

Jurisprudencia en Derecho de Autor

Maestría en Propiedad Intelectual. FLACSO Sede Argentina.

Lic. Beatriz Busaniche

Trabajo final: Fallo comentado en relación a Ejecución Pública de Fonogramas. Discusión sobre si corresponde o no tributar a organismos de gestión colectiva el pago por el derecho de comunicación pública en habitaciones de hotel.

Caso Analizado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno. **AADI Capif ACR c. Catalinas Suites S.A.** 15/09/2005

Fallo comentado sobre Tributación de Derechos de Comunicación Pública en habitaciones de hotel.

DERECHOS DE AUTOR ~ FONOGRAMA ~ HOTELERIA ~ PLENARIO ~ PROPIEDAD INTELLECTUAL ~ REPRODUCCION DE LA OBRA ~ SOCIEDAD ARGENTINA DE AUTORES Y COMPOSITORES DE MUSICA

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno

Fecha: 15/09/2005

Partes: Aadi Capif ACR c. Catalinas Suites S.A.

Publicado en: LA LEY 17/04/2006, 5, con nota de Javier Delupí; LA LEY 2006-B, 653, con nota de Javier Delupí; LA LEY 04/11/2005, 04/11/2005, 7 - LA LEY 2005-F, 243

Cita Online: AR/JUR/3220/2005

Sumarios

1. 1 - La comunicación al público de grabaciones fonográficas que difunde el hotelero dentro de las habitaciones del establecimiento no se considera comprendida en la excepción prevista en el art. 33 del decreto ley 41.233, -domicilio exclusivamente familiar- (t.o. conforme decreto 9723/45) a efectos de la exención del pago de los aranceles a los que se refieren los decretos 1670/74 y 1671/74 (Adla, 1920-1940; 985; V-160; XXXIV-D, 3538; XXXIV-D, 3539).

El tribunal en mayoría respondió negativamente a la pregunta sobre si la ejecución de fonogramas que se realiza dentro de las habitaciones del establecimiento se considera comprendida en la excepción prevista en el art. 33 del Decreto Ley 41.233 referido al domicilio exclusivamente familiar, conforme al decreto 9723/45 a efectos de la exención del pago de los aranceles a los que se refieren los decretos 1670/74 y 1671/74.

COMENTARIO

“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”

El fallo referido en el presente trabajo da cuenta de un debate en relación a la excepción contemplada en materia de tributación de derechos de comunicación pública de fonogramas incluida en el Decreto Ley 41.233, art. 33 que indica que:

33. A los efectos del art. 36 de la ley 11.723, se entiende por representación o ejecución pública aquella que se efectúe — cualquiera que fueren los fines de la misma — en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar y, aun dentro de éste, cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior.

El dictamen de mayoría de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, resolvió que la ejecución en habitaciones de hoteles queda excluida de la presente excepción. Sin embargo, la minoría emitió interesantes reflexiones que nos permiten retomar la discusión y elaborar algunos ejes para su análisis.

En el presente comentario vamos a analizar si:

- corresponde o no considerar que la habitación de hotel es equiparable al domicilio exclusivamente familiar;
- si la percepción de ganancias económicas tiene o no que ver con la obligación de tributación del mencionado derecho de ejecución pública;
- las consecuencias que inmediatamente se desprenden de este fallo, en particular, la posibilidad de la aplicación del mencionado tributo por parte de las gestoras colectivas involucradas a otro tipo de instituciones de residencia temporal como hospitales u hospicios.

Mucho se ha discutido en el marco de sendos casos judiciales entre las gestoras colectivas de derechos de autor y conexos como SADAIC y AADI Capif sobre la posibilidad de equiparar o no la residencia temporal en un hotel a la residencia familiar. En este sentido, buena parte de la argumentación de la minoría en disidencia en el caso mencionado hace hincapié en los derechos a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, ambos amparados en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. Coincidimos en este sentido con el dictamen de la minoría que indica que “la habitación también referencia el lugar donde la persona se encuentra, sin importar el grado de permanencia en ella... tanto la habitación como el domicilio son espacios reservados a quienes se alojen en ellos y en los que pueden ejercitar plenamente su intimidad y libertad.” En este sentido, queda claro que el ámbito familiar o doméstico, así como la residencia en la habitación de un hotel presentan caracteres comunes y afines como la privacidad, reserva e intimidad y gozan del mismo resguardo jurídico que los tutela en cuanto al ejercicio de las acciones judiciales respecto del reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Frente a una discusión similar, en el caso SADAIC v. Apart Hotel Cariló Village, el Dr. Roncoroni señaló que *“Es evidente entonces que no es el mero carácter del lugar el que determina la obligación, sino que la ejecución o representación misma sea pública. Si la norma reglamentaria permitiera desconocer este requisito, se volvería impracticable, obligaría a la inspección de plazas y automóviles, y por cierto se estaría ante una disposición inconstitucional, por violar los términos de la ley reglamentada. Sin embargo, no parece que deba atribuirse a la disposición un sentido tan absurdo. El art. 33 debe complementarse con el art. 35 del mismo decreto, que al igual que la ley reglamentada, requiere que lo público sea la representación (y no meramente el lugar). Debe entenderse que la reglamentación se ha mantenido en los términos de la ley”*.

En el mismo sentido se expresó la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, Capital Federal, en 2003, en el caso AADI Capif ACR c/Anse de y Cia SRL. En este caso, el tribunal entendió que *“corresponde extender el concepto de ámbito familiar o doméstico ... al uso del televisor en un cuarto de hotel”* al considerar que ese lugar comparte las mismas características de privacidad, donde las personas poseen libre albedrío, calidad que también tiene la residencia en un hotel.

En su libro “Derecho Autoral. Hacia un nuevo paradigma”, el Dr. Julio Raffo analiza la cuestión llevando la consideración de la habitación de hotel como espacio de comunicación pública a otros campos posibles. En este sentido, El Dr. Raffo indica que es obvio que no configuran en términos literales, un *“domicilio estrictamente familiar”* los siguientes lugares:

- mi oficina particular en la cual trabajo,
- el interior de un automóvil o la cabina de un camión,
- el tractor de un campesino,
- la cámara mortuoria de una empresa de velatorios,

- la celda de un preso, el patio de recreos de la prisión o el pabellón,
- el templo religioso,
- el cuarto o la sala de un hospital,
- el oratorio de un monasterio,
- la sala de una institución educativa en la cual un profesor de música o canto, que es remunerado por su labor, imparte enseñanza personalizada a un alumno,
- la sala de una clínica en la cual se brinda un tratamiento de musicoterapia,
- la cabalgata turística o deportiva,
- el ámbito en torno de una tumba en la cual se recitan salmos o cantos religiosos,
- etcétera.

“A pesar de que todos estos lugares no constituyen un 'domicilio estrictamente familiar', sería un dislate el creer que en ellos hay una representación o ejecución pública, que exija la autorización de la entidad autoral del autor y el pago de un arancel para poder cantar un salmo, ejecutar una partitura u oír un tema musical” indica el Dr. Raffo¹.

El dictamen en minoría del fallo aquí comentado, analiza además el hecho de que *“la mención de la norma al pago de aranceles de todo aquel que obtenga un beneficio directo o indirecto con la utilización de la obra no constituye el único requisito que determina la retribución en estos casos”*. Es aceptable pensar que la incorporación de equipos de audio y receptores de televisión en las habitaciones comporta para el hotel un beneficio que le permite cobrar una suma mayor por la habitación que si no incluyera tales equipos. Sin embargo, compartimos con el dictamen de minoría la observación de que la percepción de un beneficio económico en este caso no es la única condición para tributar un arancel, sino que ésta debe necesariamente complementarse con la ejecución pública, que, como ya mencionamos, no consideramos tal en el caso de la privacidad de las habitaciones. *“A falta de un contenido normativo claro y razonable, la difusión de una obra en tales lugares no puede generar el cobro de aranceles por estos actos”* agrega la minoría y utiliza como referencia el Caso de Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, “in re” SADAIC c. Apart Hotel Cariló Village y otros/Cobro en pesos, del 1/3/2004.

Vale mencionar además que el Decreto 1670/74, que modifica el art. 35 del Reglamento de la ley 11723 menciona y discrimina con precisión cuáles son las entidades obligadas a abonar la imposición de derechos de autor y conexos: organismos de radiodifusión, televisión o similares, bares, cinematógrafos, teatros, clubes sociales, centros recreativos, restaurantes, cabarets y en general quien comunique al público por cualquier medio directo o indirecto. Es claramente dudoso que las habitaciones de hoteles queden incluidas en esta enumeración aunque bien se puede incluir los espacios comunes de los mismos como halls y salones de encuentro.

Va de suyo que, en tanto la comunicación no está dirigida al público, queda fuera del monopolio de explotación reconocido en cabeza del creador y los titulares de derechos conexos².

Siguiendo la argumentación sostenida por el Dr. Julio Raffo, y a sabiendas de que la jurisprudencia se inclina mayormente por la línea establecida en este fallo bajo análisis, es decir, a considerar que el uso de fonogramas en habitaciones de hotel no se encuentra contemplado en la excepción del art. 33 del Decreto Ley 41.233 que reglamenta la Ley 11.723 nos vemos en la obligación de llamar la atención

¹ Raffo, Julio “Derecho autoral. Hacia un nuevo paradigma” Marcial Pons (2011) p. 258

² Lipszyc, Delia “Derecho de autor y derechos conexos” UNESCO, CERLALC, ZAVALÍA (2006) p. 210

sobre las consecuencias que esta tendencia tiene sobre otras áreas que eventualmente no quedan comprendidas por la excepción reducida al “domicilio exclusivamente familiar”. A la enumeración no taxativa realizada por el Dr. Raffo podemos sumar los hospicios para mayores (geriátricos), los departamentos de alquiler en lugares de veraneo (muy similares por cierto a los apart hoteles obligados a tributar a las gestoras colectivas), entre otros ámbitos sobre los que no recae la descripción del domicilio exclusivamente familiar.

Es así que, coincidimos con la ampliación de Fundamentos del Dr. Vilar en el caso que nos compete aquí, quien resalta que la norma en cuestión pretende subrayar el carácter privado que debe poseer el sitio para ser eximido de pago de derechos retributivos derivados de la utilización de fonogramas, y se preocupa abiertamente por las consecuencias de avanzar sobre el derecho a la intimidad o a la privacidad de las personas, al sólo objeto del cobro por parte de la entidad recaudadora. El Dr. Vilar indica que se trata sin más, de una claudicación muy peligrosa, teniendo en cuenta que se trata de derechos inalienables, vale decir, no enajenables. El Dr. Vilar entiende que esta mengua importa un menoscabo que afecta la integridad y unidad de estos derechos provocando ya una grieta que puede ampliarse y usarse como antecedente a hipótesis analógicas.

No debemos olvidar que la misma Ley 11723, en su artículo 12, establece que “*la propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas por esta ley*”. Es entonces, al decir del Dr. Raffo, que “el derecho común configura el telón de fondo sobre el cual aparece el régimen jurídico que regula la propiedad autoral”. En consecuencia, la normativa, la jurisprudencia y la doctrina del *abuso del derecho* se aplican también en este caso.

Es importante destacar que en ninguno de los casos analizados aquí se puede cumplir con la debida presentación de listados prevista en el artículo 35 del decreto Ley 41.233 luego modificado por el decreto 1670/74 de las obras emitidas para su justa y equitativa redistribución entre autores e intérpretes y que pretender el registro de las mismas constituiría en si un abuso por sobre el derecho a la intimidad de las personas previsto y garantizado por el art. 19 de la Constitución Nacional. Tenemos aquí una colisión: o se vulnera la intimidad a través de una detallada documentación de las obras ejecutadas o se incumple el requerimiento de elaborar una lista para la apropiada retribución a los autores e intérpretes.

Como mencionamos al principio, “*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos*” y por lo tanto es importante analizar en qué punto nos encontramos en relación a la conducta de las organizaciones de gestión colectiva tales como SADAIC o AADI Capif, ambas en ejercicio de representación compulsiva de autores, intérpretes y productores de fonogramas y en condición de monopolio en el territorio de la República Argentina. En este sentido, vale cerrar esta reflexión con dos comentarios sobre casos similares al analizado en este fallo.

Por un lado, el Dr. Roncoroni, en el Caso SADAIC v. Apart Hotel Cariló Village, en relación a la finalidad de la Ley 11723 indica que: “el fin de la ley es proteger el lucro del autor y no evitar el lucro de terceros. Sucede con la propiedad intelectual, lo mismo que con la propiedad de las cosas: si mi vecino obtiene algún provecho económico de la vista que le proporciona mi jardín o si por ejemplo una cafetería obtiene mayor clientela por la belleza arquitectónica de las construcciones vecinas, nada hay que objetar ni que prevenir (ni que cobrar) mientras no se perjudique o limite el ejercicio del derecho de los dueños. La ley, en suma, no obra como el perro del hortelano”³.

Concluye el Dr. Raffo que si el uso de una obra no configura un sensible daño patrimonial ni moral del autor, pretender impedirlo invocando el derecho de autor constituye un ejercicio abusivo del derecho y

3 Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires. Causa “SADAIC c/Apart Hotel Cariló Village y otro. Cobro en pesos”

por ello sería absurdo el pretender que debo pedirle permiso al autor – o pagarle – para prestar un libro, venderlo como libro usado, silbar mi canción preferida en la plaza pública, usar en público la corbata que tiene un diseño exclusivo o entonar salmos en el cementerio en el acto de entierro de un amigo”. A esta enumeración se puede agregar, sin temor a forzar el pensamiento del Dr. Raffo, el encendido de un televisor en la intimidad de una habitación de un apart hotel en pleno descanso vacacional así como la utilización de una radio para el disfrute y compañía de un grupo de ancianos en un hospicio.

Habría que preguntarse antes de avanzar en otorgar a las gestoras colectivas la potestad plena de cobrar por los usos privados de las obras en habitaciones de hoteles, cuáles serán las consecuencias en caso de que decidan ejercer derechos similares en esferas similares. Es claro que no lo hacen, más sólo se retraen de tomar acciones públicas en esos casos por la mala reputación que les traería iniciar acciones contra clínicas, hospitales u hospicios. Sin embargo, dada la jurisprudencia favorable que los asiste, nada les impide ejercer este derecho. El no hacerlo no tiene que ver con la jurisprudencia sino con una estrategia de imagen pública. Sin embargo, el hecho de no hacerlo constituye también una injusta aplicación de la jurisprudencia contra empresarios hoteleros que quedan así en una situación de clara desigualdad ante la ley frente a otras instituciones en condiciones similares. Lamentablemente, los fallos judiciales como el analizado aquí sólo abordaron el tema de los hoteles. Estimamos que otro hubiera sido el resultado si a la luz de este fallo, hubieran puesto a todos los posibles afectados en el futuro, contando hospitales, clínicas, hospicios y todo otro lugar de residencia temporal donde las personas disfrutan en privado en sus habitaciones de la televisión y la radio.