividad, derivado de las 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 (cf. CNCiv., Sala A, in re “First Palmer S.A. c/Sociedad Argentina de Autores y Compositores s/ Acción declarativa (art. 322 del Código Procesal)”, del 13/10/2000;; ídem in re “Aadi Capif Asociación Civil Recaudadora c/ Panatel S.A s/ cobro de sumas de dinero” del 5/2/2002; ídem Sala C, in re “Aadi Capif Asociación Civil Recaudadora c/ Hotel City S.A. s/ daños y perjuicios”, del 2/10/2003; ídem Sala D, in re “Aadi Capif ACR c/ RN y Asociados S.A. y otro s/ cobro de sumas de dinero”, del 26/4/2004).

El hotelero o la empresa hotelera a través del contrato de hospedaje que celebra con el pasajero le cede el uso de las instalaciones y de los aparatos (televisión, radio, etc) a través de los cuales le otorga a los huéspedes la posibilidad de acceder a los fonogramas comprendidos en los programas de televisión o de radiodifusión, todo ello en virtud de los servicios que ofrece a sus clientes, los que se obligó a cumplir mediante el contrato pertinente.

En virtud de estos argumentos se concluyó que, el obligado al pago de las remuneraciones que las leyes reconocen a autores, artistas y productores por la propagación de música en los cuartos de hotel y que reclaman las sociedades de gestión es el hotelero, en razón de la explotación que realiza, y no los ocupantes transitorios del establecimiento, que constituyen un público al que el comerciante retransmite, con ánimo de lucro, los programas de televisión y las obras musicales, interpretaciones y fonogramas que éstos incluyen (Emery, Miguel Ángel, op. cit. , pág.138).

En función de ello tampoco es equivocado afirmar que no se libera el hotelero del pago del arancelamiento previsto en el rubro 51 de la resolución 100/89 dictada por la Secretaría de Prensa y Difusión, el que establece específicamente los derechos retributivos que

deben pagar los hoteles en los cuales se propale música en las habitaciones destinadas a la clientela, por el hecho de que también deben abonarlo las emisoras comerciales de televisión o radioemisoras por la reproducción de la misma música que aquellos irradian (rubros 58, 59 y ccs de la mencionada resolución y la n°120/96). Pues, con prescindencia de aquella obligación que se le impone al beneficiario del que transmite la música al público, se encuentra paralelamente el crédito de igual naturaleza que debe desembolsar la emisora comercial que también se beneficia con la música que propaga al desarrollar su actividad (cf. CNCiv., Sala A, in re “Aadi Capif Asociación Civil Recaudadora c/ Hoteles Aragon S.A. s/ cobro de pesos”, del 3/4/89; ídem Cámara de Apel. en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, in re “Aadi Capif A.C.R. c/ Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal S.U.T.H.E.R. y H. s/ cobro de pesos”, Sala II, del 16/12/2003).

En suma, y por estos fundamentos, debe responderse negativamente a la pregunta formulada en la convocatoria al presente plenario.

Por estas consideraciones, como doctrina legal obligatoria (artículo 303 del Código Procesal):
SE RESUELVE:

La comunicación al público de grabaciones fonográficas que difunde el hotelero dentro de las habitaciones del establecimiento no se considera comprendida en la excepción prevista en el artículo 33 del decreto-ley 41.233 -domicilio exclusivamente familiar- (t.o. conforme decreto 9723/45) a efectos de la exención del pago de los aranceles a los que se refieren los decretos 1670/74 y 1671/74.

Fdo. Delfina M. Borda, Ana María Brilla de Serrat (con ampliación de fundamentos), Ana María Luaces, Hugo Molteni, Jorge Escuti Pizarro, Luis López Aramburu (En disidencia), Gerónimo Sansó

(En disidencia), Claudio Ramos Feijoo (En disidencia), Luis Álvarez Juliá, Ricardo L. Burnichón (En disidencia), Domingo A.

Mercante, (En disidencia y con ampliación de fundamentos), Carmen Nélide Ubiedo, Eduardo M. Martínez Álvarez, Osvaldo D. Mirás, Juan Carlos G. Dupuis, Mario P. Calatayud (En disidencia y con ampliación de Fundamentos), José Luis Galmarini, Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier, Carlos A. Bellucci, Omar J. Cancela (En disidencia y con ampliación de fundamentos), Leopoldo L.V. Montes de Oca, Jorge A. Giardulli, Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna, Claudio M. Kiper, Julio M. Ojea Quintana, Carlos R. Ponce, Marta del Rosario Mattera (En disidencia), Carlos J. Molina Portela, Emilio M. Pascual, Judith Lozano, Oscar H. Rebaudi Basabilvaso, Miguel Ángel Vilar (En disidencia y con ampliación de fundamentos), Carlos R. Sanz.

La minoría, en forma impersonal, dijo:

El interrogante sometido a la decisión de este plenario consiste en determinar si a consecuencia de la música que propaga el hotelero dentro de las habitaciones del hotel, éste debe tributar los aranceles que prevén los decretos 1670/74 y 1671/74 para aquellos que hacen un uso público de fonogramas.

La ley 11.723 protege los derechos de intérpretes y productores de fonogramas (artículos 1 y 56) y les reconoce a éstos la facultad de exigir una retribución por la ejecución pública de sus interpretaciones o de los fonogramas reproducidos en discos u otros soportes (regulado concretamente en este último caso por el artículo 2 del decreto 1671/74). Serán representados a tales fines por la sociedad de gestión AADI CAPIF (artículos 1 y 2 del mencionado decreto).

En la ley de propiedad intelectual se considera “representación o ejecución pública” de una obra literaria o artística la transmisión radiotelefónica, la exhibición cinematográfica, televisión o cualquier otro procedimiento de reproducción mecánica (artículo 50). El decreto reglamentario 41.233/34 delimita este concepto de representación o ejecución pública en el artículo 33 (t.o. por el artículo 1 del decreto 9723/45), al establecer que es la que se efectúa -cualquiera 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. Comprende a las ejecuciones que se realicen por cantantes y también por medios mecánicos: discos, films sonoros, transmisiones radiotelefónicas y su retransmisión o difusión por altavoces.

Para que a las personas que hagan uso de la difusión de fonogramas les corresponda pagar las retribuciones que determinan los decretos 1670/74 y 1671/74, esta actividad debe consistir en una ejecución pública de la obra, que es la realizada en lugares que no conformen un domicilio familiar.

El término “domicilio”, asiento jurídico de la persona, es descripto como el lugar que, en principio, está reservado al individuo y su familia, donde el hombre desenvuelve con toda plenitud su libertad y su vida privada, en tanto no afecte la moral y el orden público ni perjudique a terceros. Desde el ámbito de protección de los derechos constitucionales se sostiene que este vocablo debe amparar el recinto o la vivienda del hombre donde desarrolla su vida privada, sea ésta móvil, inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental y se citan como ejemplos de ello a la casa, el vehículo que sirve de vivienda, la habitación de un hotel, el camarote de un barco, la casilla rodante utilizada para viajes, etcétera (cf. Zarini, Helio Juan “Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1999, págs. 602/603)

La “habitación” también referencia el lugar donde la persona se encuentra, sin que importe el grado de permanencia en ella. De este modo, tanto la habitación como el domicilio son espacios reservados a quienes se alojen en ellos y en los que pueden ejercitar plenamente su intimidad y libertad.

Desde esta óptica y a efectos de los derechos retributivos que se admiten para intérpretes y productores de fonogramas por la ejecución pública de obras musicales, la habitación de un hotel donde éstas se difunden debe quedar encuadrada dentro de lo que se considera “domicilio exclusivamente familiar”.

Es que, el ámbito familiar o doméstico y la residencia en la habitación de un hotel presentan caracteres comunes y afines como la privacidad, reserva e intimidad así como también gozan del mismo resguardo jurídico que los tutela en cuanto al ejercicio de las acciones judiciales y respecto del reconocimiento de la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio que prevé el artículo 18 de la Constitución Nacional (cf. CNCiv., Sala M, in re “Aadi Capif a.c.r. c/ Anse de y cia s/ cobro de sumas de dinero”, del 4/7/03).

El huésped del hotel dentro de su habitación utiliza el televisor, la radio o los altavoces por medio de los cuales se puede acceder a piezas musicales de la misma manera que lo haría en su domicilio, posee libre albedrío para prender y escuchar alguna obra musical o no hacerlo. Esta situación es totalmente disímil a la que acontece cuando una persona concurre a un bar, restaurante, confitería o club, ya que en estos lugares los fonogramas, en su caso, le son transmitidos de acuerdo al arbitrio del titular o del responsable del local.

El decreto 1670/74, en el artículo 1 -el que sustituye el texto del artículo 35 del decreto 41.233/34-, hace una enumeración de quienes deben abonar los aranceles por la utilización pública de fonogramas y, a tal efecto, enuncia a los organismos de radiodifusión, televisión o similares, bares, cinematógrafos, teatros, clubes sociales, centros recreativos, restaurantes, cabarets. No incluye esta norma a las habitaciones de hoteles. Si bien luego prescribe que deberá pagar todo aquel que comunique fonogramas al público por cualquier medio directo o indirecto, conforme a lo expuesto precedentemente no puede considerarse “público” al ocupante o a las personas que permanecen dentro del cuarto de un hotel dado que pertenecen a un mismo círculo familiar. Por lo cual, la transmisión de música que lleva a cabo el hotelero no puede calificarse de “pública” pues el concepto de “público” implica una pluralidad de personas no ligadas por las relaciones que existen entre sí.

Por lo demás, es de hacer notar que la mención de la norma al pago de los aranceles de todo aquel que obtenga un beneficio directo

o indirecto con la utilización de la obra no constituye el único requisito que determina la retribución en estos casos. Porque, más allá de que quien difunda fonogramas obtenga un beneficio, es imprescindible que la utilización de la obra sea pública, tal como resulta del artículo 33 del decreto reglamentario 41.233/1934 y del artículo 36 de la ley 11.723.

El citado artículo 33 prescinde de asentar específicamente la finalidad lucrativa o no lucrativa de la emisión pública, aunque exprese en su texto que es aquella que se realice cualquiera sean sus fines. De ahí que se sostuvo que lo “familiar” del ámbito de ejecución está más íntimamente ligado a una reproducción espacial de la obra en privado, donde el acceso deviene limitado o restringido por la existencia de un “entorno de privacidad”. Una casa particular o la habitación de un hotel son, aunque con diferencias entre sí, ámbitos donde se establece ese “entorno de privacidad”. A falta de un contenido normativo claro y razonable la difusión de una obra en tales lugares no puede generar el cobro de los aranceles por estos actos. Sólo cede tal entorno de privacidad -según esta disposición legal- cuando la representación sea proyectada o propalada al exterior, pues el ámbito espacial se amplía y terceras personas, distintas de las que habitan en aquel reducido entorno, pueden acceder a la reproducción de la obra, sea su difusión onerosa o gratuita (cf. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, in re S.A.D.A.I.C c/ Apart Hotel Cariló Village y otro s/ Cobro de pesos”, del 1/3/2004).

En igual sentido se señaló que la existencia de beneficio económico “directo o indirecto” no tipifica, de por sí, la obligación del pago de derechos, si no va acompañada de la correspondiente emisión “pública”. A ello se agregó que el innominado contrato de hospedaje participa de las notas de la locación de inmueble en cuanto a la prestación del ámbito para habitar y si bien no son figuras idénticas, se las comparó indicando que no se le requeriría al locador de un departamento amueblado con televisor o radio, que pague los derechos de autor y conexos, pese a que obtiene un beneficio económico, ya que para fijar el precio habrá estimado el costo de esa

provisión. Se eximen también del pago los establecimientos comerciales de electrodomésticos que emiten música constantemente (artículo 40 de la resolución 100/89 de la Secretaría de Prensa y Difusión), pese a que obtienen un beneficio directo porque venden, pero no existe el “público” a que se refieren las normas aplicables. La obligación, entonces, depende de que haya público y no de la obtención de un beneficio directo o indirecto (cf. Casas Cordero, Enrique A. “Provisión de televisores o radios en las habitaciones de los hoteles. Derechos autorales”, La Ley, tº 2004-A, pág.261/264).

Si bien se observan discrepancias en la jurisprudencia extranjera, varios tribunales se pronunciaron respecto de lo que se entiende por comunicación pública en el sentido expuesto precedentemente. El Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos estimó que las habitaciones de los hoteles no constituían lugares públicos y no obstante que el hotel podía estar efectivamente abierto al público, sostuvo que la habitación del establecimiento una vez alquilada, ya no lo estaba (fallo dictado en 1989 y citado por Fernández Ballesteros, Carlos, “Comentarios a la conferencia del Dr. Antonio Delgado”, en Seminarios Nacionales para la difusión del derecho de autor y la propiedad intelectual, Buenos Aires, OMPI, 1999, pág. 120). La Corte Suprema de Justicia de la R.O. del Uruguay, en los autos “Agadu y otros c/ Brios S.A., Hotel Continental Montevideo” resolvió por sentencia número 242 del 16/11/98 que no se generan derechos autorales porque el hotelero se limita en el contrato de hospedaje a suministrar la habitación del hotel con todos los servicios que le acceden. A idéntico título brinda el uso de receptores y no tiene ninguna intervención en la emisión ni selección de programas, que están librados al dominio y manejo absolutamente discrecional y exclusivo del pasajero individualmente considerado. Se destacó que ésta es una situación ontológicamente idéntica a la que se opera en las empresas de alquiler de automóviles sin chofer. Por su parte, el pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, el 10/5/03, en autos “Sociedad General de Autores de España y Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales c/South Paradise S.A.” dispuso

que no hay comunicación pública cuando en la habitación de un hotel se contempla la televisión o se escucha la radio utilizando aparatos instalados en la misma para el disfrute del cliente porque la comunicación viene desarrollándose dentro de la estricta privacidad. A iguales conclusiones arribó la Audiencia provincial de Murcia en la sentencia del 8/3/2004 (2004/23.627).

En concordancia con los preceptos enunciados se afirmó que no hay acto de comunicación pública cuando el hotel se limita a ceder por precio una cosa mueble (televisor) porque en estos casos no hay ejecución pública sino la simple recepción de una comunicación emitida por un tercero (entidad de radiodifusión) que ya paga los derechos correspondientes (cf. Carrasco Parera, Ángel "Hoteles, música y propiedad intelectual", en Actualidad Aranzadi, del 23/1/2003, pág.3).

De los rubros 58 a 60 del anexo de la resolución 100/89 de la Secretaría de Prensa y Difusión, del artículo 1 de la resolución 104/96 de la Secretaría de Medios de Comunicación, que modificó el rubro 59 mencionado, y del artículo 1 de la resolución 120/96 de la Secretaría de Prensa y Difusión que sustituyó el texto del citado rubro 60, surgen los aranceles que deben abonar las emisoras comerciales de radio y televisión por la comunicación de fonogramas, lo que determina que en el caso del cobro al hotelero por la difusión de la música que transmiten estas emisoras se llegue a una doble imposición por la propagación de la misma obra musical.

Del análisis de los tratados internacionales sobre derechos de autor y derechos conexos, ratificados por nuestro país, como el "Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas" (ley 25.140) -el que no proporciona un concepto de comunicación pública o privada-, la "Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión" (ley 23.921) y el "Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas" (ley 25.140), no emergen fundamentos que permitan aseverar que la música que se propala en las

habitaciones de los hoteles configura la violación de estos derechos.

La circunstancia de que, eventualmente, el hotelero aumente el precio de las habitaciones del hotel que cuenten con aparatos de televisión o radio no constituye un argumento decisivo para exigirle el pago por la difusión de música en ellas. Esto es así no sólo porque, como se indicó, la noción de beneficio no es la única que determina el pago de las retribuciones de intérpretes y productores de fonogramas, sino porque el dotar a los cuartos del establecimiento de ciertas comodidades a través, por ejemplo, de los bienes de uso descriptos no tiene por única finalidad propagar música, sino su objeto también es el de brindar mayor bienestar y confort al pasajero. Estos elementos ocasionan a su vez que aumente la categorización de los hoteles, lo que, en su caso, influirá en el precio de las habitaciones.

El artículo 40 del decreto 41.233/34 (t.o. según artículo 2º del decreto 1670/74) exige que aquellos que exploten locales en los que se ejecuten públicamente obras musicales o los responsables de los usuarios de fonogramas a los que se refiere el artículo 35 de este decreto -es decir- los que obtengan un beneficio por su utilización pública deben anotar en planillas diarias por riguroso orden de ejecución el título de todas las obras ejecutadas y el nombre o seudónimo del autor de la letra y del compositor de la música, de los intérpretes principales y del productor del fonograma o su sello o marca de la reproducción empleada en cada caso. Es evidente que la obligación que se detalla es de cumplimiento imposible para el hotelero respecto de la música que escuchan los huéspedes dentro de las habitaciones del hotel a través de las radios o televisores presentes en ellas. Pues para poder llevarla a cabo tendría que estar permanentemente viendo la televisión y todos los canales al mismo tiempo con el objeto de discriminar qué audiciones han transmitido una pieza musical. Tampoco corresponde imponerle este deber a los clientes del hotel porque sería un acto que viola su intimidad. Éstos no tienen porque exteriorizar las actividades de su esfera privada que realizan dentro de su habitación, situación que de producirse vulneraría los derechos

contenidos en el artículo 19 de la Constitución Nacional y en el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica (cf. CNCiv., Sala M, fallo citado).

Al no ser factible bajo estas condiciones el cumplimiento de las planillas aludidas con los datos que requiere la normativa, el pago de los derechos por la difusión de música en las habitaciones de los hoteles denota una situación injusta, pues además de que no conforma la emisión pública de obras musicales no se podrá acreditar ciertamente si hubo una efectiva utilización de parte de los clientes durante su estadía en ellas.

En mérito de estos fundamentos, corresponde dar una respuesta afirmativa a la cuestión sometida al plenario.

En consecuencia, como doctrina legal obligatoria (artículo 303 del Código Procesal), SE RESUELVE:

La comunicación al público de grabaciones fonográficas que difunde el hotelero dentro de las habitaciones del establecimiento se considera comprendida en la excepción prevista en el artículo 33 del decreto-ley 41.233 -domicilio exclusivamente familiar- (t.o. conforme decreto 9723/45) a efectos de la exención del pago de los aranceles a los que se refieren los decretos 1670/74 y 1671/74.

Fdo. Luis López Aramburu, Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijoo, Ricardo L. Burnichón, Domingo A. Mercante, Mario P. Calatayud, Omar J. Cancela, Marta del Rosario Mattera, Miguel Ángel Vilar.

Ampliación de fundamentos del Dr. Mercante:

En el B.O. del 30-9-33 se publicó el contenido de la ley 11.723 sobre "Propiedad Intelectual". Recibió con posterioridad -entre otras- las reformas impuestas por las leyes 20.098, 23.479, 23.741, 24.249, 24. 286, 24.870 y 25.006. Con fecha 23 de mayo de 1934 se dictó el Decreto reglamentario 41.233 y las ampliaciones y reformas de los Decretos Leyes 12.063/57 y 1.224/58, sin perjuicio de iguales finalidades perseguidas por los Decretos

9.723/45, 1970 y 1971 del 2-12/74. Como señala su art. 1º, nació aquella ley en defensa de los derechos de los autores de obras científicas, literarias, artísticas, dramáticas, composiciones musicales, cinematográficas, de dibujo, pintura, escultura, arquitectura, modelos y obras de arte o ciencia, impresos, mapas, fotografías, grabados, fonogramas y, en fin, de toda producción cinematográfica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

Cumpliendo la finalidad indicada, decidía en su art. 36, que los autores de las obras literarias, dramáticas, musicales, gozan del derecho exclusivo de autorizar: ... b) La difusión pública, por cualquier medio... de la difusión de sus obras, eximiendo del pago de derechos de autor... la ejecución en actos públicos ... que no sean difundidos fuera del lugar donde se realicen, y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita.

En tanto, el art. 56 hacía referencia expresa al derecho de los autores de obras musicales, de exigir una retribución por su interpretación difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra sustancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual.

El art. 33 del citado Decreto Reglamentario 41.233 indicaba: "A los efectos del art. 36 de la ley, se entiende por representación o ejecución pública toda aquella que se efectúe en cualquier lugar que no sea un domicilio privado, y aún dentro de éste, cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior". Pero he aquí que en 1945 se dicta el decreto 9723, que por medio de su art. 1º modifica esa primera parte del decreto Reglamentario con los siguientes alcances: "...aquella 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".

¿Por qué esa sustitución de la expresión típicamente jurídica de "domicilio privado" por

la chabacana de “domicilio exclusivamente familiar”? ¿Acaso el “domicilio familiar” puede no ser exclusivo? ¿Se temía quizás que los integrantes de una familia conformaran una orquesta que propalara música desde los balcones de su residencia, y por eso se mantuvo el agregado “y aún dentro de éste cuando la ejecución sea propalada al exterior”?

No cabe aceptarlo. Más bien -y seguramente- el “lobby” recaudador mostró temor ante la expresión “domicilio privado” por la defensa que de éste hace el art. 18 de la Constitución Nacional. “Privado” significa familiar o separadamente, en particular; que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna; particular y personal de cada uno, como lo define el Diccionario de la real Academia Española (21 a. ed. Madrid, 19992, II pag. 1669 1a. columna). En un lugar “privado” el hombre ejercita todos los actos irrevisables por la acción pública en los términos del artículo 18 citado, y con la modificación señalada se sustituyó la voluntad original del legislador admitiendo el ingreso del recaudador al domicilio “exclusivamente familiar” inviolable en caso de haberlo sido “privado”.

Es de observar, además, que de atenerse estrictamente a la letra de la ley, se produciría el cierre de puertas y ventanas de nuestro domicilios familiares en oportunidad de festejos por nacimientos, bautismos, onomásticos o nupcias, cuyas celebraciones se verían impedidas ante el temor de propalación de música al exterior, con el consecuente ingreso al mismo del recaudador.

Estas reflexiones se verían ratificadas por la sanción del Decreto 1670 del 2-12-74 que sustituye el art. 35 del reglamento original al discriminar extensamente a los obligados al abono de la imposición: organismos de radiodifusión; televisión o similares; bares; cinematógrafos; teatros; clubes sociales; centros recreativos; restaurantes; cabarets y, en general, quien los comunique al público por cualquier medio directo o indirecto. Ante enumeración tan profusa y no encontrándose en ella los “hoteles”, no cabe sino considerar

que el requerimiento de AADI CAPIF lo es contra un sujeto de condición tácita.

Es característica esencial de las leyes impositivas la permanente extensión de sus alcances; cuando resulta gravado un pago, se llega a hacerlo con el medio utilizado para su cancelación, y así nació el impuesto a la sola emisión del cheque, de recaudación diaria, el que, depositado, seguramente obligará a una nueva imposición para su cobro, multiplicando el gravamen “ad infinitum”. La sola propalación de música al público nos permitirá ver acosado por el gravamen, al joven que porte un moderno “walkman” o al automovilista que acostumbra a dar alto volumen a su receptor; el progreso tecnológico no permitirá que pase mucho tiempo para ello. Y esta presunción no es imaginativa. En el comentario a la sentencia volcada a fs. 128/ 129 del legajo de antecedentes remitido por la Secretaría de Jurisprudencia, su autor, Enrique A. Casas Cordero, indica a fs. 129 vta., “in fine” con referencia al cobro de las tasas en cuestión, que tal reconocimiento no debe llegar a excesos de interpretación, y agrega: “En la actualidad, las entidades autorales nombradas, AADI CAPIF, SADAIC, ARGENTORES, están también pretendiendo el pago de los derechos por la emisión de música a través de televisores o radios en las habitaciones ocupadas por los enfermos en los sanatorios, sin advertir -al margen de otro enfoque relativo a la sensibilidad con que debían encarar ese servicio- que tal prestación forma parte de la terapia aconsejable para estas circunstancias y que en verdad se trata de un uso equivalente al “exclusivamente familiar”, ya que, por razones de adecuada atención, traslada su estadía de la habitación en su casa a la del nosocomio.”

Las profusas y repetidas modificaciones sufridas por la ley 11.723 desde el año de su publicación, 1933, traen a mi memoria las conflictivas y esforzadas interpretaciones de las que se vio necesitada otra más moderna, la 13.893 de tránsito, promulgada en 1949, pues ambas lucharon vanamente contra el avance vertiginoso del proceso tecnológico producido en toda la extensión del planeta. Si había perdido su tono la ley de 1949 y se vio necesitada de su reemplazo a los 45 años de

su aplicación, vale examinar qué interpretación merece la que lleva cumplidos sus 72 años, nacida en 1933.

Con seguridad que permanece en la memoria de todos mis distinguidos colegas la dificultosa interpretación de los hechos acaecidos en accidentes de tránsito anteriores al 4-5-95, fecha de sanción de la ley 24.449. Quién no recuerda las dudas que originaba saber o no si los cristales del vehículo eran “inastillables” de acuerdo a lo dispuesto por el art. 12; si las luces pertenecían a “vehículos comunes”, “vehículos anchos”, “tren de vehículos” o “vehículos con carga peligrosa”, según el Cap. B del art. 14; si la bicicleta accidentada estaba o no provista de timbre o campanilla exigidas por el art. 27; si el vehículo en cuestión había o no circulado sobre las vías del tranvía como prohibía el inc. a del art. 44; si el peatón había cruzado por la parte de la calzada que prolonga la acera en sentido longitudinal estando a lo indicado por el art. 49, o de los variados movimientos del brazo acordes con las maniobras de giro que obligaban al conductor en el art. 53º Por fin , el progreso tecnológico la venció y ella murió ante el proceso nefasto de la cristalización legislativa.

La ley 11.723 aventaja largamente en antigüedad a la de tránsito. En la lucha singular mantenida entre la ley y la jurisprudencia, ésta resulta vencida siempre, constituyendo, para el derecho común, un contrasentido cierto a pesar de sus innumerables reformas intentando adaptarlas a la vida jurídica de una sociedad que se desarrolla acorde con la vida social y económica. Ello es así porque la mayoría de las leyes se sancionan en vista de una sola hipótesis, debiendo el juez adaptarla mediante su arbitrio judicial a los miles de hipótesis no previstas. Si aquella antigua ley de tránsito encontró, en las últimas décadas, posibilidades interpretativas, lo fue gracias a la permanente renovación de la jurisprudencia, puesto que - como dije más arriba- ya había fallecido ante el proceso nefasto de la cristalización legislativa. Con la ley 11.723 nos encontramos en la primera de esas etapas; es de esperar que no se demore la segunda. “Porque los dioses mismos mueren; las leyes igualmente. A la larga se gastan y se entierran en el olvido,

como las instituciones y las palabras” (Josserand, “Cours”, Tº 1, pág. 69).

Es llegado el momento de referirme expresamente al tema propuesto en el llamado a este plenario. El conflicto ha enfrentado la interpretación de dos disposiciones de la ley: la sede de condición tácita del “hotel” contra la expresa del “domicilio” exclusivamente familiar; el dudoso peso del gravamen en el primero y su gratuidad en el segundo. Ambas proposiciones se verán mezcladas en el examen, pues el garlito consiste, justamente, en sostener que ambas sedes son diferentes, cuando en realidad en la mayoría de los casos, son idénticas.

El bien recordado y querido maestro Guillermo Borda (Tratado, Parte general I, 12 a. ed. Abeledo Perrot, Bs .As. 1999), nos dice en el Cap. VII ap. III, págs. 328/ 360, con su acostumbrada precisión, sobre el “domicilio”: “Es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos”, y fija sus caracteres en los de “voluntario” “mutable” e “inviolable” (art. 18 Constitución Nacional). Explica la condición de “mutable” porque puede cambiarse de un lugar a otro; ésta -agrega- ha sido reputada como una de las garantías propias de la libertad humana, y por ello el Código ha dispuesto que dicha facultad no puede ser coartada ni por un contrato ni por disposición de última voluntad (art. 97, Código Civil). Describiendo las distintas clases de domicilios, en el Nº 373 (pág. 339) hace referencia al caso del inciso 5º del art. 90 en los siguientes términos: “los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, lo tienen en el lugar de su residencia ... el legislador se ha preocupado de atribuir un domicilio a los que no tienen un asiento principal; en tales casos, la ley lo fija en el lugar de su residencia actual, es decir, de su habitación, ya que no es necesaria la permanencia habitual, bastando el simple hecho de su presencia actual” (con cita en llamada 642 de Spota, t. 1, vol. 3 Nº 1252). Ya con referencia a la “unidad del domicilio” (Nº 390 ap. d), aclara que “si una persona residiera alternativamente en dos o más lugares, tiene tantos domicilios como lugares de residencia. En efecto, en este caso no hay otra manera de

resolver el problema jurídico. Ocurre con frecuencia que una persona tiene una estancia en la provincia de Buenos Aires y casa puesta y, además, escritorio en la Capital, y que vive alternativamente seis meses en ambos lugares. En los dos tiene su residencia y el asiento de sus negocios; es, por ende, indiscutible, que puede ser demandado tanto en la provincia como en la Capital” (con cita en llamada 652 de Busso, t. 1, coment. art. 93 N° 24; Salvat, Parte General, 6 a. ed. N° 961). En cuanto a los “efectos de la habitación” (N° 396 pág. 349), agrega: “La mera habitación, vale decir, el mero hecho de encontrarse en un lugar en forma transitoria, produce todos los efectos jurídicos” (que antes había enumerado).

No son diferentes las conclusiones de otros tratadistas. Mis distinguidos ex colegas Alberto J. Bueres y Elena Highton (ACódigo Civil... Análisis”, ed. Hammurabi, Bs. As. 1995 T. I, pg. 507), en comentario al ya citado inc. 5° del art. 90, destacan que “se trata e en el caso de un domicilio legal esencialmente mutable en forma sucesiva, al que, dadas sus características, algunos lo ubican dentro del domicilio voluntario” (con citas acordes de Salvat- Lopez Olaciregui, Tratado, PG I N° 914- A pág. 802; Freitas, “Esboco” art. 191 y nota al art. 196). No menos explícito resulta Jorge J. Llambías (Cód. Civil Anotado”, Abeledo - Perrot, Bs. As., 1978, I - 208, 8 .IV). Considera al inc. 5° del art. 90 “una disposición de verdadero interés jurídico... se trata de los que, por razón de su oficio están precisados a pasar de un lugar a otro... y tienen un oficio conocido aunque no un domicilio conocido; puede ser el caso de los viajantes de comercio”.

Vimos que, al decir del profesor Dr. Borda, es el típico domicilio “mutable” una de las garantías de la libertad humana”, y puede consistir en el del agricultor que reside en el interior del país y se traslada a esta ciudad para gestionar un préstamo bancario para levantar su cosecha; de un congresista, en este caso también del exterior, invitado a concurrir a una reunión científica que, en compañía de su cónyuge, como más de un colega de este tribunal lo ha hecho. ¿Deberán acaso, afrontar los elevados costos de los hoteles de cinco estrellas para cumplir sus necesidades

profesionales? ¿O, por el contrario, lo harán en otro moderno, de prestaciones temporarias en los que obtengan la seguridad de un lugar honesto y de costo más reducido?

Estos establecimientos, ya a 31 años pasados desde la modificación impuesta por la ley, no son los de esos tiempos. En aquéllos la palabra “hotel” podía llegar a mostrar varios significados; se pronunciaba cautelosamente si no se trataba de uno de primera línea, de conocida consideración social; por el contrario, si no era así, podía considerarse un lugar desdorado; hasta agravante. Corridos estos últimos treinta y un años, ya no es así; la designación de “hotel” siguió reservado para aquéllos insospechados, cuyos nombres propios pueden pronunciarse en cualquier conversación; por el contrario, los desdorados recibieron del lunfardo otra denominación (V. “Diccionario del habla de los argentinos”, Academia argentina de letras, Bs. As., ed. La Nación - Espasa, 2004, pág. 99 2a. columna). Nacieron así los “apart”, “residencial”, “suites”, etc., que no prestan sus servicios “por hora”, sino que admiten se domicilien personas de nivel familiar transformándolos en “domicilios exclusivamente familiares”. En verdad -y por razones de competencia- están provistos de las comodidades más esenciales, como televisión, la que, por cierto, además, de proporcionar escasa música invadida por avisos, telenovelas y noticiosos, no resulta preferentemente sintonizada por los trabajadores del interior arreglando sus papeles ni por profesionales congresistas absorbidos por las sesiones de trabajo y la composición de sus ponencias. Permitaseme , a título de ejemplo , narrar el siguiente caso. Pasó por mis manos la causa N° 81.567/ 99 con origen en el JNCIV. N °10, en la cual el marido, ante la imposición de divorcio por su cónyuge, había constituido su domicilio en compañía de su hija de 12 años de edad en el “Residencial Plaza Francia”, sito en la calle Schiaffino 2189, en el que continuaba habitando al momento del llamado para dictar sentencia. Puede considerarse así que en esos hoteles, se constituyen domicilios “exclusivamente familiares”, lo que acredita, en el caso, el derecho a la exención impositiva.

Se tiene dicho que se fundamenta la aplicación del gravamen en que la presencia de televisores en las habitaciones de los “hoteles” en cuestión permite al propietario mejorar sus ingresos y obtener así mayores beneficios para los destinatarios de los fondos recaudados, considero equivocado este razonamiento, porque hoy en día la existencia de ese servicio ha adquirido el carácter de obligatorio para todos esos establecimientos, sin excepción, al igual que en todos los hogares, como un avance de la moderan tecnología, y sin discriminar a quienes lo usan de aquéllos que no lo hacen, lo que nunca podrá nadie determinar con certeza, pues oír o no la música propalada al “ interior” de ese domicilio es privativo de quien lo ocupa, actitud que, por lo tanto, resulta ignorada para extraños y quita, al lugar en que lo hace, el carácter de “público”, requisito esencial impuesto por la ley para hacer aplicable el gravamen.

No dejaré de lado, en lo que se refiere a esta percepción del gravamen, que no es cuidadosa ni eficiente la actividad del recaudador para obtenerlo. En la causa N° 43.013/ 99 sentenciada con fecha 21-11-02 entablada por AADI CAPIF c/ DAKA SA, en la que debí votar en primer término y obtuve ratificación de mis dos colegas integrantes de la Sala “D” y se encuentra firme, a fs. 125/ 126 presta declaración testimonial el cobrador de la reclamante: “... hace gestiones de cobro para la actora y sabe de la existencia de televisores en cada departamento por informes del personal”; preguntado “si alguna vez realizó una inspección sobre el tema que recibió de los empleados”, contestó que “no”; “que a veces se pacta un arancel distinto al fijado en los papeles informativos que deja a los requeridos”. La evaluación de esta contestación puede conducir a diversas interpretaciones: ese “pacto” sobre el monto del arancel puede fundarse en la inutilidad de las pretensiones y burocráticas planillas de los tres párrafos del art. 2° del decreto 1670/74; o resultar una facultad que se autoatribuye el cobrador, caso éste en el cual bueno sería conocer los términos en los que rinde cuentas a su mandante, producto de lo “pactado” o recibido. Cualquiera fuere la conclusión debe calificarse aquélla actitud como caprichosa, pues no se concede al contribuyente seguridad

alguna sobre el destino de los montos abonados y quita seriedad a la gestión.

Debo por fin, dejar constancia del error en el que ha incurrido la reclamante en autos “AADI CAPIF c/ CATALINAS SUITE SA” (Expte. 32. 144/ 00), el que la acerca a la deslealtad procesal, A fs. 365/ 384 del legajo de antecedentes recibido para nuestra ilustración, o 1/3636 hasta 9/3636 al pie, describe a fs. 366 (o 3636) la situación de su parte en el tema en tratamiento. Dice: “De todas las Salas que integran esta Cámara Civil, hay siete que ya se han pronunciado sobre el tema en debate” (párr. 1º), continuando en párr. 4º: “La contraria sita (con “s”) como antecedente jurisprudencial a su favor, el fallo dictado en autos AADI CAPIF c/ ANSEDE Y CIA SRL por la Sala “M” (y sigue en el 5º): “...tal sentencia es la “única” dictada por una Sala de la Cámara Nacional Civil en contra de la pretensión de nuestro mandante... y, por el contrario, existen varias que han confirmado la postura sostenida por AADI CAPIF...”. ¿Por qué excluyó la de la Sala “D” que integro, antes individualizada, que también rechazó la tesitura de la reclamante, a pesar de mostrar fecha de dos años posterior a la que cita como “única”?

Me siento obligado a dar explicación del por qué de mi acompañamiento a mi ex colega el Dr. Bueres en la decisión por él propuesta en la causa N° 71.414/04 a pesar de mostrar fecha posterior a la arriba citada. Se debió ello a que, luego de extensos cambios de opiniones, surgía de aquélla que la demandada regenteaba un “hotel por horas”, estos sí pasibles -a mi criterio- de estar comprendidos en la ley y que una moderna legislación podría muy bien diferenciar entre estos establecimientos. Pero ello no ocurrió en la causa en la que encabecé la votación, por lo que cabría también preguntarse por qué mi distinguido colega me había acompañado en la N° 43.013 excluida por la reclamante del grupo de sentencias que no la favorecieron.

Finalizaré este extenso y cargoso voto -por lo que pido disculpas a mis colegas- transcribiendo los oportunos conceptos emitidos por el profesor Dr. Alberto G. Spota en su obra “El juez, el abogado y la formación del

derecho a través de la jurisprudencia” (Ed. Depalma, Bs. As., 1963, págs. 33 “in fine” / 34): “Qué diríamos del juez que pese a las circunstancias inhumanas en que suele desenvolverse el servicio público del transporte en los grandes centros urbanos, pretendiera aplicar ciegamente normas reglamentarias que han quedado relegadas a preceptos más propios de la arqueología jurídica que del derecho en vigor? Con razón nuestra jurisprudencia se ha negado a desempeñar aquél papel del autómatas en la subsunción de la ley a la especie judicial, sin observar lo que pasa alrededor. El juez que quisiera exhumar reglamentos imposibles de cumplir en las circunstancias actuales, merecería aquella crítica que alguna vez se ha hecho: es un mero jurista: deduce pero no observa... Si el derecho debe ser considerado como algo vivo, fluyente, flexible, o sea que no se cristaliza y no se separa de la auténtica vida jurídica, entonces deberá aceptarse que la jurisprudencia constituye aquél medio por el cual se evita que se cave una profunda fosa entre ese derecho y la ley”.

Concluyo mi voto resumiendo mi opinión sobre la cuestión propuesta: Al decir de Borda, con amplia coincidencia de la doctrina especializada, la sede temporaria en un hotel (apart, suites o residencial), puede revestir el carácter de “domicilio privado” y, consecuentemente, “exclusivamente familiar”, lo que “ha sido reputado como una de las garantías propias de la libertad humana” (V. “supra” autor cit.).

Que la música que se propala en esos ámbitos por el hotelero no se dirige ni alcanza al “público”, sino a cada ambiente privado, por lo que falta en el caso uno de los requisitos esenciales exigidos por la legislación examinada para considerarla pasible de gravamen alguno.

Que la interpretación en contrario significaría “el cavado de una fosa entre ese derecho y la ley, al resultar guiada por disposiciones legales anacrónicas y obsoletas, no ajustadas al derecho actualizado, vivo, fluyente, flexible, ni a la auténtica vida jurídica” (V. “supra” Spota op. cit.).

Que la extensión del gravamen a la propalación de música aún dentro de los domicilios privados en caso de ser proyectada al exterior, es claramente inconstitucional por resultar violatoria del contenido de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Para finalizar, emitiré mi voto por la afirmativa a la cuestión planteada: la comunicación al público de grabaciones fonográficas que difunde el hotelero se encuentra comprendida en la excepción prevista en el art. 33 del Decreto reglamentario 41.233 del 3 de Mayo de 1934, domicilio exclusivamente familiar, a los efectos de la exención del pago de los aranceles impuestos por los Decretos 1670 y 1671 de 1974.

Fdo. Domingo A. Mercante

Ampliación de fundamentos del Dr. Calatayud:

Como vengo sosteniendo desde que era juez de primera instancia, considero que los decretos 1670/74 y 1671/74, en lo que hace al derecho de los productores fonográficos a percibir una remuneración por la utilización que en público se haga de los fonogramas son inconstitucionales. Para no abundar en argumentos, me remito a los que expusiera, ya como juez de esta Cámara, al votar en primer término en las causas 27.222 del 29/4/87 y 344.179 del 10/7/2002 (esta última publicada en L.L. 2002-F-337).

De todas maneras, comparto los fundamentos vertidos por la minoría en este Plenario, por lo que adhiero a dicha postura.

Fdo. Mario P. Calatayud

Ampliación de fundamentos del Dr. Cancela:

Al adherir al voto impersonal de la minoría, quiero precisar, en torno a la disposición del art. 33 del decreto reglamentario que allí se cita, que al ampliar en forma desmesurada los supuestos de “representación o ejecución pública” de cualquier obra literaria o artística, reduciendo los de ejecución privada al “domicilio exclusivamente familiar”, se ha alterado tanto el texto como el espíritu de la ley

11.723 (art. 99, inc. 2º Constitución Nacional), que simplemente la distingue de la privada, concepto completamente diferente de lo doméstico o exclusivamente familiar.

Tan es así que, en distintos supuestos fácticos, ajenos por completo al ámbito de lo doméstico, se ha resuelto la no exigibilidad de esta gabela (confr. C.S.J. de Mendoza, “SADAIC c/ Casablanca”, sentencia del 26-V-2004, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en supuesto de hotel alojamiento cuyas habitaciones disponen de “autoestéreo”; S.C.Bs.As. en “SADAIC c/ Apart Hotel Cariló Village”, sent. del 1º-III-2004; C.S.J.N. en “SADAIC c/ Andesmar”, sent. del 23-III-04, que remite al dictamen del Procurador General, en un supuesto de difusión de música en medios de transporte).

Por estos fundamentos y los propios del voto impersonal, a los que me remito, emito mi voto por la afirmativa.

Fdo. Omar J. Cancela

Ampliación de fundamentos de la Dra. Brilla de Serrat:

Considero que debe precisarse una definición de los conceptos, actos y acciones además de los protagonistas involucrados en la cuestión a resolver:

“Si la comunicación al público de grabaciones fonográficas que difunde el hotelero dentro de las habitaciones del establecimiento se considera comprendida en la excepción prevista en el art. 33 del decreto ley 41.233 domicilio exclusivamente familiar (t.o conforme decreto 9723/45) a efectos de la exención del pago de los aranceles a los que se refieren los decretos 1670/74 y 1671/74”.

En este aspecto el vocablo “fonogramas”- se hace menester señalar-, supera al de grabaciones fonográficas, resulta genérico y más amplio, dado que comprende a todo soporte apto para contener obras musicales u otros sonidos, vbgr. CD, DVD, MP3, etc.

Titulares de los beneficios que establecen los decretos 1670/74 y 1671/74:

Es necesario analizar brevemente la naturaleza jurídica de los derechos y de los sujetos que se encuentran en juego en esta convocatoria a plenario y así, el “*thema decidendi*” gira en torno a la idea de si las asociaciones civiles Asociación Argentina de Intérpretes (AADI) y Cámara Argentina de Productores e Industriales de Fonogramas (CAPIF), quienes a tenor del art. 7º del Decreto 1671/74 que se constituyen en una sociedad de gestión colectiva de derechos, tienen facultades para percibir aranceles por el uso de las grabaciones fonográficas que se difunden en los cuartos de hoteles.

Sin perjuicio que la ley 11.723 en su art. 56 establece la facultad de los intérpretes para pactar o exigir una retribución vía judicial por el uso de sus interpretaciones previamente fijadas en un soporte material, tal retribución fue sustituida mediante la creación de la sociedad de gestión colectiva AADI CAPIF la cual establece una licencia legal por el uso de tales derechos conexos, fijando los cánones por cada forma de utilización en la Resolución 100/89 de la Ex Secretaría de Prensa y Difusión de la Nación.

En el caso que nos ocupa, concretamente el art. 51 de este último cuerpo normativo lo califica claramente como un acto de comunicación pública y establece que “Los hoteles de pasajeros, pagarán mensualmente un importe igual al ciento cincuenta por ciento (150%) de la tarifa diaria de la habitación de mayor precio del mismo. Los hoteles alojamiento, albergues transitorios y similares, pagarán mensualmente un importe equivalente al precio de siete (7) turnos de utilización de la habitación de mayor precio del mismo para el día sábado”.

La constitucionalidad de los derechos de percepción que aquí se tratan fue decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20/08/1998 en los autos AADI CAPIF Asociación Civil Recaudadora v. Hotel Mon Petit y otro, JA 1999 II 329 donde el Máximo Tribunal dispuso que “...el dictado de los

decretos del Poder Ejecutivo Nacional impugnados por el demandado configura un razonable ejercicio de la facultad otorgada por el art. 99 inc. 2 CN., pues aquél se limitó a poner en ejecución los fines que tuvo en mira el legislador en materia de derechos intelectuales, argumento que resulta particularmente válido si se atiende a la circunstancia de que la interpretación propiciada por el tribunal provincial no resulta apropiada ya que en la práctica conduce a desconocer el derecho expresamente reconocido por el art. 56 ley 11723, con el consecuente menoscabo del derecho de propiedad (art. 17 Ley Fundamental).”

En este punto conviene establecer la primera aclaración, atento alguna confusión advertida. La asociación AADI CAPIF no recauda derechos de autor. En efecto, dicha sociedad de gestión colectiva no representa autores sino intérpretes y productores de fonogramas, que son los titulares de los llamados “Derechos Conexos al Derecho de Autor” y ello no admite confusión con los derechos de los autores y compositores de música que también se transportan sobre el fonograma, y cuyas regalías son percibidas a través de la sociedad de autores y compositores de música (SADAIC) en forma monopólica a tenor de lo dispuesto en la ley 17.648 y el decreto 5146/69.

De esta manera, toda comunicación pública de fonogramas genera derechos para los autores y compositores de la obra musical, para los intérpretes de la misma y para los sellos discográficos. Si bien la ley 11.723 no define a los intérpretes, el art 1º del Decreto 746/73 (B.O. 28/12/73) establece que “A los efectos del artículo 56 de la ley nº 11723, considérase intérpretes: a) Al director de orquesta, al cantor y a los músicos ejecutantes, en forma individual; b) Al director y a los actores de obras cinematográficas y grabaciones con imagen y sonido en cinta magnética para televisión; c) Al cantante, al bailarín y a toda otra persona que represente un papel, cante, recite, interprete o ejecute en cualquier forma que sea una obra literaria, cinematográfica o musical.

Y aunque la ley de derecho de autor menciona a los fonogramas como obras protegidas, éstos no son más que un soporte material que contiene, casi siempre, obras musicales (es de observarse que en el texto originario de 1933 se los denominaba “discos fonográficos”) y la actividad del productor de fonogramas es de naturaleza técnico industrial y no intelectual.

A falta de definición por la Ley de Propiedad Intelectual, la Convención de Roma para la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (1961), ratificada por la ley 23.921 del 21/3/91 trata en su art. 3 inc. b) y c) al FONOGRAMA como toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos y al PRODUCTOR DE FONOGRAMAS, como la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.

En el mismo convenio internacional se establece que los productores de fonogramas gozan del derecho a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas. Por otra parte, en la definición de la Convención de Roma cuando un fonograma publicado con fines comerciales es objeto de utilidades secundarias (tales como la radiodifusión o la comunicación al público en cualquier forma), el usuario deber abonar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas o a ambos y los Estados contratantes tienen la facultad de no aplicar esta norma o de limitar su aplicación. Tal como explica la exposición de motivos del decreto 1670/74 “los antecedentes nacionales e internacionales indican que resulta conveniente que las organizaciones que agrupan a los titulares de este tipo de derechos sean las encargadas de la percepción y administración de los fondos emergentes de los mismos y del debido cumplimiento de las normas legales que los han consagrado.”

En segundo lugar, la habitación de un hotel no es un domicilio exclusivamente familiar. La normativa aplicable es la que surge de los arts.

33 y 35 del decreto reglamentario de la ley 11.723 (Dec. 41.233/34).

Art. 33. A los efectos del art. 36 de la ley 11.723, se entiende por representación o ejecución pública aquella que se efectúe cualquiera que fueren los fines de la misma en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar y, aun 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 la que se realice por medios mecánicos: discos, films sonoros, transmisiones radiotelefónicas y su retransmisión o difusión por altavoces.

Art. 35. Los discos fonográficos y otros soportes de fonogramas no podrán ser comunicados al público, ni transmitidos o retransmitidos por radio y/o televisión, sin autorización expresa de sus autores o sus derecho habientes. Sin perjuicio de los derechos que acuerdan las leyes a los autores de la letra y los compositores de la música y a los intérpretes principales y/o secundarios, los productores de fonogramas o sus derecho habientes tienen el derecho de percibir una remuneración de cualquier persona que en forma ocasional o permanente, obtenga un beneficio directo o indirecto con la utilización pública de una reproducción del fonograma; tales como: organismos de radiodifusión, televisión, o similares; bares, cinematógrafos; teatros; clubes sociales; centros recreativos, restaurantes; cabarets, y en general quien los comunique al público por cualquier medio directo o indirecto. No será necesario abonar compensación alguna por utilidades ocasionales de carácter didáctico, o conmemoraciones patrióticas, en establecimientos educacionales oficiales o autorizados por el Estado.

Desde un análisis prejurídico y fáctico, las habitaciones de hoteles no constituyen un domicilio exclusivamente familiar, requisito ineludible para ampararse en las previsiones del art. 33 del dec. 41.433/34.

El Diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima primera edición define familia (del latín familia) como “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Hijos y descendencia. Número de criados de uno aunque no vivan dentro de su casa. Conjunto de individuos que tienen alguna condición común. Cuerpo de una orden o religión o parte considerable de ellos”. También define “en familia” como sin gente extraña, en la intimidad y la primera acepción de familiar a “perteneciente a la familia” y “el que tiene trato frecuente o de confianza con uno”.

Sabido resulta que domiciliarse es equivalente a establecerse, avecindarse, acimentarse, arraigarse; que el domicilio en términos generales resulta ser la morada, la casa, la residencia, el hogar, el lar, y que etimológicamente deriva del latín “domicilium”, de domus: casa. De allí que el vocablo a través de su origen brinda una idea de morada fija, la casa en que uno habita.

El derecho italiano, por citar un ejemplo, distingue domicilio como sede principal de negocios e intereses, de residencia, como lugar habitual de “dimora”, que podría traducirse como morada y de “dimora”, como lugar actual de permanencia, pero no habitual.

En efecto, el ocupante de una habitación de hotel no tiene la posibilidad de dar a dicho ámbito el destino que él quiera y quedar sujeto a las restricciones que naturalmente lo vinculen con el contrato de hospedaje (Por ejemplo, no puede permitir el ingreso a otras personas, ni impedir que se realice el servicio de habitación, ni oponerse a que le impidan el acceso si es que se excedió en el horario estipulado para el abandono del cuarto, etc).

Por otro lado, tampoco puede calificarse analógicamente una habitación de hotel como un domicilio exclusivamente familiar cuando en el mismo accede en forma sucesiva un número indeterminado de personas que excede el marco doméstico e íntimo.

Según Federico A. Villalba Díaz, en su artículo "Limitaciones a los Derechos de Autor en la ley 11.723" publicado en Jurisprudencia Argentina, Fascículo 7 2005 I del 16/2/2005, pág. 9, el uso doméstico se diferencia del público no solo por las finalidades, sino por la difusión de la obra. Si la creación es utilizada dentro de un ámbito donde un grupo reducido y familiar en el sentido amplio de la palabra, no cabe dudas que es uso doméstico. Y cuando traspasa esa frontera, o sea, se coloca la obra a disposición de un número indeterminado de personas, será comunicación pública o reproducción en cualquier soporte material"

De esta manera, el conjunto de los clientes del hotel, aunque cada uno de ellos ocupe a título privado una habitación individual, constituye un público al que la dirección del hotel transmite los programas de televisión, o de otro tipo, en ejercicio y para las necesidades de su comercio

El uso de aparatos que difunden fonogramas en las habitaciones de los hoteles, constituye un beneficio indirecto a favor del empresario. Ello así y sin perjuicio que AADI y CAPIF son los titulares de derechos conexos que se benefician con usos secundarios de los fonogramas. La única excepción a la percepción por la comunicación pública de los fonogramas es cuando la misma se realiza en un ámbito exclusivamente familiar. En ese contexto no puede menos que colegirse que la habitación de un establecimiento hotelero no es un ámbito exclusivamente familiar.

La jurisprudencia y la doctrina ampliamente mayoritaria han descartado la hipótesis contraria en los numerosos precedentes del fuero. Asimismo, los juristas y tribunales extranjeros han fallado en el mismo sentido. Entre los antecedentes de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que han resuelto la legitimidad del cobro por ejecución pública de obras musicales o fonogramas podemos citar de la Sala A: AADI CAPIF ACR c/ Hoteles Aragón SA s/ cobro de pesos, del 3/4/1989; AADI CAPIF ACR c/ Verde Nieve SA s/ cobro de pesos, del 15/8/1994; AADI CAPIF ACR c/ Panatel SA s/ cobro de sumas de dinero, del 5/4/2002, AADI CAPIF ACR c/ Hung

Pai Ying y otro s/ cobro de sumas de dinero, del 28/4/2004 y Firt Palmer SA c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores s/ Acción Declarativa (art. 322 del CPCCN) del 13/10/2000; de la Sala "C". AADI CAPIF ACR c/ Hotel City s/ daños y perjuicios del 2 de octubre de 2003; Sala "D" AADI CAPIF ACR c/ RN y Asociados SA y otro s/ cobro de sumas de dinero del 26/4/2004; Sala "F" AADI CAPIF ACR c/ Argot SA s/ cobro de sumas de dinero del 20/5/2004; Sala "G" AADI CAPIF ACR c/ Prop. Hotel Alpino s/ cobro de sumas de dinero del 15/4/1990, Sala "L" AADI CAPIF ACR c/ Catalinas Suites SA s/ Cobro de sumas de dinero del 15/4/2004.

Por otro lado, se cuenta con sentencias de primera instancia firmes que fueron resueltas en idéntico sentido, vbgr. las dictadas por el Juzgado del fuero N° 68 en autos AADI CAPIF ACR c/ Quirno SRL y otro s/ cobro del 9/8/2001 y por el Juzgado N° 31 SADAIC C/ R.N. Y ASOCIADOS S.A. s/cobro de sumas de dinero" del 30/4/2002. En este último pronunciamiento se fijó claramente la naturaleza del uso de fonogramas en el ámbito que nos ocupa, al decir que "A la luz de todo ello resulta indudable el aprovechamiento económico que la demandada realiza con los aparatos de radio reloj y televisión, toda vez que gracias a éstos obtiene un beneficio indirecto derivado de las mayores ganancias que a no dudar significa contar con ese servicio adicional. La presencia de ellos aumenta la categoría en cuanto a los servicios que presta a los pasajeros, lo que conduce a que sus propietarios puedan pedir un precio mayor por el alquiler de sus habitaciones. Por ello, se requiere de una licencia por derechos de comunicación pública y por tanto, la demandada se encuentra obligada al pago de los cánones respectivos."

En el orden provincial, también se advierten pronunciamientos condenatorios por reclamos de igual naturaleza dictados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en autos AADI CAPIF ACR c/ Sindicato Unico de Trabajadores de Renta y Horizontal (SUTHER Y H) s/ cobro de pesos del 16/12/2003, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, en autos SADAIC c/ Sucesión de Eugenio Held SECPA

s/ Cobro de Pesos, del 19/2/2002; y de la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan en autos SADAIC C/ El Trébol SA del 29/9/1987.

La doctrina nacional e internacional dista mucho de ser contradictoria, ya que los más destacados autoristas pertenecientes a nuestro sistema jurídico continental europeo sostienen la tesis negativa del llamado a plenario que nos convoca. En el ámbito local encontramos en este sentido a Javier Deluppi, Miguel Angel Emery, Delia Lipsyc, Antonio Millé, Leandro Rodríguez Miglio, Carlos Alberto Villalba, Federico Andrés Villalba Díaz, quienes, entre otros, representan una buena parte de la doctrina local de la especialidad.

En igual sentido, conocidos maestros tales como Ricardo Antequera Parrilli, de Venezuela, Antonio Delgado Porrás de España, Carlos Fernández Ballesteros de Uruguay y Vanisa Santiago de Brasil sostienen los mismos principios generales de los derechos intelectuales.

En contra tenemos a Enrique A. Casas Cordero, quien al momento de comentar el fallo de esta Cámara que rechazó una demanda incoada por AADI CAPIF por el reclamo de uso por comunicación pública de fonogramas en habitaciones de hotel (ver autos AADI CAPIF ACR c/ ANSEDE y Cia de la Sala M, fallo del 26/8/2003 y comentario del citado autor) lo hizo dejando constancia de su condición de Asesor Letrado de la Asociación Argentina de Hoteles, Restaurantes, Confeiterías y Cafés. Va de suyo, en este caso, la relativa objetividad que podría representar el análisis jurídico de la problemática que nos ocupa.

En cuanto al derecho y jurisprudencia comparada, Emery en su artículo "Radiodifusión de obras musicales y fonogramas en las habitaciones de un hotel. ¿Comunicación Pública?", en ED Tº 204, Fº 135 cita una gran cantidad de pronunciamientos favorables al cobro de derechos de comunicación pública, entre ellos el del Tribunal de Casación de Francia en el caso CNN c/ Novotel del 6/4/94 donde se declaró que "el conjunto de clientes del hotel, aunque cada uno de ellos ocupe a título

privado una habitación individual, constituye un público al que la dirección del establecimiento transmite los programas de televisión, en el ejercicio y para las necesidades del comercio, constituyendo esa comunicación una representación de obras televisivas". En el mismo sentido, en el caso On Command vides Corp c/ Columbia Pictures Industries en la sentencia del Tribunal del Distrito Norte de California EEUU, el 14/11/1991, se estableció que "los huéspedes de los hoteles que ven una película video en sus habitaciones no la ven en un lugar público, pero siguen siendo miembros del público..." Por su parte, en Suecia, en el caso Swedich Performing Rights Society c/ Hotel Mornington, la Corte Suprema de ese país el 27/3/1980 confirmó un pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones y estimó que "las transmisiones de música por televisión o por radio a las habitaciones de hoteles que están disponibles al público en general, y en las que no existe conexión alguna entre los huéspedes del hotel, deben considerarse "públicas"". La jurisprudencia española ha resuelto varios conflictos de igual naturaleza en sentido positivo al pago de los derechos por utilización de obras y fonogramas en las habitaciones de los hoteles. En tal sentido, la Audiencia Provincial de León en la sentencia del 20 de abril de 1995 legitimó a la Sociedad General de Autores y Escritores de España (SGAE) a reclamar el pago de los derechos de autor difundidos en tal ámbito. Igualmente lo hace el Tribunal Supremo al desestimar un recurso de la demandada en la causa SGAE c/ Hotel Blanco Don Juan SA, dejando firme el pronunciamiento de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona del 22 de mayo de 1992, considerando el uso de obras y fonogramas en las habitaciones de los establecimientos hoteleros como actos de comunicación pública, y por lo tanto, generadores de derechos. Igual suerte tuvo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo de 24 de abril de 2000.

Las sentencias en las cuales se ha fallado en la inteligencia contraria a lo sostenido mayoritariamente pueden ser objeto de algunos cuestionamientos.

En tal sentido, el único antecedente de esta Cámara es el resuelto por la Sala "M" en autos AADI CAPIF ACR c/ ANSEDE y Cia, s/ cobro de sumas de dinero del 26/8/2003 en el cual se revocó la sentencia condenatoria de grado con los siguientes argumentos:

a) que "la habitación del hotel es un lugar reservado a la persona o personas que allí residen, en el que desenvuelven con toda plenitud su vida privada y libertad" ello basado en la garantía constitucional de la inviolabilidad que tal ámbito ofrece asimilándolo al domicilio;

b) por considerar que el concepto "comunicación pública" debe ser "a la vista de todos", que no puede compararse con otros ámbitos que en sentido lato conforman un auditorio, como ser un bar, restaurante, club, etc y por que lo tanto, la habitación de un hotel no puede ser controlada por la sociedad de gestión colectiva;

c) que para que sean realizables los derechos que se perciban por utilización de obra o fonogramas, la sociedad recaudadora exige que los obligados al pago anoten en planillas diarias por orden de ejecución, todas las obras ejecutadas y el nombre o seudónimo de los intérpretes principales y el del productor de fonogramas o su sello o marca de la reproducción utilizada en su caso y que tal ejercicio puede ser efectivo únicamente cuando la emisión es pública en el sentido antes mencionado y por último;

d) asimila que si el hotelero coloca un aparato que propale música en la habitación es al solo efecto de ofrecer una mayor comodidad en el cuarto, como el aire acondicionado o calefacción en su caso.

Estos cinco puntos sobre los cuales de basa el pronunciamiento que diera origen al plenario pueden ser considerados a la luz de los principios que a continuación se exponen:

Al punto a) es cierto que las habitaciones de hotel gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio. Ninguna persona ni autoridad puede, entonces, sin permiso del huésped, ingresar ni penetrar en la intimidad de

las mismas, invadirlas, registrarlas, requisarlas, espiar, fotografiar, filmar ni grabar lo que en su interior acontece, a menos que medie orden escrita de autoridad judicial competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y por los motivos previamente contemplados en ella. Pero tal análisis es irrelevante a la hora de asimilarlo a un domicilio exclusivamente familiar en el aspecto estrictamente relacionado con la comunicación pública o privada de fonogramas en el interior de los hoteles ya que el hecho distintivo lo brinda el carácter que se asigne legalmente al respectivo acto, y de allí se desprende la mayor o menor protección del autor o titular de derechos conexos, en los reconocidos legalmente. Existe una norma específica que legitima a los intérpretes y productores de fonogramas a percibir el cobro por usos secundarios de los mismos, como ya señalara (dec. 1670/74) donde se fija asimismo la forma de establecer el importe del uso (art. 51, resolución 100/89 de la SPDN). Por otro lado, la protección constitucional recae sobre la persona física cuyo amparo se reclame, pero no sobre el establecimiento hotelero que obtiene un innegable beneficio indirecto por su utilización. Por ello, resulta irrelevante a los efectos buscados asimilar a los fines de garantizar el derecho a la intimidad en un cuarto de hotel con el domicilio exclusivamente familiar sin perjuicio de lo antes expuesto en relación a las notorias diferencias en cuanto a facultades de disposición que existen entre uno y otro.

Al punto b), coincido con la misma definición de público que fuera utilizada en la sentencia, o sea "a la vista de todos"; es la misma que se integra con una de las acepciones del significado del mismo término, o sea, conjunto de personas reunidas en determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante, pero que en ningún momento sujeta el significado del vocablo a que todas las personas tienen que estar reunidas en el mismo lugar. Por ello, es evidente que el público de la radiodifusión se encuentra en sus hogares y en el menor de los casos, reunidos todos juntos en un lugar determinado. Carlos A. Villalba, en su artículo "La comunicación pública de emisiones de televisión y cable en las habitaciones de los hoteles", en LL 2004 D,

p g. 73, citando a Georges Straschaov, explica que “la radiodifusión es un servicio público porque tiene una misión cultural: a) que nos permite escuchar en cada casa las emisiones radiofónicas ,b) no se dirige a un público determinado sino al público en general ofreciendo una gama infinita de programas ,c) sus medios técnicos le confieren el carácter de ubicuidad y tiene una fuerza de penetración en todo lugar en que pueda existir un auditorio virtual...El autor citado pone de relieve que la radiodifusión efectúa emisiones destinadas a ser recibidas por el público en general y que el hecho de que las emisiones sean “destinadas a ser recibidas” indica que la recepción efectiva no es necesaria. Es decir que hay radiodifusión aunque no sea recibida por ningún oyente”.

Al punto c), el hecho que resulte materialmente imposible llenar la mentada planilla con todos los datos de los sujetos beneficiados por el uso de un repertorio musical transmitido mediante el uso de fonogramas no es óbice para que tales titulares puedan percibir sus derechos mediante sistemas alternativos de muestreo. Es clara la redacción del art. 51 del la Resolución 100/89 de la ex Secretaría de Prensa y Difusión de la Nación, por la cual en ningún momento se impone la exigencia de llevar tal listado, sino que se establece un sistema de percepción tasado según el valor de la habitación de mayor valor. Por lo tanto, este argumento no resulta válido a mi criterio, al igual que razonar que en los hoteles no se miran canales de televisión donde se comuniquen obras musicales grabadas, dado que toda programación de ese tenor contiene en mayor o en menor medida, música, sea como cortina, complemento, de fondo, etc, fijada en cualquier soporte material, incluso los noticieros y las promociones.

Al punto d) ,sin perjuicio que pueda resultar el televisor un mueble más que aporta confort y agrega categoría a un establecimiento hotelero, lo cierto es que ni una estufa, ni el aire acondicionado y mucho menos un frigobar transmiten, reproducen, comunican o emanan objetos protegidos por normativa que regula la Propiedad Intelectual. En tal sentido, quien recibe una obra protegida por el derecho de autor mediante un fonograma en su domicilio,

está percibiendo el uso primario del mismo. Y quien lo recibe desde un hotel, lo hace en carácter de uso secundario, por que no es el sujeto al que estaba destinado primigeniamente.

No debe olvidarse en este aspecto que las transmisiones televisivas se emiten primordialmente para la intimidad de los hogares, y que todo uso distinto se convierte en un uso secundario. Así, todo nuevo uso genera un nuevo derecho. El reconocido autor español Antonio Delgado, en su artículo “Comunicación Pública de obras y fonogramas efectuadas en las habitaciones de hoteles, hospedajes y establecimientos similares” en el II Seminario para la Difusión del Derecho de Autor y la Propiedad Intelectual (Salta, 11 13 de mayo de 2000) pág 180 del Libro Memoria, sostuvo con la hipótesis que nos convoca que “...estamos en presencia de un servicio prestado por la empresa hotelera a sus clientes y que consiste en poner a su disposición obras comprendidas en las emisiones captadas por antenas individuales de los aparatos receptores colocados en sus respectivas habitaciones. Por lo tanto es innegable que la hipótesis considerada constituye una explotación secundaria de una radiodifusión primaria de dicha empresa”

Por los mismos argumentos podemos ponderar los fundamentos del fallo dictado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en los autos SADAIC c/ Apart Hotel Cariló Village y otro s/ cobro de pesos del 1/3/2004, sobre todo del voto del Dr. Roncoroni, donde se aprecia que el mismo resulta portador de algunos elementos que podrían derivar cuando menos en confusión.

En efecto, el citado vocal luego de analizar el art. 35 del decreto reglamentario 41.233 sostiene que cuando la norma refiere a quien “obtenga un beneficio directo o indirecto con la utilización pública...” expresa que no cabe la posibilidad que se pueda aplicar dicho precepto si hay beneficio pero sin utilización pública. Ahora bien, no me imagino en qué casos se pueda obtener un beneficio directo o indirecto de una obra sin que represente un uso secundario de la misma. Y todo nuevo uso

genera un nuevo derecho. De aceptarse tal afirmación se estaría desconociendo un principio rector de los derechos intelectuales ya que quedaría legitimado el lucro con un derecho ajeno por cualquier manera que no sea por “comunicación pública”, como por ejemplo, mediante la distribución de ejemplares.

Agrega el opinante que “la calificación de público no se refiere al lugar sino a la ejecución misma” ejemplificando que un lugar público puede ser una plaza. O sea, que para dicho magistrado parecería que la noción de “ejecución pública” debe ser realizada desde y hacia un lugar “público”. En este caso, sería interesante saber en qué categoría podrían encuadrarse las innumerables transmisiones que realizan las emisoras de radio, televisión abierta y por cable y como podría definirse a todo el “público” que compone la audiencia.

Asimismo, expresa en su voto que no queda probado que la colocación de un televisor en un cuarto de hotel signifique un lucro indirecto para el titular del establecimiento hotelero. Creo innecesario tratar de demostrar el beneficio que representa la existencia de cualquier aparato o sistema que propale música en el cuarto de cualquier hospedaje con la consiguiente categorización del establecimiento que ello acarrea.

El Dr. Soria por su parte, entiende el concepto de comunicación pública con la misma acepción que define el Diccionario de la Real Academia Española, o sea, a la “vista de todos” y nuevamente equipara las habitaciones de un hotel con el domicilio privado en tanto ambos gozan de la protección constitucional de la inviolabilidad de domicilio. Remito a lo analizado en los puntos a) y b) del análisis del fallo AADI CAPIF ACR c/ ANSEDE y Cia., pero no puede soslayarse que el fallo previamente comentado se encuentra en la Corte Suprema de Justicia de la Nación pendiente para resolver, por lo tanto no se encuentra firme a la fecha de este pronunciamiento.

En orden a todo lo expuesto, adhiero al voto de la mayoría.

Fdo. Ana María Brilla de Serrat

Ampliación de fundamentos del Dr. Vilar:

I. Las leyes que reglan la cuestión en debate son: el artículo 36 de la ley 11.723 -con sus modificaciones-, el art. 33 del Decreto-ley 41.233 (T.O. decr. 9723/45), los Decretos Nros. 1670 y 1671, del año 1974 y la Resolución de la Secretaría de Prensa y Difusión N° 100, del año 1989, anexo 51.

1) El art. 36, de la ley 11.723, en la parte que nos interesa, dice:

Los autores de obras literarias, dramáticas, dramático musicales y musicales gozan del derecho exclusivo de autorizar:

a) la recitación, la representación y la ejecución pública de sus obras y,

b) la difusión pública por cualquier medio de la recitación, la representación y la ejecución de sus obras”.

Aclaro que esta norma incluye expresamente también a los intérpretes, conforme a lo establecido en el art. 56 de la ley.

Por su parte, el art. 33 del Decreto-ley 41.233/34, dice textualmente: “los efectos del art. 36 de la ley N° 11.723, se entiende por representación o ejecución pública aquella que se efectúa -cualquiera fuera 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 cantantes así como también la que se realice por medios mecánicos, discos, films sonoros, transmisiones telefónicas y su retransmisión o difusión por altavoces”.

Como puede apreciarse, el decreto fue dictado “a los efectos del art. 36 de la ley N° 11.723” y, como todo decreto incorporado a una ley, tiene por objeto facilitar la ejecución de ella y, para cumplir tal finalidad regla en detalle, separando

implícitamente los dos incisos de la ley y dándole a cada uno su preceptiva.

Por eso, tanto en el inciso a), del art. 36 de la ley 11.723, como en el primer párrafo del Decreto, ambos aluden a la puesta de una obra “en escena”, ejecutada personalmente por el intérprete ante el público, o sea, lo que comúnmente se denomina “en vivo”.

Y, en el inciso b) de la ley, como en el segundo párrafo del Decreto, se contempla la hipótesis de que el intérprete realice la obra “por cualquier medio” (mecánico, disco, etc) y así sea difundida.

Por eso entiendo que el Decreto-ley al establecer, en su primer párrafo, que representación o ejecución pública es la que se hace “en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar” está refiriéndose a la representación o actuación “en vivo”.

En cambio, el segundo párrafo del Decreto-ley, que se enlaza con el segundo supuesto de la ley esto es, con las grabaciones musicales fonográficas prescribe que son públicas cuando se transmiten por altavoces.

O sea que la excepción, establecida en el Decreto-ley sólo estaría dada para toda aquella utilización fonográfica que no fuera hecha mediante altavoces.

2) Pero en los diversos fallos que dieron lugar a este plenario, no se ha advertido esta distinción legal, habiéndose considerado el decreto en su integridad, en particular, en lo concerniente al “domicilio exclusivamente familiar”, por lo que pasaré al análisis de esta cuestión.

3) Sin duda, el decreto-ley al emplear la expresión “domicilio exclusivamente familiar” no está aludiendo específicamente a esa vivienda pues, de ser así se estaría refiriendo solamente a aquel lugar donde un grupo de personas emparentadas entre sí viven juntas y bajo la autoridad de una de ellas, que ese es el concepto de familia, común y jurídico, habida cuenta que la doctrina y la jurisprudencia, en este aspecto ha sentado -comentando los arts. 93, 94 y 95 del Código Civil-, que el domicilio

de la familia es el matrimonial, no estando incluido el caso de parientes en general, sino el domicilio conyugal o la casa paterna, según se trate de un padre de familia o de quien se halle sometido a la autoridad de sus padres (ver Augusto C. Belluscio-Eduardo A. Zannoni, Código Civil y Leyes Compl., Com. Anot. y Con., Bs. As., 1978, Astrea, T. I, pág. 433, art. 94, ver asimismo el art. 36 de la ley 14.394 sobre bien de familia). De admitir esta interpretación, no estarían excluidas infinidad de personas que viven solas o que no tienen familia o domicilios, como cuarteles, conventos, etc., lo cual, evidentemente, es un absurdo.

Entiendo que la norma al usar esos términos quiso resaltar, subrayar, el carácter privado que debe poseer el sitio para ser eximido del pago por los derechos retributivos derivados de la utilización pública de discos y otros soportes fonográficos.

Lógicamente, entonces, pienso que no está en juego, para hacer valer la exención, la referencia a un ámbito “hogareño” o “doméstico” y menos aún “familiar”, toda vez que sería más propio -legalmente-, remitir a un lugar privado, sin aditamentos o calificativos, porque ése es, en definitiva el sentido y función de la norma.

4) De todos modos, la habitación de un hotel, mientras mora un pasajero, conforma un “domicilio” con idéntica privacidad e intimidad que el domicilio familiar.

En efecto, el Código Civil describe en qué otras situaciones se conforma el domicilio de las personas, con independencia del asiento principal de su residencia y de sus negocios, esto es, el domicilio real (art.89), y que por ser también domicilios tienen análogos efectos como tutela.

Así el art.90, en su inciso 51, enumera a los “transeúntes”, los cuales, según la doctrina, son aquellas personas que residen transitoriamente en un sitio, considerándose a las que moran en un hotel con tal calidad (con. Aráuz Castex, M, Derecho Civil, Pte gral, ed Técnicojurídica, Bs. As, t.I, pág 386, n1634;

Belluscio-Zanoni, Código Civil, Com. Anot y conc, 1978, t.I, pág.425, art.90).

Cabe significar la trascendencia de este domicilio, dado que él puede determinar la competencia de un juez, como el lugar de notificación de la demanda (art.5, inc.3 in fine, Código Procesal)

Pero lo que le otorga su mayor importancia y gravitación es que se encuentra amparado, expresamente, por la Constitución Nacional (art.18); es por ello que en un fallo, se decretó la nulidad del allanamiento practicado en la habitación de un hotel, porque en dicho procedimiento se violó la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio toda vez que se lo hizo sin la autorización o permiso de sus moradores (Cám. Federal, La Plata, Sala Penal, octubre 10-985, "Vega, Juan C.y otros" en la Ley, T.1986-B), esta garantía, especialmente referida al cuarto de un hotel, es también formulada por la doctrina (conf. Zarini, H.J, Derecho Constitucional, Astrea, 2a. ed, 1999, pág. 603, n 320).

Como dice este autor, la habitación del hotel es un lugar reservado a la persona o personas que allí residen, en el que desenvuelven con toda plenitud su vida privada y libertad.

Asimismo, puede agregarse que cualquier hecho, en la estancia de un hotel, que de cualquier modo perturbe la intimidad del morador, constituirá un ataque a sus derechos personalísimos, susceptible de la acción legal correspondiente para hacerlo cesar y a ser indemnizado (art.1071 -bis- del Código Civil).

II. Todos estos elementos, precedentemente enumerados con respecto a los caracteres que presenta la residencia en la habitación de un hotel (privacidad, reserva, intimidad, etc), como el resguardo jurídico que la tutela (inviolabilidad, acciones judiciales, etc), son también comunes y afines al ámbito familiar o doméstico y, no obstante que existen algunos matices divergentes -obviamente, no puede decirse que sean exactamente iguales-, de ninguna manera se contraponen, sino todo lo contrario, exhibiendo semejanzas que para el caso resultan sustanciales.

Por eso me parece fuera de lugar el argumento que niega diferenciar, para el caso, lo público de lo privado, o mezclarlo diciendo que el hotelero pone a "disposición del público" la música que llevaría a la habitación, conceptuando como público a estos efectos a la persona que ocupa el cuarto de un hotel.

Este razonamiento es falso, ya que la ley no se refiere a las personas, sino a los espacios y si bien, a veces, este vocablo se lo toma en sentido metafórico -v.gr. "público oyente"- no corresponde darle aplicación o consecuencias legales, porque no se lo usa en un estricto sentido recto sino figurado.

Es que ni remotamente puede identificarse, la individualidad de un habitante del cuarto de hotel, a quien, además se le exigen sus datos personales y que ocupa un lugar privativo y exclusivo, análogo a su casa, con lo colectivo, común y anónimo que es lo público.

Tampoco estimo aceptable aducir que no cabe invocar el derecho a la intimidad o a la privacidad de la persona que ocupa la habitación de un hotel (ver Emery Miguel Angel, en E.D., t. 204, pág. 128 y stes.), porque, en primer lugar es la propia ley la que nos conduce a reconocer la privacidad o intimidad de una habitación de hotel al diferenciar lo público de lo privado, como asimismo, al referirse, la norma que estamos tratando, a un "domicilio" y además "familiar". No se puede, entonces, dejar de lado el análisis de aquellos vocablos como a su calidad de derechos personalísimos.

Por otra parte, entiendo que travesear así con el derecho a la intimidad o a la privacidad de las personas, que se la hace subsistir para otros supuestos pero no para éste, al sólo objeto del cobro por la recaudadora, significa una claudicación muy peligrosa, teniendo en cuenta que se trata de derechos inalienables, vale decir, no enajenables. Esta mengua, entiendo que importa un menoscabo que afecta la integridad y unidad de estos derechos, provocando ya una grieta que puede ampliarse y usarse como antecedente a hipótesis analógicas, lo que me trae el recuerdo de la dramática y realista secuencia trazada por

Bertolt Brecht, en que luego de una serie de claudicaciones se llega a un infausto final.

Estas como muchas otras argumentaciones que tratan de negar la índole privada de la habitación de un hotel, repito aunque sólo sea para justificar el cobro de la recaudadora y que pagará el pasajero, entiendo que se trata de circunloquios que quieren hacer decir a la ley, lo que ella no dice. Por supuesto, en este análisis voy más allá de una interpretación gramatical, sino que atendiendo al sentido, funcionalidad y orientación de la ley, surge el carácter eminentemente público que ella requiere para considerar así la retransmisión de discos al expresar que lo son cuando se difundan por medio de altavoces, lo cual, lógicamente no quiere decir que, concretamente, deba propalarse por ese objeto pues -como antes lo señalé con respecto a la frase "domicilio exclusivamente familiar"-, la referencia a ese elemento de tal sonoridad, sólo tiende a remarcar, a acentuar, que la propalación debe ser pública, vale decir "a la vista de todos", como lo define el Diccionario de la Real Academia y lo entiende todo el mundo, o en un ámbito en el que puede estar cualquier persona, y que es compartido por personas en las que puede no existir ningún lazo ni de parentesco, amistad o simple conocimiento.

Pero vayamos al examen de los Decretos Nº 1670/74 y 1671/74, que son el cuerpo de leyes que regulan, en definitiva, esta cuestión.

III. Antes que nada es preciso recordar que A.A.D.I., es la Asociación Argentina de Intérpretes, y que el Decreto 1671/74 (art. 1) autorizó a percibir y administrar las retribuciones del art. 56 de la ley 11.723 por otra parte, que C.A.P.I.F., es la Cámara Argentina de Productores e Industriales de Fonogramas, a quien ese mismo Decreto autorizó a percibir y administrar la retribución que le corresponde por la ejecución pública de sus fonogramas (art. 2º). Mediante este Decreto, también, ambas corporaciones se unieron y formaron un ente, con personería propia, para, precisamente, juntas cobrar las retribuciones.

O sea que con un criterio taxativo, no estarían bajo el amparo del art. 17 de la Constitución Nacional pues ésta sólo enumera y protege a todo autor o inventor; se trata, entonces, de intérpretes musicales (músicos, cantantes, etc.) vale decir los que reproducen la obra que, si bien pueden incluir matices de su propia inventiva, no son creadores de la pieza musical, y de industriales, esto es, sellos discográficos, que simplemente copian la interpretación. No digo que estas leyes sean inconstitucionales sino que, concretamente, no están contempladas por dicha disposición.

El otro Decreto, 1670/74, dictado y publicado el mismo día que el anterior establece cómo se conforma la relación jurídica entre aquel ente y los eventuales obligados.

1) Corresponde señalar que este Decreto 1670/74 prescribe una relación jurídica "ex lege", esto es, que una persona solo estará obligada a abonar la suma que fije la ley, si se produce y comprueba el presupuesto de hecho descrito en el Decreto.

Se debe entonces examinar el hecho y cómo puede llegar a generarse la obligación nacida de la ley o legal propiamente dicha.

Previamente quiero apuntar que, conforme el art. 1º del Decreto mencionado, son los "discos fonográficos" y "otros soportes de fonogramas", siempre referido a las piezas musicales (música, letra, etc.), el objeto de la relación jurídica "ex lege", como asimismo que no se trata de un tipo de tributo en el cual el presupuesto puede estar dado por la presunta capacidad económica del eventual contribuyente, como tampoco de uno de los denominados impuestos puros y sin presupuestos, como a veces han aparecido en nuestro derecho impositivo.

2) Yendo ya al hecho generador, se establece que el mismo estará configurado por la "Utilización pública" de la reproducción fonográfica.

Entiendo que la palabra "utilización" significa el hecho material -realizado en este caso por el hotelero o quien lo represente- de elegir,

seleccionar los discos, como asimismo poner en funcionamiento el aparato para que esa música sea escuchada u oída.

Este poder de decisión por parte del agente, no deja de tener su importancia a los efectos de obtener un beneficio -como lo advierte el Decreto-, ya que podrá seleccionar la música más apropiada, según las características del lugar en donde esté asentado el hotel, como asimismo los horarios más adecuados al mismo.

Quiere decir, entonces, que para que se produzca el hecho generador del crédito es necesario que el hotelero ejecute un acto voluntario por el cual materialice su decisión de “utilizar” determinada clase de música. Y este uso debe ser “público”, señalando, el mismo Decreto qué lugares considera como tal: bares, cinematógrafos, teatros, clubes sociales, centros recreativos, restaurantes, cabarets (art. 1º). Como puede verse está muy lejos de lo que es, en este aspecto, la habitación de un hotel.

Y es precisamente por este acto de empleo o manejo, de utilización libre y voluntaria del agente que el art. 2º del Decreto le exige que todos los días debe anotar en una planilla por riguroso orden de ejecución el título de todas las obras ejecutadas, el nombre o seudónimo del autor de la letra y compositor de la música y el nombre o seudónimo de los intérpretes y el del productor, sello o marca de la reproducción utilizada y entregarla a la recaudadora.

Si no lleva y entrega la planilla al hotelero se le impone una multa.

Todo esto entiendo que cabe a los receptores conectados a un servicio de radiodifusión, como a una empresa que lo haga por encargo o mediante un artefacto manejado por el agente o demás usos similares, ya que el hotelero puede elegir, a su arbitrio, el tipo de música, determinar los horarios, etc., pero siempre destinado a los espacios comunes o públicos para los pasajeros del hotel (comedor, bar, salón, etc.), pero no dentro de sus habitaciones, habida cuenta lo expuesto más arriba pues son bien diferentes, tanto en su

esencia como en su destino, un bar, un restaurante o un cabaret y el cuarto de un hotel.

3) Pero esta situación aparece más grave con respecto a los televisores.

Bajo ningún aspecto se configura un acto de utilización pública de fonogramas como los enumerados precedentemente, porque el establecimiento se limita a poner el televisor y el dueño del hotel no tiene ninguna manera para poder elegir, seleccionar ni decidir sobre el disco o fonograma a escuchar por ese medio, como tampoco el horario para verlo u oírlo pues, queda al arbitrio del pasajero encender o no el aparato y, en su caso, elegir el programa.

Otro de los aspectos esenciales del presupuesto de hecho, generador del crédito a favor del ente recaudador, es que se compruebe efectivamente la emisión de música en ese específico sector del hotel (conf. Autos “AADI-CAPIF c/Panatel SA s/cobro”, CNCiv., Sala A, 05/04/02;; L.: 339.714), como asimismo quienes son los intérpretes y el sello discográfico. Esto es esencial, porque solamente así cobra la retribución el artista y el sello que realmente tienen derecho a cobrar y no otro u otros. Adviértase, por lo demás, que en materia televisiva la imagen tiene primacía sobre el sonido: es dable observar en muchos bares y confiterías que solo aparece la imagen sin sonido.

De ahí la importancia de efectuar un minucioso como cuidadoso llenado de la planilla.

Empero, resulta a todas luces impracticable la exigencia del ente recaudador de que el establecimiento cumpla con los asentamientos que se requieren para llenar la planilla del art. 2º del Decreto 1670/74.

Al respecto la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.) en un estudio sobre “Administración Colectiva del Derecho de Autor y Derechos Conexos” (Publ. Nº 688-S, pág. 17, Nos. 42 y 43) expresa, refiriéndose a los hoteles, textualmente, que “tal cosa es imposible o por lo menos irrealizable”.

Así también lo entendió la Sala “G” de esta Cámara cuando dijo: “La realización de estas planillas se encuentra en el dispositivo legal tan íntimamente vinculada con el reclamo remuneratorio que la situación debe asimilarse al supuesto de imposibilidad de cumplimiento por inexistencia del objeto de la obligación, toda vez que refiere la realización de un hecho materialmente imposible -arts. 627 y 888 del Código Civil-A (CNCiv., Sala “G”, 04/09/84, “AADI-CAPIF c/Prop. Establecimiento Citadella”, L. 8267).

Se ha pensado, a tal fin, innumerables soluciones, como hacer estadísticas o solicitar a los canales la programación que diariamente emiten, remedios que, sin duda no logran su objetivo, toda vez que es esencial verificar escrupulosamente la real emisión de música, lo que es impracticable habida cuenta la innumerable cantidad de canales (en cable, Direct TV, etc.), debiéndose desglosar de la programación las grabaciones musicales fonográficas y que realmente sean recibidas, restando las habitaciones desocupadas, todo lo cual llevaría al hotelero a desatender el establecimiento y dedicar todo el día a esa actividad. Evidentemente, es irrazonable.

4) Por otra parte, no está demás señalar que las audiciones musicales propaladas en vivo -o grabadas para ser difundidas “como en vivo”- por televisión cobran la retribución por otras vías, como asimismo que a las emisoras o canales de TV se le cobran aranceles por sus emisiones musicales. Así lo establece el Decreto 5146/69, que en el art. 4º, inc. C), determina el arancel para la teledifusión, sus retransmisiones y grabaciones en videotape de los productos fonográficos, discos, cintas y sus similares.

También la resolución Nº 120, año 1996, de la Secretaría de Prensa y Difusión de la Nación fija las tarifas mensuales y los montos de los aranceles que deberán abonar las emisoras de televisión que incluyan grabaciones en su programación.

Asimismo, la Resolución nº 100/89, dictada por la Secretaría de Prensa, en sus Anexos 59 y 60, determinan las tarifas correspondientes a

las Radioemisoras del Estado Nacional, Provincial y Municipal que operen en forma no comercial y a las Emisoras Comerciales de TV, con respecto a la publicidad o venta de espacios correspondientes a la programación que incluya grabaciones.

Como se puede apreciar, de ninguna manera puede decirse que exista un desamparo de los intérpretes y productores.

Y situaciones similares a ésta se dan en otras partes del mundo. Existen fallos en Europa y también doctrina al respecto que rechazan de plano el cobro de estas retribuciones, concretamente a los televisores de los cuartos de hotel, por considerar que las recaudadoras no tienen derecho a ello toda vez que el hotel sólo cede, por un precio una cosa mueble (televisor) sin injerencia del establecimiento en la difusión que por este medio se transmite.

5) El hecho de que el establecimiento ponga el aparato de televisión y, eventualmente, aumente el precio de la habitación del hotel, es simplemente para dar una comodidad más, como el aire acondicionado o la calefacción.

Hoy en día en casi todos los hoteles, desde una categoría media hasta la máxima, tienen televisores en los cuartos pero no específicamente con la finalidad de propalar música grabada y no se aumenta el precio por los programas de televisión sino por el costo de ese artefacto, como en el caso del aire y la calefacción.

Lo bochornoso de todo esto es que, de hacer lugar a la pretensión del ente recaudador, este gravamen obviamente será trasladado al precio y entonces los pasajeros de hotel deberán pagar por algo que, es presumible, la mayor parte de las veces no aprovecharán (escuchar música grabada), lo que es irrazonable y constituye una clara violación a los principios constitucionales y al derecho de propiedad (art. 28 y 17 y concs. De la Constitución Nacional).

Esta discordancia y extralimitación entre la ley y una medida tomada por el funcionario de turno, que tiene el poder de la “bolsa y la espada” (ver Jorge R. Vanossi, en J.A. Lexis

Nexis, Fasc. 12, 2005-II, 22/06/05), a veces puede darse porque, o es el resultado de un "lobby" muy eficaz o no se ha efectuado un análisis cabal de la ley, de sus términos, de su sentido, de su función, con el objeto, como dije antes de facilitar su cumplimiento o ejecución.

Además, si se leen los otros anexos de esta Resolución -son 66-, se verá que en todos, absolutamente, se mencionan lugares auténticamente públicos, de acuerdo al verdadero significado de esa palabra, como bailes en clubes, discotecas, whiskerías, cantinas, etc., etc.

V. Por último, el objeto de la ley es, sin duda, la retribución al intérprete musical y al productor por la emisión del disco o fonograma. Pero, cabe decir, al artista no sólo le interesa el pago de la remuneración sino que, generalmente y en primer término, su celo está en que la versión del tema que ha interpretado sea realmente escuchada. Por eso es esencial que cada vez que se pasa un disco o fonograma, en un lugar público, ello quede registrado en la planilla correspondiente, porque de cobrarse la recompensa a ultranza, sin que se sepa,

efectivamente, si el disco fue o no emitido se comete un latrocinio en el doble aspecto indicado.

VI. Por lo expuesto, considero que en el caso sometido a plenario corresponde hacer lugar a la excepción contemplada en el Decreto indicado. Voto, entonces, por la afirmativa.

Fdo. Miguel Ángel Vilar

Buenos Aires, 15 de septiembre de 2005.

Y Vistos: por lo que resulta del Acuerdo que antecede, como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal), se resuelve:

"La comunicación al público de grabaciones fonográficas que difunde el hotelero dentro de las habitaciones del establecimiento no se considera comprendida en la excepción prevista en el artículo 33 del decreto-ley 41.233 -domicilio exclusivamente familiar- (t.o. conforme decreto 9723/45) a efectos de la exención del pago de los aranceles a los que se refieren los decretos 1670/74 y 1671/74".