

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala "M"), revocó la decisión de primera instancia que admitió el reclamo por el cobro de aranceles derivados de la comunicación al público de grabaciones fonográficas y entrega de las planillas del artículo 40 del decreto n° 41.233/34 (fs. 182/186). Para así decidir, en suma, adujo que: i) la habitación de un hotel ocupada por su huésped ha de entenderse un "ámbito familiar" o "doméstico" -en los términos del artículo 33 del decreto n° 41.233/34, t.o. por el decreto n° 9723/45- a los efectos del empleo del televisor; ii) los ejemplos provistos por el legislador relativos a lugares -bares, restaurantes, clubes sociales, cabarets, teatros, etc.-; así como el hecho generador de la franquicia -comunicación pública, por cualquier medio, directo o indirecto, de una reproducción de fonograma- ilustran que la propalación de la obra, para conferir derechos arancelarios, debe ser pública -es decir: "a la vista de todos"- lo que no acontece en el caso de un cuarto de hotel; iii) la retransmisión de música, a propósito del televisor de la habitación de un hotel, no es controlable por los inspectores y cobradores de la recaudadora civil, ni éste puede instaurarse en cabeza del hotelero o del residente, por razones de imposibilidad fáctica y privacidad; iv) el eventual aumento del precio del hospedaje, por el suministro de televisor, no obsta al rechazo de la pretensión, desde que aquél obedece al propósito de conferir una mayor comodidad, optativa del huésped, mas no al de propalar música en ámbitos públicos o comunes; y, v) el ente recaudador, en el caso, se extralimitó en su labor concretando una interpretación excesiva e inapropiada de la preceptiva en la materia y, particu-

larmente, de la resolución SPD n° 100/89, rubro "51". Puntualiza en el segmento final de la argumentación que la garantía constitucional acerca de la exclusividad de la titularidad de la obra, exige que se consigne con rigor la autoría y demás ítems detallados en la planillas, so consecuencia que se apropie de sus beneficios una persona o entidad carente de derecho (v. fs. 210/213).

Contra dicha decisión, la actora interpuso recurso extraordinario (v. fs. 234/252), que fue contestado (si bien falta la foliatura, correspondería a fs. 255/258), y concedido con base en que se controvierte la aplicación de disposiciones internacionales -Convención de Roma y de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas- (fs. 266/267).

-II-

En síntesis, la recurrente argumenta que la ad quem se aparta de lo establecido por los artículos 1 y 56 de la ley n° 11.723; 33 del decreto n° 41.233/34; 1 del decreto n° 1670/74; y 1 y 2 del decreto n° 1671/74; desconociendo, asimismo, el orden de prelación del artículo 75, inciso 22, de la Ley Suprema, al preterir la Convención de Roma y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas -sancionados por las leyes n° 23.921 y 25.140, respectivamente-; e incurriendo, por último, en un supuesto de gravedad institucional. Dice que contraviene, además, lo normado por el artículo 17 de la Constitución Nacional y numerosas disposiciones internacionales concordantes (v. arts. 27, Declaración Universal de Derechos Humanos; 15.1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; XIII, Pacto de San José de Costa Rica; 11bis, Tratado Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de Berna -versión de Bruselas 1948 y Paris 1971, aprobadas las adhe-

Procuración General de la Nación

siones por las leyes n° 17.251 y 25.140-; entre otros).

En concreto, arguye que la propalación de los sonidos fonográficos incluidos en las programaciones televisivas, verificadas en los cuartos de hoteles dotados de televisores, constituye ejecución pública en los términos de los artículos 33 del decreto n° 41.233/34; 8 del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor; rubro "51" de la resolución n° 100/89 SPD y Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI de Ginebra 1980; y que el reconocimiento de un ámbito de privacidad para el huésped, en el contexto referenciado, no implica la excepción a obligaciones derivadas del régimen de propiedad intelectual para el hotelero, desde que no es la calificación de lugar y tiempo lo que define que el uso de esa propiedad constituya un acto de explotación reservado a su titular, sino la calidad o índole del mismo.

En un orden similar, desestima que comunicar al público implique el realizar tal difusión "a la vista -u oídos- de todos", sino dirigirla a un conjunto de personas de vastedad tal que exceda el mero círculo familiar o íntimo; subrayando que tal proceder implica poner la obra, mediante un mecanismo diferente a la reproducción de ejemplares, a disposición de los sujetos que integran aquél, se encuentren congregados en un mismo sitio o no; sean muchos, pocos o constituyan un auditorio potencial; se realice simultánea o sucesivamente; dependa la elección de los contenidos del receptor final de la ejecución o del titular del emprendimiento, etc.

Añade a lo expresado que la habitación del hotel no es el "domicilio exclusivamente familiar" del empresario hotelero, contra quien se dirige la demanda -caso en el que se hallaría eximido del arancel por importar un "uso privado" de

las obras- sino parte de las instalaciones de su negocio o establecimiento mercantil, el que se ve elevado de categoría por la existencia de aparatos de televisión en los cuartos, justificándose por esa vía la superior tarifa hotelera tocante al propósito de lucro del titular de la explotación. Tampoco es, a los efectos legales, el "domicilio exclusivamente familiar" del pasajero, en tanto sólo se equipara al privado respecto del ejercicio de prerrogativas humanas y civiles básicas, entre las que no se cuentan la exención de obligaciones derivadas de la licencia legal en beneficio de terceros distintos del transitorio ocupante del cuarto; a los que toca, por otra parte, el beneficio indirecto -aludido por el reglamento- que en este marco reporta el uso público de las reproducciones fonográficas. Cita jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera (fs. 234/252).

-III-

En lo que interesa, AADI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora inició demanda por cobro de pesos contra ANSEDE Y CÍA. S.R.L. -en su calidad de titular de la explotación comercial del "RITZ HOTEL"- reclamando los aranceles legales derivados de la comunicación al público de grabaciones fonográficas concretada en las habitaciones del citado establecimiento y la observancia de lo previsto por el artículo 40 del decreto n° 41.233/34. Citó diversas normas del precepto aludido en último término; y de los decretos n° 1670 y 1671/74; ley n° 11.723; resolución SPD n° 100/89; Convención de Roma -ley n° 23.921- y Constitución Nacional; y el antecedente de Fallos: 321:2223 (cfr. fs. 42/50); con énfasis en la garantía referida a la propiedad intelectual del artículo 17 de la Ley Suprema y artículo 12 del acuerdo ratificado por ley n° 23.921, en el marco de lo establecido por el artículo 75, inciso 22, de la

Procuración General de la Nación

Carta Magna (cfr. fs. 44/45 y 49). Peticiona la totalidad de los aranceles devengados desde el 1.10.99 hasta la fecha del escrito introductorio (10.12.01); y aún los ulteriores, de continuar el uso (v. fs. 48 y 50).

La reclamada, a su turno, replicó la demanda arguyendo, en suma, que el hecho de contar con aparatos de televisión en las habitaciones no implica difusión pública de música, habida cuenta la naturaleza privada y doméstica de aquéllas para los pasajeros en el contexto del contrato de hospedaje, y que sólo se proporcionan artefactos eléctricos, no espectáculos. Invocó especialmente los artículos 29 y 40 de la resolución n° 100/89, de los que infirió que lo determinante para la licencia legal no es el fin de lucro del empresario hotelero sino la propalación fonográfica al público. Acusó que la interpretación conferida por la peticionaria al rubro 51 de la resolución aludida, excede las posibilidades reglamentarias de la ley n° 11.723 y, con ello, el artículo 28 de la Constitución Nacional; y que la entrega de las planillas del artículo 40 del decreto n° 41.233/34, conlleva una carga de observancia imposible (fs. 81/83).

El a quo, por su parte, tras dejar sentado por referencia a diversos medios probatorios que en las habitaciones del establecimiento demandado se difunde -o puede difundirse- música fonograbada, resaltó que, se trate o no de una emisión causada en el propio hotel, importará un acto de comunicación pública, pues la estancia puesta a disposición del cliente mediante el convenio de hospedaje no configura un ámbito familiar o doméstico, a los fines de la franquicia legal, como surge de los artículos 33 del decreto n° 41.233/34 y 50 de la ley n° 11.723. Sumó a ello que, con prescindencia de la intimidad del "domicilio transitorio", en los términos de los

artículos 91 y 92 del Código Civil, "lugar público", en esta materia, debe ser considerado, más que por su circunstancia espacial o de acceso, por el hecho de que la difusión de la música forma parte del giro comercial del sitio; es decir, se lleva a cabo con fin mercantil, ánimo de lucrar y significación económica secundaria, lo que determina la procedencia del reclamo tocante a los cánones derivados de la licencia legal. Deja apuntada, por referencia al informe contable y a una informativa de Multicanal S.A. -fs. 128/132 y 160-, la contratación del servicio por la demandada entre el 01.02.00 y 19.04.02 (fs. 182/186).

Apelada la decisión anterior (fs. 188, 195/198 y 200/207), dio origen al fallo en crisis (fs. 210/213).

-IV-

Previo a todo, corresponde decir que V.E. ha reiterado el carácter no federal de la ley n° 11.723; el que, por cierto, con arreglo al criterio, entre otros, de Fallos: 310:896, atañe, asimismo, a su reglamentación, y cuya inteligencia, consecuentemente, resulta, por regla, ajena a la vía extraordinaria (v. Fallos: 267:57; 294:280; 310:1621 y sus citas; 311:438; 316:1781; 318:141; 320:1663, 2948; 322:658, 775; entre otros numerosos antecedentes).

Es de destacar, no obstante, que, como se refirió con anterioridad, la presentante reprocha, en primer orden, que se hayan desconocido diversas normas de la legislación mencionada; y, en segundo, que a partir de allí, se hayan relegado diversos compromisos internacionales -tanto generales como específicos en materia de derechos de autor y conexos- y, con todo ello, las disposiciones de los artículos 17 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Esclarecidos los componentes de naturaleza federal argüidos por la quejosa y ajustados al orden de prioridad en

Procuración General de la Nación

el tratamiento de estos asuntos establecido, entre otros precedentes, en Fallos: 323:35, corresponde decir que, desde mi perspectiva, la solución provista por la Sala no se sustenta como es menester, motivo por el que habré de propiciar se la invalide jurisdiccionalmente.

Lo anterior es así, puestos singularmente en un contexto en el que destaca el propósito legislativo de proteger los derechos de los intérpretes y productores de fonogramas, asignándoles la percepción de un emolumento por la difusión pública de sus obras intelectuales, haciéndose cargo muy especialmente de que la utilización de los fonogramas, dadas las modalidades técnicas actuales, se concreta en los más variados ambientes públicos (Fallos: 321:2223, 322:775, etc.); y en el que, al decir de V.E., reviste relieve el principio hermenéutico que llama, no sólo a armonizar los preceptos de una ley, sino a ponderar su conexión con otros que integran el ordenamiento jurídico vigente, más aun cuando éste se encuentra organizado en más de una ley formal (cfr. Fallos: 318:141, entre otros).

El extremo resaltado en último término, siempre a tenor de la aludida jurisprudencia del Máximo Tribunal, impone, igualmente, una interpretación de las normas internas sobre el tema que no coloque en colisión la legislación nacional con los acuerdos y compromisos asumidos por el Estado al ratificar convenios internacionales relativos a la propiedad intelectual, ponderando además el mencionado plexo normativo en el contexto del progresivo desarrollo que resulta especialmente inherente a la materia de que se trata (Fallos: 318:141).

En el marco antedicho es que aprecio que no se sostiene el parecer de la Cámara que encuentra el supuesto análogo al de la ejecución que se efectúa en "un domicilio ex-

clusivamente familiar", con énfasis en que dicha comunicación, a diferencia de los ejemplos enumerados legislativamente, no acontece "... a la vista de todos...", sino en un ámbito -la habitación de hotel- regido por el propio albedrío e intimidad del pasajero (v. fs. 211).

Al respecto, cabe señalar que el artículo 56 de la ley n° 11.723 reconoce el derecho de los intérpretes a exigir una retribución por las interpretaciones difundidas o retransmitidas mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien grabadas o impresas sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra sustancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual. El concepto de ejecución pública alcanza a la transmisión radiotelefónica, exhibición cinematográfica, televisión o cualquier otro proceso de reproducción mecánica de una obra literaria o artística (v. arts. 36 y 50, ley n° 11.723). A su vez, el reglamento respectivo caracteriza como "representación o ejecución pública" a la que se efectúa -cualquiera sean sus fines- en todo lugar que no sea un "domicilio exclusivamente familiar" y, aun tratándose de éste, le otorga tal carácter a las representaciones o ejecuciones proyectadas o propaladas al exterior; lo que comprende -precisa- aquéllas que se realicen por medios mecánicos como discos, films sonoros, transmisiones radiotelefónicas y su retransmisión o difusión por altavoces (v. art. 33, dec. n° 41.233/34).

Complementando lo explicitado, la reglamentación establece que, sin perjuicio de los derechos que acuerdan las normas a los autores de la letra, compositores de la música y a intérpretes, principales y secundarios, los productores de fonogramas o sus derechohabientes tienen el derecho a percibir un estipendio de cualquier persona que -en forma ocasional o permanente- obtenga un beneficio directo o indirecto con el

Procuración General de la Nación

empleo público de una reproducción del fonograma, tales como: los 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; excepción hecha de las utilizaciones ocasionales de carácter didáctico o conmemoraciones patrióticas, en establecimientos educacionales oficiales o habilitados por el Estado (v. art. 35, dec. n° 41.233/34).

En el contexto anteriormente descrito, entonces, con arreglo al cual habrán de considerarse públicas las comunicaciones no comprendidas en las exclusiones de "uso doméstico, didáctico o conmemorativo", se inscribe la resolución SPD n° 100/89, dirigida a establecer, en detalle, los derechos retributivos que deberán pagar los usuarios por la utilización de discos u otras reproducciones fonográficas en ejecuciones públicas o difusión por cualquier medio (v. art. 1°), dispositivo por el que se arancela a los hoteles en los cuales se propale música grabada en las habitaciones destinadas a la clientela con un importe mensual -para los de pasajeros- igual al ciento cincuenta por ciento (150%) de la tarifa diaria de la habitación de mayor precio del establecimiento de que se trate (cfr. ítem "51").

La anterior normativa, cuya validez no ha sido cuestionada en estas actuaciones, encuentra, en líneas generales, su correlato internacional en cánones como los del artículo 12 de la Convención de Roma, alegado por la peticionaria ya al demandar, el que determina que cuando un fonograma publicado con propósitos comerciales -o una reproducción de él- se utilicen directamente para la radiodifusión o cualquier otra manera de comunicación al público, el utilizador pagará

una remuneración equitativa y única a los artistas -interpretes o ejecutantes- o a los productores de fonogramas, o a unos y otros; pudiendo la legislación nacional, a falta de acuerdo entre ellos, establecer las condiciones en que se distribuirá la retribución (v. Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de Roma, de 1961, aprobada por ley n° 23.921).

Igualmente halla su correlato en el Convenio de Berna, cuyo artículo 11 bis, en relación a los derechos de radiodifusión y conexos, establece la prerrogativa de autorizar la radiodifusión o comunicación pública de las obras, por cualquier medio apto para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; toda comunicación pública, por o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando la comunicación se concrete por distinto organismo que el de origen; y la comunicación pública mediante altavoz -o cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, sonidos o imágenes- de la obra radiodifundida (v. art. 11 bis, pár. "1", acápites 1, 2 y 3).

Vale resaltar, a propósito de lo reseñado en último lugar que, si bien se indica luego que toca, en rigor, a los países miembros de la Unión de Berna establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos referidos anteriormente, ello es así con un alcance estrictamente limitado al país que las determine, y sin que pueda, en ningún caso, atentarse contra el derecho moral del autor ni el que le incumba para obtener una retribución equitativa, fijada, en defecto de pacto amistoso, por la autoridad competente (art. 11 bis, pár. "2", Convención de Berna, ley n° 25.140; y, en similar sentido, los textos aprobados por las leyes n° 17.251 y 22.195).

El Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y

Procuración General de la Nación

Fonogramas, por su parte, tras dejar sentado que los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización, directa o indirecta, para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público, de los fonogramas publicados con fines comerciales (art. 15, "1"), define "radiodifusión", como la transmisión inalámbrica de sonidos, o de imágenes y sonidos, o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; incluyendo la llevada adelante por satélite y la de señales codificadas cuando los medios de descodificación respectivos sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento; mientras que define "comunicación al público" de una interpretación o ejecución o de un fonograma, como la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución, o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma; estableciéndose, a los fines del artículo 15 del Tratado, que ella incluye hacer que aquéllos o sus representaciones fijadas en un fonograma resulten audibles al público (v. art. 2, acápites "f" y "g").

El citado convenio, finalmente, establece que, a los fines del artículo 15, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o bien por medios inalámbricos, de tal forma que los miembros de este último puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno elija, serán considerados como si hubiesen sido publicado con fines comerciales (art. 15, acápite "4"; del aludido tratado, concertado en Ginebra en 1996 y aprobado por ley n° 25.140).

Por último, en el Tratado OMPI sobre Derecho de

Autor, puede leerse que, sin perjuicio de lo estatuido en diversos artículos del Convenio de Berna -entre ellos, el reseñado artículo 11 bis- los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier ejecución al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición al público de aquéllas, de tal manera que sus miembros puedan acceder a las mismas desde el sitio y en el momento que cada uno elija (v. art. 8 del tratado referido; celebrado también en Ginebra en 1996 y aprobado igualmente mediante la ley n° 25.140).

-V-

Esclarecido lo que antecede y aun haciendo hincapié limitadamente en la normativa interna, reitero que, en mi parecer, la inteligencia provista al asunto por la alzada no se hace cargo como es menester del carácter restrictivo con que corresponde abordar las exenciones al principio rector en la materia, dirigido a reconocer un estipendio equitativo a sus titulares, por el empleo de las obras y representaciones, con fundamento último en el derecho de propiedad; amén de que desconoce, amparada especialmente en reglas generales relativas al domicilio y a la intimidad o privacidad que resulta inherente a la citada institución, normas específicas necesariamente prevalecientes sobre la cuestión en disputa, las que -lo digo una vez más- reducen las excepciones, en principio, básicamente a los usos domésticos, didácticos y conmemorativos, circunscriptos los primeros a los que se llevan adelante en domicilios exclusivamente familiares.

En tal sentido, merece resaltarse que el énfasis colocado por la ad quem en el supuesto propósito que guiaría la propalación musical en las habitaciones de los hoteles, deja de lado, por de pronto, sin proporcionar suficientes razones para ello, lo previsto en los artículos 33 y 35 del

Procuración General de la Nación

decreto n° 41.233/34, donde se reconoce el derecho de artistas y productores de fonogramas a percibir un emolumento de cualquier persona que, en modo ocasional o permanente, obtenga un beneficio directo o indirecto con el uso público de reproducciones de fonograma, con abstracción de sus fines y, aun, del medio también directo o indirecto utilizado; dispositivos que, según se vio, guardan un correlato general con otros del ordenamiento legal, y en los que destaca la trascendencia conferida al destinatario del "beneficio" de la utilización de los fonogramas, para definir la condición de "usuario" de los mismos, la que, razonablemente, parece alcanzar aquí al empresario hotelero, con prescindencia de los eventuales huéspedes alojados en las habitaciones del establecimiento, respecto de quienes -prima facie- mediaría una puesta a disposición de las obras a través de los televisores instalados en ellas.

A lo anterior se añade, sin perjuicio de apuntar que asiste razón a la accionada cuando observa que la quejosa no se agravió del rechazo del reclamo relativo a las planillas del artículo 40 del decreto n° 41.233/34 (si bien falta la foliatura, concerniría a fs. 255), que constituye un aserto dogmático la aseveración que conduce a concluir que el derecho respectivo sólo emerge en los supuestos en que fuere posible confeccionarlas, pues confunde aspectos sustanciales, relativos al derecho que concierne a la actora, con otros instrumentales, vinculados a la forma de percepción de los beneficios que hacen a las prerrogativas en debate. Lo puntualizado por la alzada, amén de desconocer que la obligación de individualizar las obras ejecutadas debe adecuarse razonablemente al conocimiento posible del empresario hotelero de que se trate, según haya seleccionado la música o sólo inter-

mediado en la puesta a disposición de su cliente de la ejecución, soslaya que no siempre es posible acceder a una individualización acabada y perfecta de las obras comunicadas, por motivos bien de tenor fáctico-jurídico, como los enunciados por la ad quem, o administrativo-financieros de las asociaciones de gestión colectiva, como la peticionaria. Por dicha razón, precisamente, se instrumentan mecanismos de repartición que permiten razonablemente superar esos escollos, de forma tal de garantizar a los titulares de los derechos una "distribución equitativa" de lo recaudado; sin que quepa, por regla, inferir de esa circunstancia una afectación de los derechos constitucionales de artistas e intérpretes y productores de fonogramas, tema, por otra parte, no controvertido en la causa. A ese respecto, conviene reiterar que, en el caso, no se ha puesto en cuestión la validez constitucional del universo normativo substancialmente involucrado en la presente controversia.

Por último, teniendo particularmente presente lo subrayado en punto a la necesidad de una inteligencia de estos asuntos ubicada en el contexto del progresivo desarrollo inherente a la materia, cabe consignar que la solución suministrada por la Sala tampoco repara en que, a la luz de los cada vez más evolucionados adelantos técnicos, su exigencia de que la comunicación, para ser pública, es necesario que se verifique "a la vista de todos", amén de todo lo anterior, contraría los preceptos de los recientes tratados concertados en esta materia, dirigidos, muy singularmente, a hacer explícita la recepción e integración normativa de esos progresos, de manera tal de garantizar que derechos como los aquí controvertidos alcancen a todas las actividades que tornan posible que las obras accedan a un público diverso de aquél al que, originariamente, se dirigió la comunicación; extremo que

Procuración General de la Nación

-particularmente- se patentiza en supuestos como los de los artículos 8 y 15, entre otros, de los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI- en materia de derechos autorales y conexos, a los que se hiciera alusión con anterioridad (v. ítem IV del dictamen).

Lo dicho no implica abrir juicio sobre la solución que, en definitiva, proceda adoptar sobre el fondo del asunto; no obstante que ello sí, en cambio, me exima de considerar los restantes agravios.

-VI-

Por lo expuesto, considero que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y restituir los autos al tribunal de origen para que, por quien compete, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado.

Buenos Aires, 22 de marzo de 2005.

Marta A. Beiró de Gonçalvez

Es copia