

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 21682/06-STJ-

SENTENCIA N° 118

//MA, 13 de julio de 2007.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis Lutz, Alberto Italo Balladini y Víctor Hugo Soderó Nievas, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "AADI CAPIF ASOCIACION CIVIL RECAUDADORA c/BODI, Francisco s/SUMARIO s/CASACION" (Expte. N° 21682/06-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación deducido por la actora, a fs. 181/193 y vta. deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden de sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:-----

----- C U E S T I O N E S -----

-----1ra.- ¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?----- V O T A
C I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:--

-----1.- ANTECEDENTES.- Vienen las presentes actuaciones a mi voto a raíz del recurso de casación interpuesto a fs. 181/193 y vta. por la parte actora contra la sentencia obrante a fs. 170/173, en cuyo mérito la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de San Carlos de Bariloche rechazó el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de Primera Instancia; la que –a su vez- desestimara la demanda interpuesta a fs. 39/41, por AADI CAPIF Asociación Civil Recaudadora, contra Francisco Bodi y/o///.- ///.-quien resulte titular de la explotación comercial del local denominado Sur Hostería, en la que se reclamaba el pago de los aranceles derivados de la comunicación al público de grabaciones fonográficas.-----

-----2.- AGRAVIOS DEL RECURSO.- Contra lo así resuelto se alzó la parte actora mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido con fundamento en los términos que se desprenden de la pieza obrante a fs. 181/193 y vta..- -

-----En primer lugar se agravia por arbitrariedad de la sentencia, que deriva en frustración de las garantías constitucionales de propiedad y propiedad intelectual, y su consecuente incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Nación en tratados internacionales y normas del derecho positivo interno que organizan la protección de tales garantías. Efectúa un repaso de las disposiciones respectivas clasificándolas de acuerdo al rango constitucional que posee cada una de ellas; así menciona el art. 17 de la Constitución Nacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 27, 2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 15, 1), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (art. XIII), Convención Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el Tratado de OMPI sobre Derecho de Autor, la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas (art. 12), Ley 11.723 y Dec. 1.670/74 (art. 1).- - - - -

-----Seguidamente, la recurrente vierte consideraciones relativas al régimen legal para la comunicación al público del sonido de fonogramas comerciales, concluyendo que el mismo determina que: 1)La licencia queda otorgada previa, universal e incondicionalmente a cualquier persona; 2)Hacen uso de la licencia quienes en territorio sometido a la soberanía de///.- ///2.-las leyes argentinas utilicen el sonido registrado en fonogramas comerciales para comunicarlo al público; 3)Cuando cualquier persona hace uso del derecho de uso que la ley le licencia, y utiliza el sonido fonográfico de la manera dicha, carga automática y voluntariamente con las obligaciones derivadas de la licencia, o sea se devengan las obligaciones de pagar la retribución e informar sobre la utilización realizada; 4)Los beneficiarios del régimen de licencia legal cargan con la obligación de informar a la entidad fideicomisaria actora en estos autos acerca de los usos que hayan realizado; 5)Probada la comunicación al público de sonidos fonográficos y que el actor no ha cancelado las retribuciones equitativas, la entidad ha cumplido con su deber procesal y ninguna otra actividad probatoria debe requerírsele para atribuirle el derecho al cobro. Asimismo y respecto a estas cuestiones, advierte que es absurdo y contradictorio con las reglas básicas de la institución jurídica que se pretende salvaguardar, requerir que, para el progreso de la acción, la entidad fideicomisaria deba demostrar la existencia de algún beneficio económico que le aparezca al licenciataria legal la comunicación al público de fonogramas comerciales; al exigir

un extremo probatorio que la ley no exige, la sentencia de Cámara distingue donde la ley no lo hace e inventa recaudos procesales inexistentes. - - - - -

-----Por otra parte, el recurrente rebate los argumentos sostenidos por la Cámara en la sentencia sub examine. Así, considera que las condiciones de hecho requeridas por las normas invocadas para que se genere el crédito, no solamente surgen de las constancias de la causa, sino que fueron expresamente manifestadas en la sentencia de Primera Instancia, y que su parte nada debía manifestar sobre el hecho de la comunicación al público puesto que estaba admitido en la///.- ///.-mencionada sentencia; y que los agravios expresados se basaron en una cuestión de derecho. Finalmente sostiene que la arbitrariedad que aquí se plantea no es el resultado de la omisión por parte de los sentenciantes de cuestiones de hecho o prueba que fueron valoradas en forma incorrecta o no tenidas en cuenta, sino que la misma deriva, de la incorrecta interpretación del derecho aplicable al caso, conforme las constancias de la causa reconocidas por los propios Jueces.- -

-----3.- Puestos a resolver los presentes autos: Comienzo señalando que la cuestión fáctica a la que se circunscribe la controversia, la constituye la radio encendida en el hall de entrada de un hotel donde se podía escuchar circunstancialmente la transmisión; debiéndose determinar en consecuencia, si esta cuestión de hecho genera en la entidad recaudadora el derecho al cobro de las equitativas retribuciones a favor de los artistas intérpretes y productores de programas, como lo pretende la recurrente, o si por el contrario, como sostiene la demandada, no se puede gravar el uso de la radio en las circunstancias mencionadas.- - - - -

-----Establecido ello, y ya dentro del análisis normativo que comprende a la materia sub examine, sin dejar de reconocer la significación constitucional de la protección a los derechos de autor de obras musicales, al ser un derecho económico extensión del derecho de propiedad que conlleva el usar y disponer de ellas; lo primero que surge, de ese análisis, es que no estamos en presencia de un fenómeno jurídico sencillo, de regulación legal simple ni incidental, sino por el contrario que por la naturaleza de la materia sujeta a interpretación existe una legislación específica y compleja. Así como se ha destacado en el dictamen de la Procuración General (fs. 227), resulta insoslayable tener en cuenta que las leyes aplicables en///.- ///3.-la materia datan de 32 años atrás, en el caso de los Decretos 1.670/74 y 1.671/74, y de más de 70 años para el caso de la Ley 11.723; y que con el avance tecnológico y la masificación de los medios de comunicación y difusión, el uso de la radio dejó de ser exclusivo de determinadas

personas y lugares, o el único medio de difusión musical de determinados lugares, cuestión que seguramente tuvo en cuenta el legislador de la época al sancionar las referidas normas. Es decir esta metamorfosis técnica provoca que un análisis literal de la normativa que regula la materia, tal como lo pretende el recurrente, no resulte suficiente a los efectos de resolver la controversia de autos.- - - - -

-----Siguiendo con el análisis normativo que rige al supuesto de autos, hay que destacar que el derecho a retribución de los intérpretes de obras musicales está regulado por el art. 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 art. 1 del Decreto 1.670/1974 que sustituyó el texto del art. 35 del Decreto 41.233/1934; así sólo se exceptúa el pago de los derechos de los intérpretes que establece el citado art. 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 (art. 36 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 (y que más arriba fueran enumerados, en la transcripción de los agravios del recurrente).- - - - -

-----Es evidente que de esas normas 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 decir, que una de las primeras condiciones que requiere la norma es que la ejecución sea pública, y en este punto también se coincide con el dictamen de la Procuración General, en el sentido que se ha definido a “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. (Lipszyc, Delia,

“Derecho de autor y derechos conexos”, 1993, “Ediciones Unesco/Cereal v. Zavalía”, pág. 183 y ss.).-----

-----También, corresponde agregar sobre esta cuestión que: “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 todas presentes en el mismo lugar.///.- ///4.-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. y Lipszyc, Delia, “El derecho de autor en la Argentina”, 2001, Ed. La Ley, pág. 109).- - - -

-----Por su parte, el art. 50 Ley 11.723 describe lo que a efectos de esta normativa se considera representación o ejecución pública. De ahí que este concepto abarque 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 N° 41.233/1934 en su art. 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 aún 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. Desde esta perspectiva, surge que dentro del concepto de representación o ejecución pública -en principio- estaría comprendida la propagación efectuada por la radio en el hall de entrada del hotel.-----

-----Ahora bien, dentro de este examen normativo, hay que tener en cuenta el art. 1 del Decreto 1.670/74 (reformando al art. 35 Dec. 41.233/34), que dispone que los productores de fonogramas o sus sucesores tienen el derecho a percibir una remuneración cuando en forma ocasional o permanente se obtenga un///.- ///.-beneficio directo o indirecto con la utilización pública de una reproducción del fonograma, tal como sucedería con los organismos de radiodifusión, televisión o similares, bares, cinematógrafos, clubes sociales, centros recreativos, restaurantes y en general, quien los

comunique al público por cualquier medio directo o indirecto; con lo cual no resulta dudoso que el aprovechamiento económico de la difusión musical forme parte de la totalidad de la explotación hotelera, según los términos de la normativa que alude incluso a un beneficio indirecto derivado de su utilización pública, cualquiera sea el medio utilizado para la comunicación.- - - - -

-----Aquí la normativa persigue el fin general de la protección y 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. (Conf. Delgado Porras, Antonio, “Comunicación pública de obras y fonogramas efectuada en las habitaciones de hoteles, hospedajes y establecimientos similares -con referencia al derecho argentino-”, 1999, en “Seminarios Nacionales para la Difusión del Derecho de Autor y la Propiedad Intelectual”, OMPI., pág. 180 y ss). 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.-

-----De lo expuesto se colige entonces que los sucesivos pasajeros que circulen por el hall de entrada del hotel,///.- ///5.-pueden llegar a conformar personas a las que anteriormente hemos denominados “público”; pero lejos está de constituirse tales personas -para el hotelero- en espectadores a los que se les retransmiten obras musicales con ánimo lucrativo (conforme requieren las normas aquí analizadas), a través de una emisión radial (FM.). 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 puede sostenerse -en este supuesto específico- que el hotelero por utilizar la transmisión de una FM en el hall de entrada del establecimiento, lo esté realizando 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 se puede, pues, aseverar, en el marco establecido al comienzo de este análisis legal (al que remitimos al avance tecnológico y la masificación de medios) que la difusión que la entidad recaudadora pretende gravar,

constituya un beneficio directo o indirecto que el hotelero recibe por tal actividad, derivado de los mayores réditos que le significa contar con este “servicio adicional”.- - -

-----En esta materia, se ha sostenido que el término “lugar público” debe ser entendido más que por su circunstancia espacial o de acceso, por el hecho de que allí la música difundida forma parte del giro comercial del lugar. Se considera “público” a los efectos de esta ley al lugar que difunde música como elemento comercial inherente al negocio y con innegable ánimo de lucro (conf. Emery, Miguel A. en///.- ///.-Belluscio-Zannoni, “Código Civil Comentado, Anotado y Concordado”, t. 8, pág. 405). Y la jurisprudencia ha señalado que: “...la ley protege el derecho del “autor” cuando el uso de la música por parte de terceros tiene fines comerciales, ánimo de lucrar o significación económica secundaria. En síntesis, lo que la normativa prevé es el uso público patrimonialmente significativo más que una referencia ambiental específica sobre lo que en más o menos público o privado sea el lugar donde se difunde la música.” (conf. Civ. y Com. Rosario, Sala II, in re: “Divertimentos S.R.L. y otro c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores”, 10/3/93, LA LEY, 1997-D, 151; CNCiv, Sala A, “AADI CAPIF Asociación Civil Recaudadora c. Panatel S.A.”, 05/04/2002, La Ley 2003-C-185).- - - -

-----4.- CONCLUSIONES.- Conforme con los fundamentos que anteceden entiendo que el decisorio de Cámara efectúa una correcta aplicación de las normas en juego, y que no es como sostiene el recurrente que el sentenciante de grado requirió un extremo probatorio que la ley no exige, al distinguir donde la ley no lo hace. Ello es así, ya que de la letra y espíritu de estas normas no sólo resulta la protección para autores, intérpretes y productores de fonogramas, sino que también se infiere que para generarse el derecho de reclamar los aranceles por su comunicación pública, se deben dar las circunstancias contempladas por la Cámara y detalladas en el presente examen, y que en el particular supuesto de autos no se configuran.- - -

-----En consecuencia, deberá rechazarse el recurso de casación interpuesto por la actora y confirmarse la sentencia de Cámara de fs. 170/173. ASI VOTO.- - - - -

- - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----ADHIERO en un todo a los fundamentos expuestos en el///.- ///6.-voto del doctor Lutz, y, además estimo oportuno, a mayor abundamiento, realizar algunas consideraciones respecto a la presente controversia.- - - - -

-----Siendo la cuestión a dilucidar en el sub examine si es posible gravar o no el uso de la radio, en las circunstancias mencionadas en esta causa; es claro que para lograr tal cometido, resulta necesario evaluar los extremos de autos desde la disyuntiva que significa la “utilización privada” o la “utilización pública” del medio. A priori parece muy claro que la significación legal de utilización privada implica que el adquirente tiene el derecho de reproducir la obra para sí y en un ámbito particular que no trascienda a la esfera pública con connotación mercantil; y que, por el contrario, la utilización pública es aquella que se efectúa 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.- - - - -

-----Ahora bien, avanzando un poco más en la delimitación conceptual del tipo de utilización del medio de reproducción –en este caso la radio-, se observa que la distinción efectuada precedentemente, no resulta suficiente –en el marco legal que regula el derecho de retribución de los intérpretes musicales- a los efectos de determinar, especialmente, el carácter “público” de la reproducción; sino que además es necesaria la comprobación de una utilización secundaria que conlleve una significación económica o patrimonial que colisione con el derecho reservado del autor. Ello es así, ya que la ley protege el derecho del autor cuando el uso por parte de terceros tiene fines comerciales, ánimo de lucrar o significación económica secundaria mensurable. (Art. 1 Decreto N° 1.670/74, que reforma al art. 35 del Decreto N° 41.233/34).- - - - - -///.-

///.-En síntesis lo que la ley prevé es el uso público patrimonialmente significativo, -en el caso de autos de la emisión de música de una radio-, más que una referencia ambiental específica sobre el carácter más o menos público o privado del lugar donde se difunda la música. En el caso que nos ocupa no cabe duda alguna que es inaceptable la conceptualización que pretende la actora como lugar “público”, ya que la radio circunstancialmente encendida en el hall de un hotel, no puede ser considerada como utilización de “producto” artístico como elemento comercial inherente al negocio y con innegable ánimo lucrativo. Por ello no cabe a este efecto que el referido hall sea calificado como lugar público, y ello no por su circunstancia ambiental o de acceso, etc., sino porque ahí la música difundida no forma parte del giro comercial del titular.- - - - -

-----Sin dudas, resulta incuestionable que la demandada no realiza un aprovechamiento económico de la emisión de música en el hall de entrada del hotel, ya que, no es válido afirmar que gracias a ese medio pueda llegar a obtener un beneficio derivado de

mayores ganancias que le pudiera proporcionar contar con ese servicio adicional. Sabido es que la existencia de aparatos de esa especie, pudieron representar en otros tiempos un aumento en la categorización, respecto a los servicios que se prestan al turismo, en establecimientos como los de la demandada; pero hoy en día, con los adelantos tecnológicos modernos, donde muchos hoteles, ya cuentan -a mera guisa de ejemplo- con sistemas modernos de acceso a internet para la libre utilización de sus huéspedes, por medio de los cuales se puede ingresar a portales musicales y radios de distintos lugares del mundo, no sería lógico gravar el uso de la radio que se encuentra circunstancialmente encendida en///.- ///7.-el “hall” del hotel.- - - - -

-----Además, si se considera en ese escenario a la demandada como sujeto obligado al pago de la retribución por el uso de ese medio (en el contexto del régimen legal para la comunicación de fonogramas), es evidente que con tal criterio, se encontrarían abarcadas por la norma (Ley N° 11.723) las más variadas de las situaciones en las que se utilice una radio, e inclusive se podría llegar a extremos prácticamente absurdos; cuando la existencia del “servicio de música” a través de ese medio, no puede significar un aumento de la categorización del giro comercial y, mucho menos aún que ello permita que se requiera un mayor precio por la prestación que se ofrece. En definitiva la mera designación del ámbito como público o privado es insuficiente, es decir que, un lugar público como es el “hall” de ingreso del hotel no determina por sí que la comunicación de música (que se efectúa circunstancialmente por una radio) sea una comunicación en el término de lugar público, a los fines de la protección del derecho de autor con relación a la reproducción pública de fonogramas -Ley 11.723-; ya que como reiteradamente se ha dicho en el análisis de esta controversia, el carácter de reproducción pública debe concebirse más que por su circunstancia espacial o de acceso, por el hecho de que la música difundida forme parte del giro comercial, pues lo que la normativa prevé es el uso público patrimonialmente significativo más que una referencia ambiental específica sobre el carácter más o menos público del lugar donde se produzca la emisión. MI VOTO por el RECHAZO.- - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - - -

-----Atento la coincidencia de los votos precedentes, ME ABSTENGO de emitir opinión.- - - - -///.- ///.-A la segunda cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:

-----Por todo lo expuesto al tratar la primera cuestión, propongo Al Acuerdo: D) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 181/193 y vta. y

confirmar el fallo de Cámara de fs. 170/173. II) Imponer las costas a la recurrente perdidosa (art. 68 del CPCyC.). III) Regular los honorarios profesionales del doctor Oscar Lozano en el 25% de lo regulado por su actuación en Primera Instancia (art. 14 L.A.). MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----ADHIERO a la solución propuesta en el voto que antecede.- A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - - -

-----ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 181/193 Y vta. de las presentes actuaciones. Segundo: Imponer las costas a la recurrente perdidosa (art. 68 del CPCyC.).- - - - - Tercero: Regular los honorarios profesionales del doctor Oscar Lozano en el 25% de lo regulado por su actuación en Primera Instancia (art. 14 L.A.).- - - - - Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. FDO. LUIS LUTZ JUEZ - ALBERTO I. BALLADINI JUEZ - VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ - EN ABSTENCION (ART. 39 L.O.) - ANTE MI: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: III

SENTENCIA N° 118

FOLIO N° 479/485

SECRETARIA: I