

NEUQUEN, 13 de marzo de 2014.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "AADI CAPIF A.C.R. C/ GENDELMAN OSCAR Y OTROS S/ COBRO SUMARIO DE PESOS" (EXPTE. 317575/4) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL NRO. 1, a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Contra la sentencia que hace lugar a la acción, apelan los demandados.

A fs. 325/329 expresan sus agravios. En primer lugar se quejan de que la magistrada haya considerado como argumento central de su defensa, a la circunstancia de no contar con aparatos que reproduzcan fonogramas en los lugares comunes del hotel. Dicen que esto no es así pero que, además, la existencia de un aparato de televisión no es un sinónimo de reproducción de fonogramas. En cuanto a la existencia de televisores en las habitaciones, sostienen que lo resuelto contraría a la solución adoptada por la Sala III de esta Cámara, como así también a lo decidido por la Sala I, en anterior composición. Luego de transcribir estos antecedentes, indican que sólo que constató la existencia de un televisor en el desayunador y que de las testimoniales surge que el Hotel no tiene control sobre el eventual encendido que los huéspedes puedan realizar, de los televisores ubicados en las habitaciones. En tercer lugar, se agravian de que no se haya tratado el argumento referido a la doble imposición, en tanto ya abona un arancel a Argentores y, a su vez, Teledigital satisface el arancel. Se quejan también de la circunstancia de que no se haya hecho mérito de la inexistencia de aparatos de transmisión de música funcional y de que su participación en la retransmisión es nula; dicen que no son usuarios en los términos de la legislación invocada, que no participan en la "comunicación pública", no reproducen ni transmiten. Enfatizan que el Hotel no es un usuario en los términos de la Resolución 100/89 y el Decreto 1671/74. Más allá de ello, se agravian en punto al monto de condena, en tanto no se ha procedido a hacer caso a la ampliación de la demanda en los términos del artículo 331 del C.P.C.C. Indican que al momento de interponer la acción, el crédito no era exigible y que, por lo tanto, la interpretación efectuada por la magistrada carece de sustento legal. Por último se agravian del importe tomado como base, en tanto indican que no se ha descontado el IVA; también de la tasa de interés aplicable en tanto, dicen, no existe razón alguna para justificar un incremento del crédito en cuestión.

Los agravios son contestados a fs. 334/341. Luego de refutarlos, solicita que el recurso sea desestimado, con costas a la contraria. 2. Siguiendo el orden de los agravios planteados, en primer lugar debo indicar que, de la lectura del pronunciamiento cuestionado, surge que la magistrada ha considerado el argumento de defensa consistente en afirmar que no cuenta con aparatos de difusión en los espacios comunes pero, también, el referido a los existentes en las habitaciones, efectuando una consideración de las dos situaciones planteadas. Es claro que los recurrentes no comparten el análisis y la solución a la que se arriba, pero ello no implica que la magistrada no haya acordado tratamiento a las defensas invocadas. De hecho debo señalar que, siguiendo a la línea interpretativa sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (a la que por razones de economía procesal y seguridad jurídica corresponde, en principio, seguir) y de la

Suprema Corte de Buenos Aires, en línea coincidente, el argumento de decisión con relación al carácter público de la reproducción efectuada por medio de los televisores existentes en un hotel, es correcto. En este sentido, se ha señalado que: "... La circunstancia que la propalación de música a través de la difusión televisada se efectúe en cada una de las habitaciones no significa por sí misma que no pueda calificarse de 'pública'. Sobre este aspecto, el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santa Cruz de Tenerife, el 31 de octubre de 1997, en autos 'La entidad de gestión de derechos los Productores de Audiovisuales c. El Hotel María Mencey', señaló que 'es obvio que tales habitaciones no son lugares exclusivamente privados, puesto que el conjunto de clientes de un Hotel, aunque cada uno de ellos ocupe a título privado una habitación individual, constituye un público al que la dirección del establecimiento transmite los programas de televisión y musicales, en el ejercicio y para las necesidades de su comercio. Así pues, la comunicación de las obras difundidas o televisadas en las habitaciones de un Hotel debe apreciarse no desde el punto de vista de cada habitación individual ocupada de modo privado, sino desde el punto de vista del conjunto del Hotel' (con cita de una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, del 3 de abril de 1995, disponible en <http://www.suarezysainz.com/audiovisual-/jurisprudencia/pi31-10-1997.html>). "En sentido coincidente, también en España, se expidió el Tribunal Supremo, Sala primera en lo civil, en sentencia del 31/I/2003, resolución 40/2003, al establecer que los establecimientos hoteleros deberán pagar los derechos de autor por las emisiones televisivas que se realicen dentro de las habitaciones <http://poderjudicial.es/tribunalsupremo/jurisprudencia/>". "Se ha sostenido, también, con similar criterio, pero en el orden nacional, 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...' (CNac. Civ., Sala A, 13/X/2000, Jurisprudencia Argentina, revista del 21/XI/2001, ver Emery, Miguel A. en Belluscio- Zannoni, 'Código Civil comentado, anotado y concordado', T. VIII, p. 405). Continúa diciendo el fallo citado en conceptos que son plenamente aplicables a autos '... Sin duda, resulta incuestionable el aprovechamiento económico que la actora realiza de los aparatos de televisión, toda vez que gracias a éstos obtiene un beneficio indirecto derivado de las mayores ganancias que le significa contar con dicho servicio adicional. Sabido es que la existencia de televisores en las habitaciones de los hoteles, significa un aumento en la categorización de los mismos, lo que implica que los propietarios de dichos establecimientos puedan solicitar un precio mayor por el alquiler de los cuartos, del que podría pedir si la habitación careciera de ese adicional servicio...'". "... Por ello, cabe concluir que la sociedad actora se encuentra habilitada para cobrar aranceles por la propalación de música a través de los receptores de televisión existentes en cada una de las habitaciones del apart hotel demandado". Estas apreciaciones de mi distinguido colega cobran mayor fuerza en el presente caso pues, además de contar con televisores en las habitaciones del hotel, la actora también explota una confitería o restaurante que también posee un aparato de televisión (v. fs. 36 vta., 90, 117 y 124). 5) Sentado ello, por aplicación de la doctrina de la apelación adhesiva, corresponde analizar los argumentos alegados por la parte actora en cuanto la sentencia de las instancias ordinarias le fue favorable (conf. Ac. 70.779, sent. del 3/V/2000, D.J.B.A., 158-231; Ac. 70.973, sent. del 9/V/2001; Ac. 71.468, sent. del 16/VII/2003; Ac. 88.235, sent. del 8/VIII/2007). El recurrente cuestiona la aplicación e interpretación del art. 1º del decreto 1670/1974, en lo que respecta a la difusión o representación pública y el ánimo de lucro (fs. 140/141); el medio utilizado para difusión: el televisor ubicado en el restaurante del hotel no tiene parlantes y estaba apagado al momento de practicarse la inspección ocular (fs. 141/vta.) y la imposibilidad de cumplir con la obligación de confeccionar las planillas previstas por el art. 40 del decreto 41.233/1944 (fs. 143 vta./144). Considero que los argumentos esgrimidos no resultan suficientes para rebatir las razones antes apuntadas. En efecto, 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. Debe

considerarse "público", a los efectos de la ley en análisis, al lugar que difunde música como elemento comercial inherente al negocio y con innegable ánimo de lucro (doct. arts. 17, Const. Nac.; 1º, 36 y 56, ley 11.723 y 33, decreto 41.233/1934). Por consiguiente, como bien señalara el doctor de Lázzari en la causa antes referida, resulta incuestionable el aprovechamiento económico que resulta de los aparatos de televisión, toda vez que gracias a éstos obtiene un beneficio indirecto derivado de las mayores ganancias que le significa contar con dicho servicio adicional.

6) Con base a tales consideraciones, aplicables en la especie, opino que debe hacerse lugar al recurso extraordinario interpuesto; y si mi criterio es compartido, deberá revocarse el fallo impugnado y, en consecuencia, rechazarse la demanda deducida por la accionante, con costas por su condición de vencida (fs. 144 vta.; arts. 68 y 289, C.P.C.C.)..." (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Jorajuría, Gerónimo c. A.A.D.I.-C.A.P.I.F. A.C.R. • 27/04/2011, Publicado en: LLBA 2011 (junio), 523 • DJ 05/10/2011, 43). Agregando el Dr. Genaud, con directa remisión a lo decidido por la Corte en "Ansede" y "Hotel Belgrano": "...destaco que el Máximo Tribunal federal se pronunció sobre el tema en discusión al dictar sentencia en el expediente "AADI CAPIF, Asociación Civil Recaudadora c. Hotel Belgrano S.A. s/ cobro de pesos (sumario)" (causa A.38.XXXIX, sent. del 14/XI/2006). En dicho precedente la Corte Suprema hizo propio -por mayoría- el dictamen del Procurador General, quien consideró que la solución acordada por la Cámara de Apelaciones era contraria a la Convención de Roma de 1961 y el Tratado O.M.P.I. sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas y, por ello, violatoria de las previsiones de los arts. 17 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Entre los argumentos esgrimidos para sostener tal postura sostuvo que, al no aparecer discutida (como en este caso) la naturaleza comunicacional de la puesta a disposición de los pasajeros del hotel de la música funcional "... aun concediendo que pueda revestir alguna singularidad lo relativo a fines y beneficios que puedan perseguir los empresarios hoteleros en orden a la puesta a disposición de la música ambiental en los cuartos de sus establecimientos, no cabe, tampoco, controvertir que la preceptiva relega tales distingos, alcanzando a todos los usos, en términos retributivos o remuneratorios, en ese ámbito hotelero, no dispensados en forma expresa por la legislación". Asimismo, con respecto al argumento de la supuesta doble (y, por tanto, inconstitucional) imposición arancelaria, señaló que "... tratándose de dos actividades empresariales que comportan sendas explotaciones del repertorio musical difundido, lejos de mediar la doble imposición arancelaria que recrimina la demandada, se advierten, en cambio, dos aprovechamientos distintos, alcanzado, cada uno, por el canon respectivo atinente a la licencia legal de que aquí se trata". En la misma fecha, la Corte Suprema resolvió otra causa similar al dictar sentencia en "AADI CAPIF ACR c. ANSEDE y Cía. S.R.L. y otro s/ cobro de sumas de dinero" (causa A.711.XL). En esta oportunidad el Máximo Tribunal de justicia también se remitió a los fundamentos brindados por el Procurador General en su dictamen, quien sostuvo que "... 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..." (del mismo fallo recién citado). Por lo demás, en cuanto a la nula participación en la difusión se ha indicado que "...Es procedente la demanda entablada por AADI CAPIF Asociación Civil Recaudadora contra el titular de un negocio por el cobro de aranceles derivados de la transmisión al público de fonogramas mediante televisores ubicados dentro del local, pues, aun cuando no se probó la propalación de sonidos musicales por cuanto los aparatos se encontrarían "en silencio", el rubro 40 de la Resolución 100/89 de la Secretaría de Prensa y Difusión, tipifica la obligación por el mero hecho de la

tenencia, con total independencia de su uso, siendo su potencial para difundir obras musicales lo que se encuentra gravado y no la efectiva propalación de éstas..." (cfr. sumario de Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, AADI Capif Asociación Civil Recaudadora c. Mc Phono S.R.L. 02/05/2008 Publicado en: LLBA 2008 (julio), 644). Nótese, entonces, que en cuanto trasladables estos argumentos al caso en estudio, la solución de la magistrada recepta todos los supuestos fácticos y analiza que, aún en el caso de las reproducciones en las habitaciones, revisten el carácter público. Esta solución, como dijera, es la receptada por la CSJN y, por lo tanto, no encontrando nuevos argumentos no tenidos en cuenta por dicho Tribunal, que permitan efectuar una interpretación distinta de los preceptos en juego, he de adherir a tal interpretación y desde este vértice, confirmar el pronunciamiento de grado.

3. El argumento referido a la doble imposición también –como se ha visto- ha sido analizado por la Corte, con igual suerte adversa a la posición de los recurrentes. Como señala Lipszyk: "...ambas decisiones de la Corte Suprema revisten gran trascendencia al confirmar el carácter público que, en el marco del derecho de autor y los derechos conexos, tienen las comunicaciones realizadas por el hotelero en las habitaciones destinadas a los pasajeros, así como la vigencia de principios fundamentales en la materia, como son: que cada explotación que se realiza de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos constituye una actividad diferente y que cada una de esas actividades implican sendas explotaciones del repertorio musical difundido que comportan dos aprovechamientos distintos que deben ser retribuidos en forma independiente..." (cfr. Lipszyk, Delia "La obligación de los establecimientos hoteleros de pagar por las transmisiones que difunden en las habitaciones destinadas a los huéspedes", Publicado en: LA LEY 05/11/2007, 10 LA LEY 2007-F, 378). Y en cuanto al planteo efectuado con relación a lo percibido por Argentores, entiendo que no se trata de un supuesto de doble imposición, puesto que en rigor esta Asociación representa a otra porción o segmento de la obra artística difundida.

Por ello, estos agravios no han de prosperar.

4. La solución será distinta, empero, con relación al alcance de la condena. En este aspecto, entiendo que si bien es cierto que al promover la demanda, la actora hizo reserva de ampliar los montos reclamados, lo cierto es que luego no hizo efectivo uso de la previsión del art. 331 del Código Procesal, la cual, como es sabido, encuentra anclaje en el derecho de defensa (comprometiendo a los principios de debido proceso, audiencia y congruencia). Los argumentos introducidos al responder los agravios no se presentan con peso suficiente, puesto que la situación no es equiparable a la de los hechos alegados: insisto en que aquí se encuentra en juego el derecho de defensa y la consiguiente congruencia que debe tener el pronunciamiento con lo debatido en juicio. Por lo tanto, por más que se admitiera que los periodos posteriores se encuentran alcanzados por la obligación, de haberse ampliado la demanda se podría –sólo por hipótesis y por caso- esgrimirse el pago. En este sentido se ha dicho que "...respecto del período comprendido entre la interposición de la acción y el dictado de la sentencia, que como se sostuviera en otros antecedentes similares de este Tribunal, tal pretensión de cobro es impertinente; no ha mediado ampliación alguna de la demanda en los términos que el ordenamiento procesal exige y por tanto, conforme lo ha dicho la Excm. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: "Incorre en incongruencia el fallo que extiende una condena respecto de una deuda no exigible al tiempo de la demanda sin que mediara pedido de ampliación (art. 165 inc. 6 C.P.C.)" (Ac. 54.747 del 25/3/97 in re "AADI CAPIF Asoc. Civil Recaudadora c. Alvarez de Treviño Avelina Cobro de pesos", A y S, 1997 I. 545). Y se lo dijo así también a la propia actora en los autos "AADI CAPIF Asoc. Civil Recaudadora c. Lu6 Radio Atlántica s/ Cobro de Pesos" Ac. 63.128 del 2/9/97 AyS 1997 IV-544, al sostener: "que si no medió ampliación de la demanda no puede condenarse al pago de obligaciones vencidas con posterioridad a aquel momento". No se registra en autos reclamo ampliatorio alguno, razón por la

que sólo cabe condenar al pago del arancel devengado hasta el día de presentación de la demanda, o sea el 9 de mayo de 2001 (Conf. Palacio, Lino: "Derecho procesal Civil", Tomo IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pág. 304)...” (cfr. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, AADI Capif Asociación Civil Recaudadora c. Mc Phono S.R.L. • 02/05/2008, Publicado en: LLBA 2008 (julio), 644). En igual sentido, ha indicado esta Sala I, aunque con distinta composición: “...Es necesario recordar que el principio del debido proceso (art. 18 Constitución Nacional y pactos internacionales) tiene como elemento sustancial el derecho de defensa en juicio (también consagrado en la norma citada y art. 32 de la Constitución Provincial). Este hace a la existencia del primero y es un Derecho Humano fundamental. Con fundamento en el mismo, el legislador provincial dispuso por la norma del art. 331 del CPCC “El actor podrá modificar la demanda antes de que ésta sea notificada. Podrá, asimismo, ampliar la cuantía de lo reclamado si antes de la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la misma obligación. Se considerarán comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido y se sustanciará únicamente con un traslado a la otra parte. Si la ampliación, expresa o implícitamente, se fundare en hechos nuevos, se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 365.” La norma es clara y requiere sustanciación en los términos del art. 331 del CPCC y no alcanza con la mera reserva hecha al iniciar la acción. En este sentido se ha dicho que: “La vía idónea para reclamar los aranceles devengados durante la secuela del proceso es la de la ampliación de la demanda que admite el art. 331 del C.P.C.C., por ser la que mejor garantiza el derecho de defensa de la contraparte; resultando inadmisibles tal pretensión aunque se incluyera en la demanda, pues ello implicaría una demanda anticipada por créditos no generados.” (CC0002 SM 54836 RSD -137 -4 S 27-4-2004. En autos “AADI CAPIF A.C.R. c/ Alberto Villalba y/o q.r. titular del establecimiento denominado Copadissimo s/ Cobro de pesos “ MAG. VOTANTES: Mares-Scarpatti Juba 7)...” (cfr. “AADI CAPIF ACR C/ MUÑOZ LAURENTINO S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS” EXPNº 254947/1). En cuanto al monto tomado como base y a la tasa de interés aplicable, entiendo que los recurrentes se limitan a manifestar su disconformidad pero no efectúan una crítica concreta ni dan las razones por las cuales consideran que es errónea la solución judicial. 6. Por último debo señalar que no desconozco que esta Cámara, en otras Salas y aún en esta misma (en anterior composición) ha arribado a una solución distinta con relación a la pretensión principal aquí debatida. Sin embargo, tal como lo he indicado más arriba, la circunstancia de que la CSJN se haya expedido sobre el tema, con argumentos que no encuentro que puedan ser rebatidos en esta oportunidad, me inclinan a seguir tal solución y, por lo tanto, a confirmar en lo principal al pronunciamiento de grado. La existencia de tales soluciones dispares, influirá, no obstante, con relación a las costas, en cuanto los demandados pudieron creerse con derecho a proponer y mantener sus defensas. En orden a ello y al resultado de esta apelación, corresponderá que las costas de ambas instancias sean impuestas en el orden causado. Propongo entonces la confirmación del pronunciamiento en su mayor extensión, limitando la revocación a lo relativo al periodo de condena que se circunscribirá a los adeudados a la fecha de interposición de la demanda, con costas de ambas instancias en el orden causado. TAL MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo. Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1.- Confirmar el pronunciamiento de fs. 303/309 en su mayor extensión, circunscribiendo el monto de condena a los periodos adeudados a la fecha de interposición de la demanda. 2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, atento al resultado de esta apelación, en cuanto los demandados pudieron creerse con derecho a proponer y mantener sus defensas. 4.- Regular los

honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA). 5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.Dr. Jorge D. PASCUARELLI -Dra. Cecilia PAMPHILE Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA