

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

Daño patrimonial. Fijación de la cuantía. Comunicación pública. Hoteles

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Uruguay

ORGANISMO: Juzgado de 1ª Instancia (Montevideo)

FECHA: 14-2-1996

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

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

OTROS DATOS: AGADU y otros vs. Hotel C., Montevideo. Ficha 225/93

SUMARIO:

“El daño indemnizable consiste en el lucro cesante de los autores, intérpretes y productores de fonogramas derivado de la no percepción de ingresos por el uso de las obras”.

“Para determinarlo debe atenderse al monto perdido y al período de tiempo por el que se produjo dicha pérdida”.

“En cuanto al primero de esos parámetros, la parte actora reclama en base a la tabla de aranceles [tarifas] establecida por [la sociedad de gestión colectiva de autores, nota del compilador] AGADU (1% del precio de una habitación single por el número total de habitaciones por 30 (días del mes) para el caso de los autores y 25% de dicha tarifa para los intérpretes y 25% para los productores de fonogramas), aranceles que la demandada no cuestiona en cuanto a su existencia, sino en lo que respecta a su obligatoriedad y razonabilidad”.

“Así también debe precisarse que no es de recibo el argumento de la demandada que aboga por la no aplicación del criterio arancelario en mérito a la inexistencia de vínculo contractual entre las partes, puesto que en teoría es razonable recurrir a dicho criterio para determinar el monto del daño por considerar, con el juicio de probabilidad inherente a toda estimación de lucro cesante, que hubiera sido lo que se hubiera percibido de no mediar la utilización ilícita”.

“El porcentaje (1% diario y 50% de este porcentaje) y el precio base sobre el que se aplica (tarifa habitación single) serán adoptados por cuanto, atendiendo a reglas de normalidad y experiencia, deber ser el que fuera considerado y acordado con los establecimientos hoteleros que abonan retribución por la utilización de las obras”.

Por otra parte, *“los beneficios e ingresos indebidamente percibidos no pueden ser otros que los derivados del mayor precio cobrado por las habitaciones del establecimiento en mérito a la existencia de receptores de radio y televisión en las mismas.*

“Dando por bueno que este hecho no sea tenido en cuenta para la calificación del hotel, en estrellas según parámetros internacionales, el sentido común indica que cualquier persona considera para aceptar las condiciones del contrato de hospedaje, entre otros elementos, la existencia de los referidos receptores y que, frente a la oferta de habitaciones idénticas en punto a su alhajamiento y confort, estará dispuesta a pagar un mayor precio por la que tenga radio y TV y si el precio fuera idéntico, optaría por la que los tuviera”.

“Por lo tanto, parece obvio que el establecimiento hotelero obtiene beneficios por ese concepto”.

“El punto es, entonces, cómo se determina su monto” [y para ello se deberá partir sobre] las siguientes bases:

“a) Se deberá establecer el porcentaje de incremento del precio de la habitación por contener aparatos receptores de radio y televisión;

“b) se tomará como precio base el de una habitación «single»;

“c) se multiplicará por el promedio mensual de habitaciones (de cualquier clase) ocupadas en el período de un año;

“d) se deberá tomar como punto de partida para el cómputo de lo debido la fecha en la que demandada comenzó la utilización ilícita;

“e) todo ello, con el límite infranqueable del 10% de todos los beneficios e ingresos, calculados desde la fecha de la ilicitud, según lo pedido en la demanda”.

TEXTO COMPLETO:

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia, estos autos "AGADU Y OTROS contra HOTEL CONTINENTAL MONTEVIDEO - Cobro de Pesos" - Ficha 225/93.

RESULTANDO:

I) LA DEMANDA

La Asociación General de Autores del Uruguay (AGADU), la Sociedad Uruguaya de Intérpretes (SUDEI), la Cámara Uruguaya del Disco (CUD) y los productores fonográficos EDISA, Ricardo & Rodolfo Gioscia S.A., Sondor S.A., Wel S.A. y Renvar S.A., promovieron juicio de daños y perjuicios por violación de derechos de autor,

intérprete y productor de fonogramas, con más los beneficios e ingresos indebidamente percibidos, contra BRIO S.A. (Hotel Continental), expresando, en síntesis, lo siguiente:

1) LEGITIMACIÓN ACTIVA

- Las premencionadas eran asociaciones civiles sin fines de lucro cuyos objetos eran la defensa de los derechos de los autores, intérpretes y productores de fonogramas, respectivamente.

- La solución adecuada para la protección de esos derechos exclusivos era la administración colectiva, puesto que, de otro modo, aquélla se volvería ilusoria.

- De la fotocopia certificada de la resolución dictada por el Consejo de Derechos de Autor (M.E.C.) de 23/2/94 surgía su legitimación para

ejercer la gestión colectiva y, en consecuencia, para iniciar en representación de los titulares de derechos intelectuales las acciones pertinentes para su defensa.

2) PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

A) CIRCULO DOMÉSTICO

- Los derechos de autores, intérpretes y productores de fonogramas emergían de varias fuentes: Constitución de la R.O.U., artículo 33, Ley de Derechos de Autor Nº 9.739 de 17/12/37, artículo 2.

- A los efectos de esta Ley, la reproducción de una obra en sitio público sin autorización era ilícita, debiendo entenderse como tal la realizada fuera del círculo doméstico (artículo 44 Lib. b) num. 1).

- Por ámbito doméstico debía entenderse el domicilio familiar, extendiéndose a las personas amigas que tienen por costumbre asistir o frecuentar la casa.

- Un hotel no lo era porque era accesible a todo aquél que existiendo habitación disponible, deseara alojarse a cambio de un precio y, por tanto, siendo un local público, la distribución que hiciera a las habitaciones constituía comunicación pública.

- Así también, aún cuando no se facturara independientemente al huésped el servicio de música y/o televisión era evidente el ánimo de lucro pues formaba parte de las comodidades ofrecidas, de las que dependía la calificación del hotel y, en consecuencia, la tarifa del alojamiento.

- Por lo demás, aunque no existiera el ánimo de lucro, la autorización para la comunicación pública era un derecho exclusivo que no dependía de aquel extremo.

B) DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DE LA OBRA RADIODIFUNDIDA

- El punto en cuestión era si la autorización a radiodifundir una obra que se concedía a una emisora comprendía, además, cualquier utilización de la emisión, incluso su comunicación pública mediante altavoz, sobretodo si se perseguían fines de lucro.

- Según el Convenio de Berna (Acta de París, 14.910 en sus artículos 11 párrafo 1) y 11 bis párrafo 1), la respuesta era negativa, al atribuir

también en este caso un derecho exclusivo al autor.

- En efecto, la comunicación a través del altavoz u otro instrumento llegaba a un público nuevo, distinto del que el autor había tenido presente cuando había autorizado la radiodifusión de su obra, a saber: los usuarios directos, y por eso, constituía un acto independiente y daba lugar al derecho exclusivo de autorización que correspondía al autor.

- De ahí que, si no mediaba dicha autorización, existía reproducción ilícita (artículo 44 literal b) num. 6 Ley 9.739 y Convención de Berna).

- Conforme con lo expuesto, el Consejo de Derechos de Autor, según resolución del 15/11/88, había determinado que se debían abonar derechos de autor, intérprete y productor de fonogramas de acuerdo a las tarifas que correspondieran por la instalación y utilización de aparatos receptores de radio y televisión, caseteros, grabadores, video cassetes y similares en las habitaciones de hoteles, moteles y afines.

- Citaban en su apoyo jurisprudencia española.

- También los intérpretes eran titulares de derechos (artículo 7º Ley 9.739, 7º y 12 Convención de Roma) y podían exigir una retribución por este uso.

- Asimismo, la precitada Convención de Roma, ratificada por Ley 14.587 de 19/10/76, en sus artículos 10 y ss. consagraba los derechos de los productores de fonogramas.

3) HECHOS

- Se había constatado en la inspección ocular realizada que la demandada tenía en sus habitaciones aparatos receptores de radio, a través de los cuales se captaban emisiones de A.M. y F.M., y televisores conectados a una antena parabólica común, así como circuito cerrado de video.

- De este modo el hotel ofrecía a sus clientes a través de la instalación de aparatos receptores, ya por medio de un sistema de cableado que transmitía la programación captada o bajada del satélite, ya en forma inalámbrica comunicando la obra radiodifundida, la ejecución de obras musicales o dramático-musicales para el mejor disfrute de la estada en sus habitaciones, interviniendo o intermediando para facilitar al público que

concurría a su establecimiento el acceso a dichas obras.

4) RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD

- Entendían que era aplicable el régimen de la responsabilidad contractual porque existía relación jurídica autoral, de la cual surgían "deberes obligaciones legales de no hacer" (sic) cuyo incumplimiento provocaba daños y perjuicios a los autores.

- Fundaban esta posición en los términos empleados por el legislador en el artículo 51 de la Ley 9.739 al referirse al "contraventor".

- Si existía una obligación, en el caso de origen legal, se estaba en el ámbito de la responsabilidad contractual.

- En materia autoral, la relación entre autor y usuario de la obra nacía a partir de que éste tomaba contacto con la misma, quedando comprendida aquélla dentro del estatuto jurídico creado por la ley y el incumplimiento se originaba a partir de la realización del acto prohibido por dicho estatuto.

- En consecuencia, configurado el incumplimiento, nacía la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados.

5) EL INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA

- La demandada había lesionado el derecho exclusivo que tenían los autores, intérpretes y productores de fonogramas para autorizar la ejecución pública de sus obras al utilizarlas sin su previa autorización y esa ilicitud acarrearía el incumplimiento definitivo de la obligación legal de no hacer, incumplimiento imputable a título de dolo pues carecía a sabiendas de título habilitante, como se había acreditado con la intimación previa practicada en autos.

6) DAÑOS Y PERJUICIOS

- El artículo 51 de la Ley 9.739 le otorgaba al autor acción para conseguir el resarcimiento de los daños y perjuicios y la entrega de los beneficios e ingresos indebidamente percibidos por el contraventor.

- La reparación del perjuicio se integraba en el caso con:

A) DAÑO PATRIMONIAL AUTORAL

- Consistía en la privación de los derechos exclusivos del autor a autorizar la inclusión, reproducción y distribución de su obra.

- Estos derechos habían sido violados desde el comienzo de la comunicación pública no autorizada.

- Para reparar el daño causado se recurría a la tabla de aranceles autorales establecida por AGADU, en ejercicio del derecho exclusivo de los autores, y adoptada por el Estado en lo referente a las obras caídas en el dominio público, que establecía que mensualmente cada establecimiento hotelero debía abonar el equivalente al resultado de multiplicar el 1% de la tarifa de la habitación single diaria por el número total de habitaciones y por 30 (por los días del mes).

- En la especie y tomando como base el tarifario entregado por la demandada en oportunidad de la inspección ocular, la liquidación del daño era la siguiente:

1% de US\$45 (precio "single") por 66 (total de habitaciones) por 30 igual US\$891.

- Así también debía agregarse el derecho correspondiente a intérpretes y productores de fonogramas que se ubicaba en 50% más (25% para cada uno) o sea US\$445,5.

- El monto total mensual era pues de US\$1.426,5.

- Se entendía que la demandada, al haber utilizado las obras sin previa autorización, había implícitamente aceptado la aplicación del arancel y su monto, criterio seguido por la jurisprudencia española que citaban.

B) PENA CIVIL. ENTREGA DE LOS BENEFICIOS E INGRESOS

- La referida pena estaba prevista por el artículo 51 ya mencionado y era independiente de los daños y perjuicios.

- El beneficio era toda ventaja patrimonial comprensiva tanto de las utilidades como del ahorro en el gasto.

- Por este concepto, se solicitaba el 10% de todos los beneficios e ingresos percibidos por el hotel, calculado desde la fecha de la ilicitud y cuya determinación se haría una vez obtenida la prueba.

7) RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL COMO FUNDAMENTO SUBSIDIARIO

- Para el caso de no aceptarse la relación jurídica autoral, fundaban en subsidio su pretensión en el régimen de la responsabilidad extracontractual.

- En efecto, los presupuestos de hecho de esta causa eran hechos ilícitos (imputables a título de dolo) constitutivos de culpa extracontractual y que habían provocado daño.

- Así, la conducta de la demandada se apartaba de los deberes que regulaban el caso (artículo 2, 44 y 46 ley 9.739) y era la causante del daño (nexo causal).

- Por último, según el principio de reparación integral del daño, correspondía remitirse a la liquidación del daño ya efectuado.

8) PETITORIO

Solicitaban se condenara a la demandada a abonar los daños y perjuicios y pena civil expuestos, su actualización, intereses, costas y costos.

II) LA CONTESTACIÓN

- Brio S.A., contestó la demanda en los siguientes términos:

1) EXCEPCIONES

- La parte demandada opuso las siguientes:

a) Falta de personería de AGADU, SUDEI y CUD porque carecían de representación en forma de los autores, intérpretes y productores en cuyo nombre promovían el presente, no siendo suficiente la resolución del Consejo de Derechos de Autor del año 1994 por ilegal e ilegítima para pretender que le confería a AGADU la representación invocada.

Asimismo, las restantes accionantes eran sociedades anónimas que habían otorgado representación en los términos de la cláusula primera del poder de fs. 9 a 11 y por bienes y derechos que no habían sido ni siquiera reseñados.

Por último, no se había acreditado la personería para actuar por Renvar S.A.

b) Falta de legitimación en la causa de las asociaciones civiles (AGADU, SUDEI y CUD) porque carecían de derechos de autor propios que habilitaran su accionamiento a título personal.

- Independientemente de lo expuesto, revelaba la ausencia del requisito de conciliación previa por parte de Renvar S.A.

2) ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DE LAS LEYES Y CONVENCIONES SOBRE DERECHOS DE AUTOR

- El artículo 6º de la ley 9.739 y el artículo 2º de su Decreto Reglamentario establecían como condición indispensable para ejercer los derechos previstos por la primera, inscripción en el Registro para autores nacionales y si la obra era extranjera, probar además el cumplimiento de los requisitos legales en el país de origen.

- Si se sostuviera que tales requisitos no eran aplicables por la Convención de Berna, tal conclusión no sería correcta ya que la Convención Universal sobre Derecho de Autor, aprobada con fecha posterior (Ley 16.321 de 27/10/92), autorizaba a someter a formalidades el ejercicio del derecho, como exponía el Dr. Siegbert Rippe a cuya consulta, que acompañaba, se remitía.

- De autos, no resultaba el cumplimiento de los premencionados requisitos y ni siquiera quienes eran los autores por cuyos eventuales derechos se accionaba.

- Por lo demás, el Decreto de 6/2/91 en su artículo 2º exigía la inscripción en el registro para probar la titularidad del derecho, habiendo sido propiciado por el Consejo de Derechos de Autor.

- Así también, no se explicaba cómo se podía reclamar por derechos que necesariamente se habían enajenado o transmitido a los medios de difusión, los que no sólo no cobraban por sus transmisiones sino que trataban de ampliar el número de televidentes y oyentes para aumentar el precio de los espacios comerciales de cuya venta obtenían sus ingresos.

- La aparición de la TV cable con acceso pago ponía al descubierto la total gratuidad de la comunicación cualquiera fuera el ámbito en que se realizara.

- De los dichos de los actores surgía que habían enajenado o cedido sus derechos a los medios de difusión.

- Por lo tanto, como los derechos invocados no eran ilimitados, una vez enajenados o transmitidos no podían ser reivindicados (cf. consulta del Dr. Carlos Delpiazzo y artículo 11 de la Convención de Washington).

3) EXISTENCIA O NO DE REPRODUCCIÓN ILÍCITA

- Para determinar este extremo, era menester analizar cinco elementos:

A) DERECHOS PROTEGIDOS

Ninguno de los derechos tutelados por la normativa vigente, citados por el Dr. Delpiazzo y en la ley 15.289, había sido lesionado.

B) REPRODUCCIÓN ILÍCITA

- El término utilizado en diversos artículos de la ley 9.739, debía interpretarse en su sentido natural y obvio (artículo 18 de Código Civil) y, según el Diccionario de la Real Academia Española, reproducir tiene tres acepciones: "volver a producir o producir algo nuevo", "repetir lo que antes se dijo y alegó" y "sacar copia en uno o muchos ejemplares de un objeto por procedimiento fotográficos, mecánicos, calcográficos, electrolíticos o por vaciado".

- Este último era el sentido de "reproducción" en la ley, que era una ley que atacaba al plagio, a la copia, pero el que recibía una transmisión de televisión no "reproducía", sino que consumía.

- No se daba en la especie representación, ejecución o reproducción requerida por la norma para configurar la supuesta reproducción ilícita.

- La recepción de sonido e imágenes emitidos por empresas autorizadas para ello en habitaciones de hoteles no la configuraba, porque no tenía nada que ver ni con la transmisión ni con la propalación calificada prevista por la ley (cf. artículo 11 bis num. 1) 2º del Convenio de Berna y consulta del Dr. Rippe).

C) LUGAR PÚBLICO (CÍRCULO DOMÉSTICO)

- La definición legal de "sitio público" sólo se relacionaba con la "representación", no abarcaba ni la "ejecución", ni la "reproducción" y la recepción no era ninguna de las tres cosas.

- El concepto de "doméstico" no podía limitarse a "casa" u "hogar", sino que en el ámbito jurídico equivalía a "lo interno", "local", "interior".

- Por ello, el cliente de un hotel se encontraba en su "círculo doméstico" no sólo cuando estaba en su habitación sino aún cuando se desenvolvía en el ámbito interno de todo el establecimiento, en tanto lugar físico en el que habitaba y vivía temporal o establemente y en el que gozaba de vida privada.

- El hotel en general y las habitaciones en particular constituían, en virtud del contrato de hospedaje, el domicilio, residencia o morada del huésped o viajero y se extendía a las mismas el amparo de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio.

- En suma, la situación del huésped era igual a la de cualquier habitante de un apartamento o condominio.

- Todo lo expuesto resultaba con mayor amplitud de las consultas de los Doctores Rippe y Delpiazzo.

D) RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE DERECHOS DE AUTOR DE 25/11/88

- La misma era ilegítima e inválida porque no existía norma atributiva de competencia (los artículos 56 y 31 de la 9.739 se referían a otros cometidos) para imponer pago de derechos por instalación y utilización de aparatos de radio y TV en hoteles, moteles y afines; por su contenido ya que las referidas instalaciones no constituían "reproducción en lugares públicos" conforme a la normativa vigente y porque no había sido publicada en el Diario Oficial ni notificada personalmente a sus destinatarios por lo que no habían comenzado a correr los plazos para su impugnación.

E) NATURALEZA DE LA RADIODIFUSIÓN

- Tal como lo señalaba el Dr. Delpiazzo, la radiodifusión y el régimen jurídico aplicable a la misma y actividades conexas se caracterizaba

por su destinación al público en general y la instalación en las habitaciones de un hotel de receptores de radio y televisión capaces de captar emisiones de radiodifusión nacionales o extranjeras no habilitaba a los autores, intérpretes y productores de fonogramas a reclamar compensaciones pecuniarias del establecimiento hotelero cuando aquéllos habían autorizado previamente la emisión al medio respectivo.

- En conclusión, no había habido reproducción ilícita de especie alguna por su parte.

4) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRACONTRATUAL

- Entendía que la responsabilidad era de naturaleza extracontractual ya que no existía obligación de no ser impuesta por la ley de derecho de autor, en posición compartida por jurisprudencia nacional.

- Por lo tanto, debían probarse el hecho ilícito, el daño, la culpa y el nexo causal.

- Por último, si la normativa aplicable fuera la contractual, se requería la constitución en mora que no se había efectuado.

5) EL RECLAMO DE LOS ACTORES

- No correspondía acumular la indemnización por daños y perjuicios y la entrega de beneficios o ingresos porque este último concepto estaba incluido en el primero.

- Por otra parte, ingreso y beneficio eran términos empleados en forma alternativa no acumulativa y no procedía la distinción entre ellos.

- En cuando al modo de determinar el monto reclamado, en sí mismo era demostrativo de su falta de razonabilidad y su desvinculación con el eventual daño. 7)

- Se reiteraba que el Consejo de Derechos de Autor carecía de atribuciones para fijar un arancel.

- Por lo demás, las soluciones de jurisprudencia extranjera no eran aplicables en el país, soluciones que partían de una regulación legal diferente.

- En lo referente a la sanción, el monto era arbitrario y no guardaba relación con el costo operativo o con el beneficio o ingreso neto derivados de la sola existencia de un aparato de radio o de TV.

- Asimismo, el pago de derechos de autor nunca había integrado el precio de las habitaciones, no sólo porque no se había abonado sino porque no correspondía hacerlo.

- Pero aún si correspondiera el pago de esos derechos, no era correcta la forma de determinación empleada por la contraparte:

* sólo muy excepcionalmente el hotel tenía ocupadas todas las habitaciones siendo lo normal el 40%;

* los huéspedes no pasaban las 24 horas del día en el hotel, lo habitual era no mucho más que pernoctar;

* descontando las horas de sueño, los receptores podían no estar encendidos;

* aún estándolo, se podían recepcionar programas que no generaban derechos (artículo 45 ley 9.739);

* igual era el caso de transmisiones de obras de autores fallecidos hacía más de 40 años y caídas en el dominio público;

* aún cuando se admitiera la procedencia del pago, la representatividad de AGADU sería parcial y por algunos autores.

- Por otra parte, la categorización del hotel (estrellas) no dependía de sus receptores de radio y TV en las habitaciones.

- El pretendido 10% por todos los beneficios e ingresos era inadmisibles no sólo porque su parte no percibía ingreso alguno por colocar receptores sino porque la cifra era desmedida y carente de fundamento.

6) LA JURISPRUDENCIA

- Citaba jurisprudencia favorable a su posición respecto de la legitimación, naturaleza de la responsabilidad, concepto de reproducción y necesidad de la inscripción.

PETITORIO

Se solicitaba se rechazara la demanda con las máximas sanciones procesales.

III) TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES

La parte actora evacuó el traslado expresando:

a) La contraparte cuestionaba el instituto de gestión colectiva a través del excepcionamiento.

b) La resolución del Consejo de Derechos de Autor había sido dictada dentro de su

competencia y en ella se incluía el control de legitimidad de las entidades de gestión colectiva para representar a los titulares de derechos.

c) La situación de las mencionadas entidades era análoga a la de los intereses difusos.

d) Las sociedades comerciales comparecían coadyuvando el derecho esgrimido por CUD, que integraban, y eran titulares del derecho conexo consagrado en el Convenio de Roma.

e) Era cierta la omisión del requisito de conciliación por parte de Renvar S.A.

IV) En la audiencia preliminar se difirió la resolución de las excepciones de falta de personería y ausencia de legitimación en la causa para esta sentencia, se tuvo presente lo manifestado por la parte actora respecto a la errónea inclusión de Renvar S.A. (Resolución N° 1798/95 - fs. 182-185) y se determinó el objeto del proceso (num. 4 - fs. 180).

V) No se controvertió la existencia de aparatos receptores de radio y televisión, conectados a una antena parabólica común, así como un circuito cerrado de video, en las habitaciones del hotel y de un aparato receptor de televisión en la recepción del mismo.

Tampoco, la ausencia de autorización por parte de autores, intérpretes y productores de fonogramas y el no pago de retribución alguna a éstos.

VI) Consta asimismo que: se tentó la conciliación (fs. 28-29); se celebraron audiencias preliminar y complementaria (fs. 180 - 185, 201, 294) y se difirió el dictado de sentencia para esta fecha.

CONSIDERANDO:

I) EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL Y EN LA CAUSA

Como se expusiera al dictar resolución al respecto:

"I) El excepcionamiento relativo a la ausencia de personería de AGADU, SUDEI y CUD no puede ser examinado sin conexión con la falta de legitimación en la causa en atención a las especiales características de las entidades

involucradas y a la naturaleza de los derechos que se pretenden hacer valer en este proceso.

II) En cuanto a lo alegado en relación a las sociedades comerciales, deben deslindarse dos situaciones:

EDISA, Ricardo y Rodolfo Gioscia S.A., SONDOR S.A. y WEL S.A. son, sin lugar a dudas, parte en este proceso y en tanto CUD invoca su representación, corresponde también reservar para la sentencia definitiva la decisión en punto al excepcionamiento opuesto".

Ahora bien, un correcto encuadre del punto en litigio impone considerar por separado la situación de las entidades de gestión colectiva (asociaciones civiles AGADU, SUDEI y CUD) de la de las sociedades comerciales accionantes.

A) LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

Sabido es que en materia de derechos de autor y conexos se entiende que el modo más efectivo para su ejercicio y tutela es la gestión colectiva por intermedio de las sociedades constituidas con ese fin.

Es más, los derechos relativos a obras musicales y dramático-musicales, en especial la comunicación pública (es decir: ejecución pública, radiodifusión, transmisión al público en general, etc.), a medida que la tecnología ha ido proporcionando múltiples formas de comunicación, se han vuelto prácticamente imposibles de controlar individualmente.

Así el Dr. Antonio Delgado expresa:

"12. En efecto, el problema al que se enfrentan los autores de ayer y de hoy es el de cómo conseguir el control de las utilidades de sus obras; imposible de alcanzar individualmente en toda circunstancia.

14. Desde un principio el camino que se reveló más idóneo (y el que a la postre, ha tenido una aceptación universal) fue el de encauzar el ejercicio colectivo de los derechos de autor a través de las que se han denominado internacionalmente "sociedad de autores". Se

trata de organizaciones de base asociativa formadas por una misma clase de titulares de derechos y administradas y vigiladas por ellos (a través de su participación en los órganos de gobierno). Organizaciones que han logrado una alta cualificación en el conocimiento de una materia tan nueva como desconocida (el derecho de autor) y en un tipo de administración nada corriente. Esto les ha permitido (especialmente, en lo que respecta a las obras musicales) establecer una red de sociedades interconectadas mundialmente, a medida que se ha ido produciendo la consolidación internacional del derecho de autor a través de los grandes convenios administrativos con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) - Convenio de Berna - y la UNESCO - Convención Universal sobre Derechos de Autor.

15. Las mismas consideraciones que se han hecho para el derecho de autor pueden trasladarse "mutatis mutandis" a los derechos conexos. Al mismo tiempo que estos derechos han ido reconociéndose en las legislaciones nacionales, han aparecido organizaciones de gestión colectiva, y en la medida en que los países de esas legislaciones han ido vinculándose mediante la Convención de Roma de 1961, se ha podido establecer una conexión internacional entre esas entidades (todavía sin la amplitud y eficacia que se advierte en las sociedades de autores)". (Delgado, Antonio, "Gestión Colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos" ponencia en Seminario sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Area del Sistema Judicial de la R.O.U., Montevideo, 8 a 11/6/93, págs. 9 - 11).

También Ricardo Antequera Parrilli afirma:

"La necesidad de tales organizaciones no solamente es evidente, sino que sin su existencia los derechos reconocidos en los Convenios Internacionales y las leyes nacionales apenas constituirán meras declaraciones de buenas intenciones, y el principio del "trato nacional" a que se refieren los artículos 5.1 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, y II de la Convención Universal sobre Derecho de Autor, perderían cualquier aplicación práctica, y esa inobservancia podría, incluso,

colocar a los países en situación de reclamaciones y sanciones comerciales a la luz de las disposiciones que rigen la Organización Mundial del Comercio (OMC) por inaplicación de los compromisos contraídos a través del Acuerdo sobre los aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC por sus siglas en castellano, y TRIPS por sus siglas en inglés), aprobado en el marco de la "Ronda Uruguay". "(Consulta agregada, fs. 147).

Delia Lipszyc coincide con los precitados, exponiendo:

"Es que en la mayoría de sus manifestaciones, los derechos exclusivos que las leyes y los tratados consagran en favor del autor, el intérprete y el productor fonográfico serían letra muerta si estos tuvieran que proveer a su administración y defensa individualmente; para ellos es imposible saber donde, cuando y como se están utilizando sus obras, interpretaciones y productos. El mundo es un inmenso mercado de obras y productos culturales y gran parte de las utilidades se cumplen a través de la ejecución pública de obras musicales en locales de baile, discotecas, restaurantes, confiterías, bares, cafeterías, hoteles, etc., para ambientación en tiendas y otras empresas comerciales, establecimientos industriales, oficinas, transportes, consultorios, estudios profesionales, talleres, etc., "en vivo" o por medio de grabaciones sonoras, de la radiodifusión y de la distribución por cable; de la proyección o exhibición de obras cinematográficas y de la reproducción en video de las mismas y de otras obras audiovisuales; del alquiler o préstamos de videocassettes; de la reproducción reprográfica de obras impresas para usos personales e internos y de la copia doméstica de grabaciones sonoras y audiovisuales para usos personales.

Frecuentemente la explotación tiene lugar en muchos países al mismo tiempo. Las mismas canciones se escuchan en Montevideo, en Buenos Aires y en Tokio, en México, Argel, Melbourne, Londres, etc., etc., en capitales de provincia y en pequeñas localidades de los más diversos y distantes países.

... Es fácil advertir, entonces, que el ejercicio de los derechos que las leyes reconocen a los autores, los intérpretes y los productores fonográficos sólo puede lograrse a través de la gestión colectiva, sistema que presta servicio tanto a los nombrados como a los difusores porque les permite acceder lícitamente a una enorme cantidad de obras diferentes nacionales y extranjeras constantemente incrementada, negociar su utilización con un mínimo de personas sobre la base de tarifas uniformes y realizar los pagos con la certeza de cancelar sus obligaciones (vid. Delia Lipszyc, "Derechos de Autor y Derechos Conexos", op. cit. págs. 408 y 409). "(Consulta agregada, fs. 118-120).

En la especie, se plantea el problema de la legitimación de esas entidades para perseguir en un proceso judicial la tutela de derechos de autor y conexos, en tanto nuestra legislación no contiene norma expresa que las habilite.

En efecto, es obvio que ni AGADU ni SUDEI ni CUD son titulares de los derechos exclusivos en los que fundan su accionamiento (ni tampoco pretenden serlo) y, por lo tanto, en principio, si lo hacen en representación de los autores, intérpretes y productores de fonogramas debieran acreditar su personería en la forma que lo reclama el artículo 36.1 del C.G.P.

Pero, como ya se adelantara, no puede soslayarse la especialidad del caso que deriva, por un lado, de la existencia de derechos que eventualmente habrían sido vulnerados y, por otro de la dificultad y por qué no de la imposibilidad de su defensa si se requiriera que cada uno de los titulares directamente o a través de poderes que otorgaran su representación a las asociaciones respectivas, dedujera la pretensión en el proceso.

Pues bien, esta sentenciante comparte la posición del Dr. Enrique Vescovi, consignada en la consulta glosada a fs. 84-88, en punto a admitir la representatividad excepcional para actuar en juicio de las asociaciones civiles comparecientes, aún sin poder.

Como lo expone el ilustre procesalista:

"... Puesto que si no (se admitiera esa representatividad excepcional), el Derecho Procesal daría la espalda a un problema universal que no encontraría solución. Justo en el momento crucial, en aquel en el que se violan los derechos de autor o de un grupo de autores que no están en condiciones de comparecer personalmente al proceso, ni de otorgar un poder requerido para los casos por el derecho uruguayo.

Ya está ahora legislada la comparecencia en juicio, en defensa de intereses difusos del consumidor, del medio ambiente, etc., de asociaciones (ONGS no gubernamentales) que según la ley o a juicio del tribunal, garanticen una adecuada defensa del interés comprometido. (Solución del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, reproducida por el artículo 42 del Código General del Proceso para Uruguay).

Con esta solución que, insistimos, proclamábamos como aplicable aún sin ley, resulta más inadmisibles que cuando comparece la Asociación de Derechos de Autor del Uruguay la Justicia rechace su pretensión por falta de legitimación. No hay duda que, por lo menos, estamos ante una situación análoga y la analogía constituye una de las formas de integración del derecho (artículo 16 del Código Civil y artículo 15 del C.G.P.)" (consulta agregada, fs. 86).

Para el caso de reclamar que se acreditara la representación de los autores, intérpretes y productores de fonogramas según el artículo 36.1 del C.G.P., se estaría en los hechos negando el ejercicio de derechos, aún de rango constitucional (artículos 7 y 33 de la Constitución) y favoreciendo su violación.

Por lo demás, la resolución del Consejo de Derechos de Autor de fecha 23/2/94, si bien a juicio de esta sentenciante no puede otorgar a AGADU, SUDEI y CUD una representación que la ley no les concede, puede ser tenida en cuenta en tanto avala la representación conferida a AGADU por sociedades de autores de numerosos países, SUDEI y CUD y el propio Consejo, en función que le compete según el artículo 33 del Decreto Reglamentario de la Ley 9.739 de fecha 21/4/38.

Así también de tenerse en cuenta que AGADU, según el artículo 3 numeral 3 y 6 de su Estatuto, está facultada para ejercer la representación de las obras de sus asociados y las pertenecientes a los autores afiliados a las sociedades extranjeras con las que mantiene pactos de reciprocidad y SUDEI y CUD también estatutariamente dicha facultad (artículos 9 y 3 literal b) de sus respectivos Estatutos), así como que dichas asociaciones son las únicas con personería jurídica en el país que refieren a la administración colectiva de los derechos de autor, intérpretes y productores de fonogramas, esto último según lo expone el Consejo de Derechos de Autor en Resolución de fecha 23/2/94 dictada al amparo de lo dispuesto por los artículos 33 y 34 del precitado Decreto Reglamentario.

En suma, de lo expuesto y en aplicación del principio rector contenido en el artículo 14 del C.G.P. que proclama como finalidad esencial del proceso la efectividad de los derechos sustanciales, esta sentenciante entiende que AGADU, SUDEI y CUD tienen legitimación activa.

B) LEGITIMACIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

En lo que respecta a la legitimación de las sociedades comerciales, corresponde precisar que, por un lado, ya están representadas por CUD, y, por otro, no concurren las mismas razones aducidas para admitir la legitimación de las asociaciones de autores, intérpretes y productores de fonogramas, ya que se trata de sociedades comerciales, con obvia finalidad diversa de aquéllas y a quienes, por ende, cabe reclamar que acrediten la titularidad de los derechos que invocan o la representación de aquéllos, lo que no han hecho.

En consecuencia, si bien pueden ser considerados como terceros coadyuvantes, al no haber probado la titularidad y/o representación premencionadas, corresponde acoger la excepción en punto a su ausencia de legitimación.

II) REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

Antes de ingresar al examen de la eventual responsabilidad de la demandada, corresponde establecer si los derechos cuya violación se impetra tienen expedita la vía para el accionamiento en sede jurisdiccional.

En efecto, la demandada sostiene que el ejercicio de los derechos en cuestión reclama su previa inscripción en el Registro para el caso de obras nacionales y además la prueba del cumplimiento de los requisitos para su protección en el país de origen, si la obra es extranjera.

Se funda en la posición sustentada por el Dr. Siegbert Rippe en consulta glosada que entiende que la Convención Universal sobre Derecho de Autor derogó, por ser aprobada con fecha posterior, a la Convención de Berna y de ello extrae la conclusión que como la primera autoriza a someter a formalidades el ejercicio del derecho, perdió vigencia la interpretación que afirmaba que por virtud del artículo 5.2 de la segunda de las citadas había quedado derogado el artículo 6 de la Ley 9.739.

Esta sentenciante no tiene el honor de compartir la premencionada postura.

En efecto, la Convención Universal establece en forma expresa que no afectará en nada a las disposiciones del Convenio de Berna (artículo XCVII.1), de lo que se infiere la prevalencia de este Convenio entre los Estados parte de la Unión de Berna.

A mayor abundamiento, la Declaración Anexa de la Convención Universal relativa al citado artículo establece: "c) La Convención Universal sobre Derecho de Autor no será aplicable en la relaciones entre los Estados ligados por el Convenio de Berna, en lo que se refiera a la protección de las obras que, de acuerdo con dicho Convenio de Berna, tengan como país de origen uno de los países de la Unión de Berna."

Por lo demás, de seguirse hasta sus últimas consecuencias la tesitura manejada por el Dr.

Rippe, habría que concluir que nuestro país ha dejado de pertenecer a la Unión de Berna.

Así tampoco es de recibo entender que el requisito del Registro solamente está suprimido para las obras extranjeras, porque ello supondría consagrar una desigualdad para con las obras nacionales violatoria de la Constitución.

La opinión sustentada es coincidente con la emitida en sus respectivas consultas por Delia Lipszyc y Ricardo Antequera Parrilli a cuya profusa e ilustrada argumentación se remite "brevitatis causae".

En suma, en nuestro país la protección de los derechos de autor y conexos no está sometida a ninguna formalidad.

III) NATURALEZA DE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDADA, CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL

Es necesario asimismo determinar cuál es el régimen de responsabilidad civil aplicable al caso, por cuanto de allí resultarán cuales son los extremos que se habrán de considerar para determinar la existencia o no de responsabilidad de la accionada.

Básicamente la distinción entre los subtipos de responsabilidad civil gira en torno a si ha violado una obligación preexistente (responsabilidad contractual) o un deber jurídico (responsabilidad extracontractual).

Entonces, el punto radica en decidir si la Ley 9.739 consagra una obligación legal de no hacer.

A juicio de esta sentenciante, la respuesta deber ser negativa.

Lo que la parte actora interpreta como obligación no es otra cosa que el deber de no dañar, es decir de no lesionar el derecho y las conductas descritas en el artículo 44 no son sino la enunciación (no taxativa) de deberes específicos cuya violación haría incurrir en responsabilidad.

En puridad, en los casos típicos de responsabilidad extracontractual siempre es

posible identificar la violación de deberes específicos, es más los mismos se sitúan en el ámbito de la ilicitud que es el que interesa para la distinción entre ambos regímenes.

Como dice el maestro Gamarra: "Así, el automovilista no está "obligado" a conducir a velocidad prudencial (contra lo que dice el artículo 640 del Decreto), sino que tiene el "deber" de manejar a velocidad prudencial. Si circula a velocidad excesiva, viola el "deber" impuesto, pero no incumple ninguna obligación ya que falta el acreedor (sujeto activo de la misma). La relación obligacional recién nace cuando ese automovilista lesiona a un peatón, porque es entonces que se crea la obligación de reparar el daño; dicha obligación resarcitoria tiene por sujeto activo (acreedor) al peatón víctima del accidente y por sujeto pasivo (deudor) al conductor. Pero el deber infringido es el de no lesionar la integridad física del peatón, como se verá.

En la responsabilidad aquiliana la relación obligacional surge con el incumplimiento dañoso del deber; en cambio, en la responsabilidad contractual la obligación ya existe antes que el deber de prestación del deudor sea incumplido. No hay vínculo obligacional alguno preexistente entre los sujetos de la responsabilidad cuando ésta es aquiliana; la obligación existe a partir del hecho ilícito dañoso que viola el deber" (T.D.C.U., T.XX, Vol. 2º, pág. 47).

En sede de derecho de autor y conexos no existe una obligación preexistente de no hacer, sino deberes específicos de cuya lesión deriva el nacimiento de una obligación de reparar el daño que se hubiere causado.

En consecuencia, para decidir si corresponde acoger la pretensión en curso es menester analizar los cuatro elementos de la responsabilidad extracontractual: hecho ilícito, culpa, daño y nexos causal.

IV) LA ILICITUD

Partiendo del hecho admitido de la existencia de aparatos receptores de radio y televisión conectados a una antena parabólica común, así como un circuito cerrado de video en las

habitaciones y, de un aparato de televisión en la recepción del establecimiento hotelero, por medio de los cuales los huéspedes pueden recibir las obras radiodifundidas, debe examinarse si se configura con ello el hecho ilícito reclamado por la normativa legal.

Para eso habrá de verse si se trata de una forma diversa de uso (de un acto de comunicación pública) de la obra y, por tanto, que requiera ser autorizada por los titulares de los derechos y, si el establecimiento hotelero, en especial sus habitaciones, encajan en el concepto de "círculo doméstico".

A) DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

Este derecho integra el elenco de derechos patrimoniales de autor concernientes a la explotación de la obra.

Así también, los intérpretes tienen un derecho sobre la difusión de las obras en que hayan participado y los productores de fonogramas lo tienen sobre cualquier forma de comunicación al público.

Por otra parte, es principio universalmente aceptado que el derecho exclusivo del autor a explotar su obra es de carácter ilimitado y que, salvo excepción legal, expresa no está sujeto a "numerus clausus".

Es decir, que alcanza a cualquier forma de uso de la obra, con las excepciones legales explícitas (cf. Antequera Parrilli en consulta agregada, Lipszyc en "Derechos Patrimoniales", ponencia en Seminario sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Área del Sistema Judicial de la R.O.U., Montevideo, 8 a 11/6/93, págs. 2 a 7).

Entonces, habrá de verse si la colocación de aparatos receptores de sonido y/o imágenes para difundir, comunicar o ejecutar las obras, interpretaciones o producciones transmitidas a través de la emisión, constituye un acto de explotación distinto de aquél que realiza el organismo de origen.

Por comunicación o ejecución pública de una obra se entiende "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 medio que no consisten en la distribución de ejemplares" (Lipszyc, op. cit., pág. 14).

Este derecho abarca toda comunicación directa o en vivo o indirecta, es decir, toda actividad que posibilite que la obra llegue a un público distinto de aquél al que se dirige la comunicación originaria (Lipszyc, op. cit., págs. 15-16).

Por lo tanto, "cada acto por el cual la obra llega a un "público nuevo", distinto del previsto en la contratación originaria, constituye una nueva comunicación pública y está sujeto a la necesidad de previa autorización y al pago de una remuneración diferenciada" (Lipszyc, op. cit., pág. 16).

Según el principio de independencia de los derechos de explotación, la autorización concedida por su titular a un organismo de radiodifusión (radio sonora y/o televisión) no implica su consentimiento para otros usos.

Así, el artículo 11 bis párrafo 1 numeral 3º del Convenio de Berna dispone que el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar "la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida".

En consecuencia, la autorización para la emisión es distinta de la que debe otorgarse para la comunicación de esa emisión por altavoz o cualquier otro instrumento análogo, vgr, receptores de radio y/o televisión.

Ahora bien, ¿es suficiente la existencia de receptores en las habitaciones de un hotel para que se configure una nueva utilización del derecho exclusivo o se reclama algún "plus"?

Se estima que se requiere un organismo intermedio que se interponga entre la antena emisora y la captación por el aparato receptor (Claude Masouyé, Guía del Convenio de Berna, OMPI, Ginebra, 1978, pág. 80, párrafo 11 bis. 8 citado Lipszyc en consulta a fs. 111-112).

Así, Lipszyc sostiene que hay un acto de intermediación del establecimiento hotelero cuando éste ofrece a sus huéspedes programas a través de un sistema interno propio, es decir cuando el público no recibe el programa directamente y a continuación expone: "...es distinto en aquellos casos en que cada habitación de hotel tiene un televisor con su propia antena que capta en el aire el programa transmitido por la radiodifusión "abierta", pues al ser inalámbrica la comunicación es radiodifusión como variante específica de la comunicación pública" (op. cit. págs. 35 y 36).

Antequera Parrilli parece no compartir esta posición pues sostiene que como la habitación de un hotel no puede calificarse de círculo doméstico, la colocación de aparatos receptores en ellas no puede configurar una excepción al derecho exclusivo de explotación (consulta, fs. 164).

Esta sentenciante entiende que aún cuando no exista un acto de intermediación del dueño del establecimiento en el sentido que le da Lipszyc, hay una nueva comunicación que va dirigida a un público distinto del previsto al concederse la autorización y para acceder a la cual se requiere el pago de un precio (el de la habitación).

Parece claro, pues, la existencia de un derecho respecto de esta forma de uso de la obra.

No obstante ello, aquél reconoce una excepción cuando la comunicación es realizada dentro del "círculo doméstico", lo que nos lleva al análisis de este concepto.

B) CÍRCULO DOMÉSTICO

La excepción relativa al "círculo doméstico" es recibida, con diferencias terminológicas, en las leyes nacionales.

Se entiende que refiere a las ejecuciones realizadas en el seno del hogar o sea dentro del círculo familiar y en ese caso la comunicación puede ser considerada privada.

En el caso, es menester establecer si la habitación de un hotel encuadra en dicha definición.

El Dr. Delpiazzo entiende que sí fundado en las normas relativas al domicilio y en virtud del contrato de hospedaje, entiende que el hotel en general y la habitación en particular constituye el domicilio del huésped, extendiéndose el amparo constitucional de su inviolabilidad (consulta a fs. 59vto.).

Los autoralistas estiman que no porque son lugares para el público, aunque no públicos (cf. Lipszyc, op. cit., pág. 35 y consulta glosada fs. 111 y Antequera Parrilli, en consulta agregada, fs. 163-164).

A juicio de esta decisora, la clave para la decisión pasa por la posibilidad de acceso a las habitaciones de un hotel.

En efecto, si bien es cierto que, una vez que el huésped está alojado, la habitación es su ámbito privado y goza de la garantía constitucional pertinente, para determinar si la comunicación allí recibida es pública debemos situarnos en el momento temporalmente anterior a su ingreso.

Así, el acceso a una habitación de hotel está disponible para cualquier persona que abone o se obligue a abonar el precio correspondiente, mientras que el acceso al hogar depende del arbitrio de sus moradores.

Entonces, debe concluirse que si bien una habitación de hotel no es un lugar público sí es un lugar para el público, en opinión compartida por los multicitados autoralistas Lipszyc y Antequera Parrilli.

Cabe acotar que está fuera de toda discusión la naturaleza de "pública" de la recepción del hotel.

EN CONCLUSIÓN, de lo expuesto fluye la ilicitud de la conducta de la demandada en tanto ha lesionado el derecho de comunicación pública de autores, intérpretes y productores de fonogramas (artículo 44 literal b) numeral 1 de la Ley 9.739).

V) LA CULPA

Se partirá del hecho admitido ya relatado en punto a la colocación de receptores de radio y televisión en el establecimiento.

Obvio es decir que dicha conducta fue voluntaria.

El punto a decidir es otro: ¿la accionada actuó con la intención de dañar a los titulares de los derechos violados o lo hizo culposamente?

A juicio de esta sentenciante, no puede imputarse a la demandada la intencionalidad en la causación de un daño.

En efecto, la dificultad en concientizar la existencia de derechos respecto de las obras artísticas, la creencia popular que el acceso a las mismas no tiene porqué ser objeto de autorización previo y/o pago de emolumento alguno y lo espinoso del punto en cuestión, llevan a la convicción que se actuó con negligencia.

En otras palabras, se estima que al proceder a la colocación de receptores de radio y televisión sin requerir autorización previa, la demandada no actuó con la diligencia media, es decir lo hizo culposamente.

VI) EL DAÑO

La pregunta a responder es cuál fue el perjuicio que se le provocó a los titulares de los derechos.

Pues bien, no es otro que la pérdida de ingresos (lucro cesante) que hubieran obtenido por la concesión del derecho de explotación en esa modalidad de comunicación pública.

En efecto, se trata de un derecho patrimonial por cuya cesión es natural que se reclame una contraprestación y el uso ilícito efectuado por la demandada les privó de percibirla.

VII) EL NEXO CAUSAL

De lo expuesto en el numeral IV y en el anterior fluye la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño.

Es claro que de la conducta de la demandada se deriva el perjuicio, ya que el uso sin autorización privó a los titulares de la percepción de emolumento alguno.

VIII) LA PENA CIVIL

El artículo 51 de la Ley 9.739 establece: "La parte lesionada, autor o causahabiente tiene acción civil para conseguir indemnización por daños y perjuicios, así como la entrega de todos los beneficios e ingresos indebidamente percibidos por el contraventor".

La parte demandada entiende que la entrega de beneficios e ingresos tiene naturaleza indemnizatoria y no punitiva, ya que integraría el elenco de daños y perjuicios.

Esta decisora estima que para determinar la naturaleza en cuestión es menester establecer previamente el significado de la expresión "beneficios e ingresos indebidamente percibidos por el contraventor".

Obviamente se trata de aquéllos obtenidos como consecuencia de la utilización no autorizada de la obra.

Ahora bien, ¿esos beneficios e ingresos debieran haber ingresado al patrimonio del titular del derecho lesionado?

La respuesta debe ser negativa: si concluimos que el daño sufrido por el autor, intérprete y productor de fonogramas fue la privación del emolumento por el uso ilícito de sus derechos, no se observa la existencia de otro perjuicio y, por otro lado, los beneficios e ingresos percibidos por el contraventor no tienen causa legítimamente para trasladarse al patrimonio de los damnificados, ya que aquéllos, aunque hubiere mediado autorización para la utilización de las obras, correspondían al titular del establecimiento que las explotaba en tanto no existe fundamento legal que permita sostener que la retribución por la cesión de un derecho de autor y/o conexo incluya la participación en los beneficios del titular del establecimiento.

En otras palabras, el daño patrimonial es el detrimento sufrido por la víctima consistente en

un egreso (daño emergente) y/o la privación de un ingreso (lucro cesante) y, los "beneficios e ingresos del contraventor" no encuadran en esa definición ya que no suponen ni un egreso ni la privación de un ingreso del o al patrimonio de los titulares de los derechos lesionados porque no correspondía que integraran su activo.

De lo expuesto, se concluye la naturaleza punitiva de la disposición, así como la función preventiva habitualmente asociada con aquélla y tendiente a desincentivar las violaciones del derecho de autor.

Claro que esta pena se debe por el "contraventor", lo que reclama la ilicitud de su conducta.

En la especie, se ha concluido en la existencia de este requisito y, en consecuencia, corresponde condenar al pago de la sanción.

IX) LIQUIDACIÓN DEL DAÑO Y DE LA PENA CIVIL

A) DEL DAÑO

Como se expusiera, el daño indemnizable consiste en el lucro cesante de los autores, intérpretes y productores de fonogramas derivado de la no percepción de ingresos por el uso de las obras.

Para determinarlo debe atenderse al monto perdido y al período de tiempo por el que se produjo dicha pérdida.

En cuanto al primero de esos parámetros, la parte actora reclama en base a la tabla de aranceles establecida por AGADU (1% del precio de una habitación single por el número total de habitaciones por 30 (días del mes) para el caso de los autores y 25% de dicha tarifa para los intérpretes y 25% para los productores de fonogramas), aranceles que la demandada no cuestiona en cuanto a su existencia, sino en lo que respecta a su obligatoriedad y razonabilidad.

Debe tenerse presente que no obra agregada en autos la resolución del Consejo de Derechos de Autor de la que resulte la fijación y/o aprobación del mentado arancel.

Así también debe precisarse que no es de recibo el argumento de la demandada que aboga por la no aplicación del criterio arancelario en mérito a la inexistencia de vínculo contractual entre las partes, puesto que en teoría es razonable recurrir a dicho criterio para determinar el monto del daño por considerar, con el juicio de probabilidad inherente a toda estimación de lucro cesante, que hubiera sido lo que se hubiera percibido de no mediar la utilización ilícita.

Ahora bien, en tanto se ha entendido que la naturaleza de la responsabilidad en cuestión es extracontractual, esta sentenciante estima que, dejando de lado el cuestionamiento introducido por la demandada en punto a la legitimidad y validez de la resolución del Consejo de Derechos de Autor (no aportada a la litis), compete a este Tribunal la determinación del monto del daño.

Sin perjuicio de lo expuesto, parece razonable tomar como base el arancel multicitado aunque con algunas modificaciones.

El porcentaje (1% diario y 50% de este porcentaje) y el precio base sobre el que se aplica (tarifa habitación single) serán adoptados por cuanto, atendiendo a reglas de normalidad y experiencia, deber ser el que fuera considerado y acordado con los establecimientos hoteleros que abonan retribución por la utilización de las obras.

Sin embargo, el criterio de multiplicar por el número total de habitaciones parece excesivo porque ha de partirse del hecho que, también según las reglas de normalidad y experiencia, salvo casos excepcionales, los hoteles no tienen constantemente ocupadas la totalidad de sus habitaciones y, en su consecuencia, no puede haber pérdida de ingresos no generados, ya que no existió ese número de utilidades ilícitas.

Por ello, se habrá de tomar como base el promedio mensual de habitaciones ocupadas en el período de un año.

Por lo demás, en la demanda no se aclara desde cuándo exactamente comenzó la

actividad ilícita y, por lo tanto, la privación de ganancia (véase Otrosí de fs. 43 vto.)

Por ende se dispondrá se proceda a la determinación del monto debido por este concepto por el procedimiento previsto por el artículo 378.3 del C.G.P. y sobre las bases establecidas en este considerando; a saber:

a) 1% diario y 50% (25% de los intérpretes y 25% de los productores de fonogramas) de dicho porcentaje sobre la tarifa de habitación single;

b) aplicado sobre el promedio mensual del total de habitaciones ocupadas en un año;

c) desde que comenzara la utilización ilícita.

B) LA PENA CIVIL

Los beneficios e ingresos indebidamente percibidos no pueden ser otros que los derivados del mayor precio cobrado por las habitaciones del establecimiento en mérito a la existencia de receptores de radio y televisión en las mismas.

Dando por bueno que este hecho no sea tenido en cuenta para la calificación del hotel, en estrellas según parámetros internacionales, el sentido común indica que cualquier persona considera para aceptar las condiciones del contrato de hospedaje, entre otros elementos, la existencia de los referidos receptores y que, frente a la oferta de habitaciones idénticas en punto a su alojamiento y confort, estará dispuesta a pagar un mayor precio por la que tenga radio y TV y si el precio fuera idéntico, optaría por la que los tuviera.

Por lo tanto, parece obvio que el establecimiento hotelero obtiene beneficios por ese concepto.

El punto es, entonces, cómo se determina su monto.

Para ello se deberá recurrir también al procedimiento previsto por el artículo 378.3 del C.G.P., y partir de las siguientes bases:

a) Se deberá establecer el porcentaje de incremento del precio de la habitación por contener aparatos receptores de radio y televisión;

b) se tomará como precio base el de una habitación "single";

c) se multiplicará por el promedio mensual de habitaciones (de cualquier clase) ocupadas en el período de un año;

d) se deberá tomar como punto de partida para el cómputo de lo debido la fecha en la que demandada comenzó la utilización ilícita;

e) todo ello, con el límite infranqueable del 10% de todos los beneficios e ingresos, calculados desde la fecha de la ilicitud, según lo pedido en la demanda.

X) ACTUALIZACIÓN E INTERESES

En su oportunidad, deberá tenerse presente lo siguiente. En cuanto a la actualización, el procedimiento previsto por el Decreto Ley 14.500 es aplicable para el caso que los montos se liquiden en moneda nacional; ya que de pretenderse su pago en moneda extranjera se entiende que es de por sí un procedimiento diverso de mantenimiento de valor (artículos 1 a 3 del citado Decreto Ley).

Si correspondiere recurrir al procedimiento de actualización en base a las variaciones del I.P.C., para el lucro cesante el cómputo deberá realizarse desde cada mes en que se produjera la pérdida del ingreso, porque de lo que se trata es de recomponer -en lo posible- la situación patrimonial tal como si el daño no hubiese acaecido, ya que de estarse a la fecha de comienzo de la ilicitud se produciría un enriquecimiento injusto a favor de la víctima. Así también esta posición parte de la premisa que, si bien la obligación de reparar el daño nace cuando se configura el "eventus damni", la exigibilidad surge cuando la pérdida patrimonial se configura y en la especie lo fue fraccionadamente.

Idéntico criterio se adoptará para la pena civil; a saber: desde cada mes en que se obtuviera el beneficio por el contraventor porque es con esa periodicidad que ingresó a su patrimonio.

Respecto de los intereses legales, la tasa será del 6% anual tanto se trate de sumas en moneda nacional actualizadas como de sumas en moneda extranjera, porque el artículo 4º del Decreto Ley 14.500 incluye ambas hipótesis.

En relación al punto de partida del cómputo, la jurisprudencia, en forma unánime, entiende que

los intereses corren desde la demanda según lo dispone el artículo 1348 del C.C.

No obstante ello, esta sentenciante, en solitaria posición, ha sostenido que el punto de partida del cómputo es otro.

Así, compartiendo los argumentos vertidos por el Dr. Luis A. Larrañaga (T.D.C.U., T. XXII, págs. 435-439) piensa que se deben desde la exigibilidad.

En efecto, el artículo 4º inc. 1 del Decreto Ley 14.500, aplicable en la especie, fija la tasa de interés legal remitiéndose a "los casos en que sean de aplicación los artículos 1, 2 y 3" y dichas disposiciones toman en cuenta la exigibilidad de la obligación y no la fecha de constitución en mora o de la demanda. De ellos se infiere que por expreso mandato legal coinciden la exigibilidad del crédito con la exigibilidad del interés legal.

Pero además, debe tenerse en cuenta que el interés legal previsto por el Decreto Ley 14.500 busca compensar la utilidad del dinero (actualizado) y a los efectos de la revaluación.

En fin, esta decisora entiende que el artículo 1348 admite esta solución en tanto establece excepciones a la regla de que los intereses corren desde la demanda cuando "la ley hace correr los intereses ipso jure o sin acto alguno del acreedor".

Por lo tanto, para las sumas a abonar por concepto de lucro cesante y como pena civil y, una vez que se determinen los montos, los intereses se calcularán desde la pérdida del

ingreso y desde la percepción del beneficio, respectivamente, porque desde entonces se volvieron exigibles.

XI) CONDENAS PROCESALES

La correcta conducta procesal de las partes no amerita la imposición de especial condena en costas y costos (artículo 56 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuesto, normas legales citadas y lo dispuesto por los artículos 197, 198 y 203 del C.G.P.

FALLO:

Desestimase la excepción de falta de personería y de legitimación en la causa respecto de AGADU, SUDEI y CUD.

Acógrese la excepción de falta de legitimación activa de las sociedades comerciales accionantes.

En consecuencia, condénase a la demandada a abonar a AGADU, SUDEI y CUD los daños y perjuicios y la pena civil referidos en el considerando IX), cuyos montos se determinarán por el procedimiento previsto por el artículo 378.3 del C.G.P., sobre las bases establecidas en el mencionado considerando así como en el X) en punto a la actualización e intereses legales.

Sin especial condenación.

Consentida o ejecutoriada, respuesta vigésima (H. Fictos \$20.000) y cuando por su estado corresponda, archívese.