

**AADI CAPIF ASOCIACION CIVIL RECAUDADORA c/ PANATEL S.A. s/
COBRO DE SUMAS DE DINERO**

LIBRE: 339.714

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los *cinco* días del mes de abril del año dos mil dos, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala "A" de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "AADI CAPIF ASOCIACION CIVIL RECAUDADORA c/ PANATEL S. A. s/ COBRO DE SUMAS DE DINERO", respecto de la sentencia de fs. 213/215, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores: **ANA MARÍA LUACES- JORGE ESCUTI PIZARRO -HUGO MOLTENI -**

A LA CUESTION PROPUESTA LA DOCTORA ANA MARÍA LUACES, DIJO:

1.- La sentencia de fs. 213/215 hizo lugar, con costas, a la demanda entablada por "AADI CAPIF A.R.C" y, en consecuencia, condenó a "Panatel S.A." a abonarle la suma que resulte de la liquidación que ordenó practicar en la etapa de ejecución de acuerdo a las pautas allí establecidas, vale decir por el período comprendido entre el 1º de mayo de 1995 hasta la fecha de la demanda según las sumas previstas por el perito Contador en su dictamen de fs. 150/154 y las que correspondan desde la iniciación del juicio hasta la fecha de la sentencia, todo ello con más sus intereses.-

Contra ese pronunciamiento apeló la empresa perdidosa, cuyos agravios de fs. 244/247 obtuvieron la réplica de la actora a fs. 249/257.-

II.- En primer lugar cabe destacar que conforme a uniforme jurisprudencia de nuestros tribunales se ha reconocido preeminencia al recurso de apelación, no obstante comprender el de nulidad por defectos del pronunciamiento, cuando, por vía de aquel remedio, se pueden subsanar los que se le imputan a la sentencia impugnada. De ahí que se haya sostenido su improcedencia cuando los hipotéticos vicios que se señalan son reparables por el recurso de apelación (conf. Morello-Sosa-Berizonce, "Códigos Procesales...", ed. Bs. As. 1988, t. III, págs. 258/59, coment. art. 253, con extensa nómina de citas jurisprudenciales; CNCiv., esta Sala, R. 128.917 del 16/6/93; id. R. 135.612 del 9/11/93; id. R. 290.536 del 22/2/00).-

III.- Esta acción está dirigida a procurar el cobro de los aranceles generados por la comunicación al público de grabaciones fonográficas en las habitaciones del "Hotel Crowne Plaza Panamericano", en el salón de fiestas y en el "lobby bar" de ese establecimiento, en virtud de que esa actividad origina la obligación de abonar las tarifas previstas por los rubros 51, 05 y 36 (que remite a su vez a los rubros 27 y 28) de la tabla arancelaria establecida por la Secretaría de Prensa y Difusión a través de la Resolución n° 100/89 (public. en Boletín Oficial del 6/12/89).-

Ahora bien, el art. 35 del decreto n° 41.233/34, según el texto que estableciera el decreto n° 1670/74, 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.-

Desde esta perspectiva no resulta dudoso que el aprovechamiento económico de la difusión musical forma 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. La amplitud de la regulación sólo se encuentra limitada en principio, por el propio texto que excluye la compensación cuando se trata de utilidades ocasionales de carácter didáctico o conmemoraciones patrióticas en establecimientos educacionales oficiales autorizados por el Estado (art. citado tercer párrafo). De allí que, si bien la exención se ha extendido a los supuestos de utilización "doméstica", no sucede lo mismo con los casos de establecimientos que la factura dentro del concepto de "alojamiento, bar y confitería" (CNCiv. Sala "G", "en los autos "AADI CAPIF c/ Prop. Hotel Alpino s/ Cobro de Sumas de Dinero", Libre nº 73.65 del 1º/10/99).-

En cuanto a la música utilizada por la hotelería, en particular, es conveniente destacar que existen hipótesis diversas que generan derechos diferentes para percibir la remuneración, a saber: música en vivo en bares, música ambiental o "funcional" en lugares comunes o bares del hotel, salones de fiesta del hotel, cenas show con actuación de intérpretes, utilización de aparatos de radio y televisión en las habitaciones, etc. Cada una de ellas necesita de una licencia igualmente diferenciada, de modo que por razones de método los consideraré por separado con la medida que han sido reclamados.-

a) La demandada insiste en que no está acreditado que si poseía música funcional en sus habitaciones toda vez que no se produjo la prueba informativa que había sido solicitado a la empresa "Hilo Musical". Sin embargo, el recurrente ya en su respuesta a la demanda como así ahora también en el memorial reconoce que en cada habitación del hotel existe un aparato receptor de radio conectado a los servicios de radio difusión y un aparato de televisión. En cuanto a esta música que se difunde en el interior de las habitaciones del hotel, cabe señalar que no cabe hacer distinción alguna respecto de la modalidad de la comunicación que el establecimiento proporciona a sus huéspedes. En efecto, sea que la emisión se trate de "música funcional" -en que la recurrente insiste como única arancelada-, o que esté o no originada en el propio hotel, por ejemplo a través de un servicio de radiodifusión

abierto, estaremos siempre en presencia de un acto de comunicación pública. Ello es así por cuanto la habitación que el hotel pone a disposición del público mediante el contrato de hospedaje, no configura un ámbito familiar ni doméstico ("Los derechos de Remuneración", por Leandro D. Rodriguez Miglio, publicado en "X Congreso Internacional sobre Protección de los Derechos Intelectuales del Autor, Artista y Productor", Quito 1995, pág. 125).-

Al respecto el art. 50 de la ley 11.723 sostiene que se considera representación o ejecución pública, la transmisión radiotelefónica, exhibición cinematográfica, televisión o cualquier otro procedimiento de reproducción mecánica de toda obra literaria o artística, y en estos mismo términos el art. 33 de su decreto reglamentario (n° 41233/34), sostiene que es aquella que se efectúa -cualquiera que fueren su finalidad- en todo lugar que no sea domicilio exclusivamente familiar y aún dentro de éste, cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior. Y así no habría acto de comunicación pública si ésta se limita al ámbito familiar y, como es obvio, tampoco cuando el servicio es prestado por el propio huésped "per se" como si viajara provisto de un aparato de radio portátil (conf. Leandro Rodriguez Miglio, op. cit., public. en "X Congreso Internacional sobre Protección de los Derechos Intelectuales del Autor, Artista y Productor", Quito 1995, pág. 126).-

Mal puede, pues, insistirse en que la difusión de la música queda "dentro del ámbito de la morada, de la privacidad, del domicilio transitorio en los términos del artículo 91 y 92 del Código Civil", toda vez que, 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, citado en Libre de esta Sala n° 300.286, voto del Dr. Molteni de fecha 13/10/2000).-

Desde esta perspectiva, 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" del 10/3/93, publicado en la Ley T. 1997-D, pág. 151).-

USO OFICIAL

Sin dudas, resulta incuestionable el aprovechamiento económico que la demandada realiza con los aparatos de radio y televisión toda vez que gracias a éstos obtiene un beneficio indirecto derivado de las mayores ganancias que le significa contar con ese servicio adicional. Sabido es que la existencia de aparatos de esa especie representa un aumento en su categorización de ~~unidades de servicios que~~ presta al turismo, lo que implica que sus propietarios puedan pretender un precio mayor por el alquiler de sus habitaciones. Es por ello que en estos casos se requiere de una licencia por derechos de comunicación pública y por tanto, la demandada se encuentra obligada al pago de los cánones respectivos por este concepto. y

Igualmente, a mayor abundamiento, no escapa a mi análisis la prueba informativa emitida por SADAIC que obra a fs. 107, en que ese organismo sostuvo que la empresa demanda había abonado un arancel por uso de música funcional y T.V., y que se encuentra en mora desde marzo del 1995 hasta la fecha de ese informe. Esta informativa, aunque referida a una época anterior donde nada se especificó respecto de la música propalada dentro de las habitaciones, no fue controvertida en los términos del artículo 403 del ritual, por lo que, corroboraría, en principio, el criterio que se propugna y resta sustento a las argumentaciones relativas a un hipotético abuso del derecho e inequidad que, por lo visto, no encuentran respaldo fáctico ni legal (conf. esta Sala, en Libre nº 197.047, entre otros).-

Con relación al valor que consideró el perito

Contador como base para la fijación del arancel, el rubro 51 de la resolución n° 100/89 prescribe que "los hoteles de pasajeros pagarán mensualmente un importe igual al 150% de la tarifa diaria de la habitación de mayor precio", sin que esta disposición haga mención alguna a un "promedio" de precios, como se lo sostiene en el memorial. Ahora bien, de acuerdo a lo informado por el experto no existe un tarifado uniforme de las habitaciones sino que el precio se determina con variaciones inclusive para habitaciones similares. Fue por ello que, efectuó un "muestreo" (ver fs. 150 vta.) y determinó como habitación de mayor precio la que, según la factura 0001 00037846 del 12/8/2000, corresponde a la habitación n° 2129 que alcanzó el valor de \$508, 20, que excluyendo el IVA era de \$420.-

b) El reclamo de la demanda abarca también la propalación de música en el "lobby bar" ubicado en las instalaciones del hotel "Crowne Plaza Panamericano" en virtud del rubro 5 de la Resolución n° 100/89 de la Secretaría de Prensa y Difusión, norma que prescribe: "las confiterías, restaurantes, cantinas pagarán el uno por ciento (1%) de sus ingresos brutos, deduciendo el laudo gastronómico si éste se paga efectivamente a los mozos".-

Ahora bien, considero que en este aspecto debe otorgarse razón a la quejosa por cuanto la actora no ha logrado acreditar la "comunicación pública" alegada en ese lugar. Sólo se cuenta a estos efectos con el mentado informe emitido por SADAIC, que si bien debe ser considerada como concluyente (conf. Libre de esta Sala n° 197.047 del 5/3/97, entre otros), lo cierto es que aquí, las circunstancias indican que esa institución nada especificó respecto de sumas que debiera abonar a ese ente recaudador por la música propalada en el ámbito del "lobby bar", sino que sólo se expidió genéricamente. Por ello, toda vez que con esa prueba -referida además a una época pretérita- no se ha logrado acreditar el elemento esencial para la admisión de este renglón, como es la efectiva emisión de música en ese específico sector del hotel, opino que esta pretensión debería ser desestimada.-

c) Finalmente, respecto de la sumas

reclamadas en virtud de la propalación de música en las fiestas sociales realizadas en el salón del hotel, cabe formular algunas precisiones.-

El rubro 36 de la resolución n° 100/89 establece que "las fiestas sociales sin cobro de entrada desarrolladas en salones o residencias para fiestas, hoteles o locales similares, pagarán el arancel correspondiente a los rubros 27 o 28 según corresponda el caso". El rubro 27 se refiere a las reuniones sociales "seguidas de baile" las que "pagarán el 4% del valor del cubierto o tarjeta o bono o su equivalente..." y el rubro 28, a las reuniones con utilización de grabaciones pero "sin baile", las que deben pagar "el 2% sobre el valor del cubierto o tarjeta o bono..."-.

La pericia contable de fs. 150/154 no pudo establecer la cantidad ni el tipo de reuniones organizadas durante el lapso comprendido ente el 1° de mayo de 1995 hasta la fecha de ese dictamen toda vez que las registraciones contables correspondientes a los "alquileres" de los salones de hotel obran en una cuenta donde sólo consta un importe mensual en concepto de los alquileres cobrados, sin que se especifique la cantidad de eventos efectuados. Por otra parte, en las facturas examinadas, los importes que se devengaron día por día por el servicio de alquiler se facturaron por el total del período locado, circunstancia que tampoco permitió efectuar aquella discriminación. Fue por ello, que el experto tomo como base para el cálculo los importes mensuales que se facturaron bajo la cuenta mencionada (ver fs. 152 vta./153 y 166).-

Ahora bien, volviendo a la mentada prueba emitida por SADAIC que, en este caso, informó efectivamente que se hacían fiestas sociales en el establecimiento por las que se abonaba un monto fijo por reunión, y acompañó la cuenta corriente del usuario donde figuran diversos pagos efectuados por ese concepto, no aporta sin embargo aquellos otros datos más minuciosos para esclarecer la cuestión (ver fs. 107/112). A su vez, a la hora de su responde, la demandada alegó que el establecimiento se limita a alquilar parte de sus instalaciones

y a brindar determinados servicios (guardarropa, alimentación y bebidas), pero sostuvo que en ningún caso, el hotel proporciona música ni cobra suma alguna por ese concepto ya que en el supuesto de que en el evento se difunda música corre por cuenta del cliente su contratación, todo lo cual pese a tales reparos, debe interpretarse como su reconocimiento de que, en ese lugar, en determinadas ocasiones, se hace uso de la "comunicación pública" de fonogramas. Por su parte, el memorial corrobora una vez más ese reconocimiento cuando indica que el alquiler de los salones "no siempre" es para "fiestas bailables", sino que la mayoría de los eventos que se desarrollan en ese hotel cinco estrellas son "congresos, reuniones de trabajo, seminarios, etc" que no cuentan con música, circunstancia ésta que también habría sido alegada al impugnar la pericial contable.-

Sin embargo, tal como así también lo admite la propia actora en su responde, ello no autoriza a remitir los cálculos a los guarismos que surgen de la pericia, en tanto el experto sólo pudo informar genéricamente respecto del total de reuniones y/o eventos, o seminarios, etc. realizados en los salones de ese hotel mensualmente puesto que no se le proporcionó documentación que permitiera discriminar qué proporción de esa recaudación correspondía a reuniones en las que, efectivamente, se hace uso de la "comunicación pública" o el precio del "cubierto" para cada una de ellas, amén de la falta de elementos que permitan determinar si esas "reuniones sociales" eran o no seguidas de "baile" y nos encontramos, así, frente a una deficiencia probatoria, atribuible a la documentación contable de la demandada y que, por ello torna dificultoso cuantificar los aranceles aplicables a una base imponible para reconocer el incontestable derecho de AADI CAPIF para su cobro.-

Dicha circunstancia incide, indudablemente, en desmendo de la demandada atento a la imprecisión de aquellas registraciones, ya que al reconocer que siquiera parcialmente propalaba música en esos eventos, debió acompañar elementos probatorios que respaldaran la aseveración de que los salones del hotel se alquilaban también "para la exhibición de obras de arte, que deben ser

contemplados en silencio, o a para una disertación....” (ver fs. 162 vta), lo que no hizo.-

Impero, la actora como entidad recaudadora pudo asimismo haber acompañado datos más certeros para determinar la base del cálculo, máxime cuando conforme a la vital importancia que revestía la prueba informativa de SADAIC, ninguno precisión mayor le requirió pese a que debió pugnar porque esa entidad diera acabado cumplimiento a su requisitoria formulada a fs. 99. Pareciera que así lo ha interpretado también la recaudadora cuando, tanto en su escrito de alegato como en esta Alzada, propicia un resarcimiento equitativo sobre parámetros adecuados en ejercicio de las facultades discrecionales que otorga el artículo 165 del Código Procesal.-

Por ello, conforme a las particularidades de la especie, ejerceré esa facultad legal procesal y en virtud de una prudente estimación, tomaré como base para el cálculo de la “base imponible” -vale decir la proporción de reuniones sociales en que se propalaba música- a la mitad de la recaudación total del hotel Panamericano por el alquiler de sus salones según la pericial contable y consideraré también que sólo una proporción equitativa de dichos eventos eran seguidos de baile. Por tanto, sobre esa base imponible debería calcularse el 4% (rubro 27) sobre el 50% de esa recaudación y por el 50% restante, el 2% (rubro 28), con más sus intereses que se liquidarán oportunamente en la instancia de grado.-

IV.- La demandada se agravia de la tasa de interés aplicada por el Sr. Juez “a-quo”. Este Tribunal, en reiterados precedentes, ha sostenido que la tasa aplicable de acuerdo con la doctrina obligatoria sentada en autos “Vázquez, Claudia c/ Bilbao, Walter s/ sumario” de fecha 2/8/93 debe ser la pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central (conf. esta Sala en L. n° 145.942 del 17/6/94, entre muchos otros), en consecuencia, el agravio debería ser rechazado.-

V.- En cuanto a la inconstitucionalidad impetrada por el recurrente a fs. 246, conforme a lo dispuesto por el art. 277 párrafo

propuestos a la decisión del juez de primera instancia. Queda así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductorios de la demanda, contestación o reconvención, en su caso. En consecuencia, en este caso, la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal, vale decir al momento de la taba de la litis ya que la demanda se sustentaba en esas normas. Y esta regla es coherente con la naturaleza jurídica del recurso de apelación, en el sentido que no importa un nuevo juicio en el cual sea admisible la deducción de pretensiones u oposiciones ajenas a las que fueron objeto de debate en la instancia precedente (conf. Passi-Yañez. "Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado" t. II, pág. 500). En ese sentido, la lectura de la contestación de demanda, advierte que la recurrente no cuestionó la inconstitucionalidad de la legitimidad del reclamo, por lo que, de conformidad a lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 260 pto. II, este aspecto de los agravios no podría prosperar.-

VI.- En definitiva, de ser compartido mi criterio debería modificarse la sentencia apelada en cuanto se rechaza al reclamo efectuado por la propalación de música en el "lobby bar" de la empresa hotelera y se modifican los parámetros para calcular los aranceles respecto de la comunicación pública de música en los salones del hotel, confirmándose aquel pronunciamiento en lo demás que decide y fue objeto de agravios. Las costas de Alzada deberían distribuirse conforme al éxito obtenido y la importancia económica de las pretensiones en el 60% a cargo de la demandada y el 40% restante a la actora (conf. 68 y 71 del código Procesal).-

Los Dres. Jorge Escuti Pizarro y Hugo Molteni votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por la Dra. Ana María Luaces. Con lo que terminó el acto.-

Es copia fiel de su original que obra a fs. 226/225 del Libro de Acuerdos de la Sala "A" de la Lxema. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Conste.

Poder Judicial de la Nación

Buenos Aires, abril

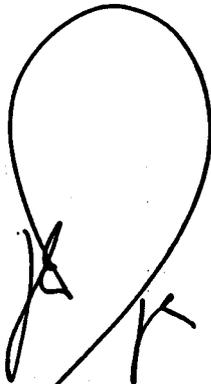
cinco -

de 2.002.-

Y VISTOS:

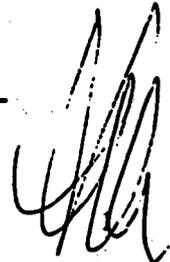
Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede se modifica la sentencia de fs. 213/215 rechazándose al reclamo efectuado por la propalación de música en el "lobby bar" de la empresa hotelera y se modifican los parámetros para calcular los aranceles respecto de la comunicación pública de música en los salones del hotel, confirmándose aquél pronunciamiento en lo demás que decide y fuera objeto de agravios. Las costas de Alzada se imponen en el 60% a la demandada y el 40 % restante a la actora.-

Notifiquese y devuélvase.-

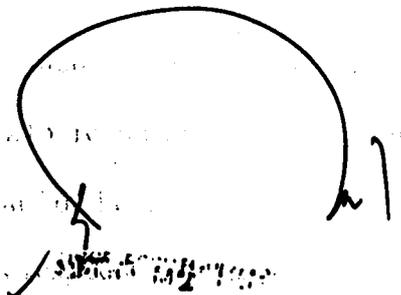


3

JORGE ESCUTI



ANA MARIA LUACES



USO OFICIAL