

JC1

**Expte.:(317575/4) 'AADI CAPIF ACR CONTRA GENDELMAN OSCAR Y OTROS S/COBROSUMARIO  
DE PESOS ',SENDEF,476463/12.-**

Neuquén, Octubre 1\* de 2012.-

**Y VISTOS:**

Estos autos caratulados '**AADI CAPIF ACR c/ GENDELMAN, OSCAR Y OTROS s/ COBRO SUMARIO DE PESOS'** (**Expediente n\* 317575/04**), en trámite por ante este Juzgado, venidos a despacho para dictar sentencia, de los que **RESULTA:**

I.- Que a fs. 7/10 se presenta AADI CAPIF Asociación Civil Recaudadora, por apoderado, Promoviendo demanda contra Oscar Gendelman y/o Marcelo Berenguer y/o quien resulte titular de la explotación comercial del local denominado Hotel Apolo.-Persigue el cobro de aranceles derivados de la comunicación al público de grabaciones fonográficas, por un monto determinado, mas los aranceles que se devenguen durante la tramitación del proceso, intereses, gastos y honorarios.-

Efectúa consideraciones en torno a la utilización pública de fonogramas, así como respecto de las normas constitucionales, tratados internacionales y leyes que avalan su reclamo.-Relata que la parte demandada es propietaria del establecimiento denominado "Hotel Apolo" , en el que se utilizan grabaciones fonográficas cuyo sonido reproduce y se comunica al público.-Señala que la utilización realizada por el demandado originó la obligación del mismo de pagar al actor la tarifa prevista por el rubro "51" de la Resolución SPD 100/89, consistente en la tarifa diaria de la habitación de mayor precio del mismo.-

Expresa que reclama los aranceles devengados desde el 01/11/2001 al 10/12/2004, así como aquellos que se devengaren en el futuro –hasta la época de la sentencia- si el uso continuara.-

Manifiesta que a fin de regularizar la situación del demandado, éste fue repetidamente visitado por los agentes de cobranzas de la actora, sin que éste se aviniera a efectuar la liquidación y pago de los aranceles reclamados.- Funda en derecho y ofrece prueba.-

II.- Corrido el pertinente traslado, a fs. 41/46 se presentan Oscar Gendelman y Marcelo Berenguer, por derecho propio, contestando la demanda y solicitando su rechazo, con costas.-Niegan todos y cada uno de los hechos invocados en el escrito de inicio que no sean de su expreso reconocimiento.-

Indican que los presentantes integran la sociedad de hecho denominada "Gendelman Oscar y Berenguer Marcelo Sociedad de Hecho" que tiene a su cargo la explotación del Hotel Apolo.-

Sostienen que durante el período reclamado no se reprodujo ningún tipo de fonograma al público en el referido establecimiento. Señalan que ni en las habitaciones del hotel ni en los lugares comunes del mismo se ubican aparatos reproductores de fonogramas.-

Que con tal motivo la actora carece de legitimación para reclamar el pago de aranceles que pretende.-

Afirman que el Hotel Apolo no cuenta con aparatos transmisores de música funcional en el lobby ni en las habitaciones, ni televisores en lugares comunes del mismo, que no existe reproducción de repertorios musicales, que no hay aparatos reproductores, ni música funcional, ni música en vivo.-

Sin perjuicio de ello, hacen referencia a la existencia de televisores en las habitaciones del hotel. Destacan que los huéspedes que fijan su residencia temporaria en el hotel cuentan con aparatos de televisión que ellos mismos encienden si lo desean, y en caso de hacerlo, son quienes sintonizan los programas televisivos. Que por esta circunstancia ya abonan aranceles a ARGENTORES, por lo que no correspondería abonar por el mismo concepto otro arancel a una sociedad que, entienden, no se encuentra legitimada a tal efecto.-

Sostienen que el televisor en cada habitación integra el mobiliario o equipamiento de todo establecimiento hotelero de determinada categoría; se encuentra el aparato a disposición del huésped, al igual que un teléfono o cualquier otro artefacto afín.-Pero que el hotelero no realiza ningún acto de comunicación pública, solo el pasajero en la intimidad de la habitación podrá prender el televisor y recibir, como en su casa, el programa de su elección.-

Formulan consideraciones fácticas y jurídicas que hacen a su defensa.-Subsidiariamente, impugnan el monto de la pretendida tarifa.-Ofrecen prueba.-

III.- La providencia de fs. 67, abrió la causa a prueba, cuya producción transcurrió hasta el decreto de clausura del período probatorio, dictado a fs. 284 vta. A fs. 294 obra el alegato presentado por la parte demandada y a fs. 296/301 el de la parte actora Finalmente a fs. 302 se llamaron los autos a despacho para dictar sentencia.-

#### Y CONSIDERANDO:

I.- Persigue la actora en estos obrados el cobro de los aranceles que dice generados por la comunicación al público de grabaciones fonográficas en el ámbito del "Hotel Apolo" , de cuya explotación es titular la sociedad de hecho conformada por los demandados.-

Por su parte, estos últimos pretenden repeler la acción contra ellos iniciada, invocando que en el establecimiento hotelero mencionado no existen aparatos de reproducción de música funcional o radios, ni en las habitaciones ni en los lugares comunes del hotel; así como que tampoco hay televisores en lugares comunes

del mismo. Si bien reconocen que hay aparatos de televisión en las habitaciones, sostienen que la puesta a disposición de televisores en dichas habitaciones y su utilización por los huéspedes no configuran una comunicación pública de fonogramas comerciales, ya que es su cliente y no él quien realiza y decide tales usos.-

Como se ve, el argumento central de la defensa de los requeridos reside en que no hay aparatos que reproduzcan fonogramas en lugares comunes del hotel, extremo éste que se encuentra desvirtuado por la constatación realizada por la oficial de justicia, al diligenciar el mandamiento agregado a fs. 32/33, en el que da cuenta que en el desayunador del hotel existe un aparato de TV que transmite señal de televisión por cable. Ello por sí sólo echa por tierra los fundamentos esgrimidos en el escrito de responde.-

Mas, aún cuando así no fuera y únicamente hubiera aparatos de televisión en las habitaciones, tal como señalan los demandados, entiendo que tampoco ese extremo resulta argumento válido para el rechazo de la acción que se pretende.-

En efecto, a los fines del análisis de la cuestión sometida a decisión, he de recordar que el art. 35 del dec. 41.233/34 (T.O según decreto 1670/74), establece 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.-

Ahora bien, es importante en este estado determinar qué ha de entenderse por reproducción pública. En este sentido la O.M.P.I. como organismo internacional con máxima autoridad en la materia, señala que es comunicación pública o representación de obras fonográficas 'el hecho de hacer audibles los sonidos fijados en el fonograma o la representación de los mismos, por medio de todo tipo de mecanismo o proceso en el lugar en que las personas estén o puedan estar presentes (fuera del círculo normal de la familia)'. Por lo que cualquier utilización de un fonograma en ámbitos que objetivamente sean diferentes al exclusivamente familiar constituye ejecución pública, y más aun en los casos que dichos ambientes estén involucrados en una explotación comercial" (conf.: Delupí, Javier Eduardo en "Régimen legal aplicable a obras fonográficas por su difusión en habitaciones de hoteles y ambientes de acceso restringido" , publicado en LA LEY 2003-C, 184).-

En este sentido, la Sala A, de la Cámara Nacional en lo Civil, sostuvo en un caso en que por su importancia me permito transcribir textualmente aquí:" ... la recurrente ya en su responde 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. Rodríguez Miglio, publicado en 'X Congreso Internacional sobre Protección de los Derechos Intelectuales del Autor, Artista y Productor', Quito, 1995, p. 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 mismos términos el art. 33 de su decreto reglamentario (41.233/34), sostiene que es aquella que se efectúa -cualquiera que fueran 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 Rodríguez Miglio, op. cit. public. en 'X Congreso Internacional sobre Protección de los Derechos Intelectuales del Autor, Artista y Productor', Quito 1995, p. 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, p. 405, citado en Libro de esta sala, núm. 300.286, voto del doctor 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', 10/3/93, LA LEY, 1997-D, 151)...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 cuanto a los 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" (conf. CNCiv., Sala A; 05/04/2002 en autos "AADI CAPIF Asociación Civil Recaudadora c. Panatel S.A." , LA LEY 2003-C , 185)

De la doctrina sentada en el fallo transcripto, y que comparto, se concluye que al ser la habitación de un hotel diferente al domicilio familiar y en la cual se desarrolla una actividad comercial lucrativa, incluyendo aparatos de televisión por los cuales se difunden obras protegidas y se obtiene por el titular del establecimiento hotelero un beneficio directo incluido en el valor que el huésped le abona, se considera que los usos de fonogramas que allí se realicen tienen las características de comunicación pública y es aplicable su régimen legal de explotación.-

Asimismo, que la habitación de un establecimiento hotelero no es el domicilio familiar del alojado, y por lo tanto la ejecución de obras que por cualquier medio se realice en la misma se encuentra bajo el régimen de comunicación pública aplicable según la legislación nacional (conf. Delupí, J.E, en op. cit).-

No paso por alto el criterio sostenido por la Sala III de la Alzada en el pronunciamiento dictado en los autos "AADI CAPIF ACR CONTRA SUIZO SRL S/COBRO ORDINARIO DE PESOS" , (Expte. N° 317.571/4), citado por el demandado en su alegato, sin embargo como ya se vio, no es conteste la jurisprudencia en lo que al punto se refiere, a lo que se suma que, como ya dije, tampoco resultaría aplicable tal doctrina en estos obrados, al haberse demostrado a través del mandamiento de constatación agregado en autos que existe en el desayunador del hotel un aparato de televisión.-

Por todo ello, la presente demanda deberá tener favorable acogida.-

II.- En lo que hace a los períodos por los cuales se reclama en los presentes, he de señalar que la actora manifestó pretender el cobro de los aranceles devengados en el período comprendido desde el 01/11/2001 y 10/12/2004, como "asimismo los aranceles que se devengaren en el futuro – hasta la época de la sentencia- si el uso continuara..." (sic. Fs.9 punto 3.2).-

Si bien entiendo que para los supuestos en que se pretenda ampliar la demanda por nuevos plazos o cuotas de la misma obligación, resulta necesario acudir al procedimiento previsto por el art.331 del CPC y C., considero, que en este caso particular, en la medida que al correrse el traslado de la demanda, ningún cuestionamiento formularon los accionados en lo que a la extensión del período se refiere, he de admitir la pretensión en este sentido planteada. Súmase a ello, que, además, si hubiera variado la situación fáctica en que se funda el reclamo, debió la parte demandada pronunciarse en autos al respecto, teniendo en cuenta lo establecido en el art.919 del Código Civil, por cuanto para la modificación de dicho statu-quo tenía obligación de expresar que dicha relación se modificaba. Por ello, al no haberlo hecho, corresponde se condene a los demandados al pago de los aranceles devengados desde el 01/11/2001 hasta la fecha de este pronunciamiento (conf. en similar sentido, CCiv. y Com. de Nqn., Sala II, "AADI CAPIF ACR c/ Alonso Antonio s/ Cobro Ordinario De Pesos" , expte. N° 1124-CA-1, del 23 de abril de 2002).-

Ahora bien, con relación al valor que corresponde aplicar para la fijación del arancel, he de señalar que el rubro 51 de la res. 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'.-

La perito contadora designada en autos, informó que la tarifa vigente al 7/7/2010, para una habitación quintuple era de \$440 y una cuádruple de \$360. Que no obstante ello, el cálculo de los aranceles por los cuales se reclamó en estos obrados, lo hizo sobre la base de la habitación cuádruple, ya que en el hotel existe una sola habitación quintuple, y en muchos casos se le facturaba al cliente como una cuádruple (ver pericia fs.250/257).-

Al rendir las explicaciones requeridas por la parte actora, la Contadora Gutiérrez expresó que: "De acuerdo a la facturación presentada de una muestra de casi 9 años, no se consiguió determinar fehacientemente el precio de la habitación quintuple, por lo que de acuerdo a la realidad demostrada, esta perito consideró procedente realizar los cálculos pertinentes de acuerdo al precio de la habitación cuádruple. Debo decir, además, que no se verificó en la documentación aportada precio de la habitación quintuple, salvo en un mes de un solo año..." (sic. fs. 280, el destacado me pertenece).-

Por los fundamentos brindados por la experta, considero razonable la pauta empleada para el cálculo de los aranceles. Ello así, máxime si se tiene en cuenta que, como ya dije precedentemente, el espíritu de la norma arancelaria tiene relación directa con el beneficio obtenido por el hotelero, con motivo de la propagación de fonogramas.-

III) En definitiva, la presente demanda prospera por la suma que arroje la liquidación que deberán efectuar las partes en la etapa de ejecución de sentencia, por los períodos precedentemente indicados, y considerando las pautas establecidas en la pericia contable para la fijación del arancel mensual.-

A la suma que arroje cada uno de los períodos adeudados deberán adicionarse los intereses que se calcularán desde la mora de cada período y hasta el 31 de diciembre del año 2007, de conformidad con a la tasa promedio entre la activa y la pasiva, aplicada por el Banco de la Provincia del Neuquén, y a partir del 1° de enero del año 2008 y hasta su efectivo pago, la tasa activa que aplica la mencionada institución bancaria (conf. Sala III de la Excma. Cámara del Fuero de esta circunscripción, en los autos "BASILE MARTA EMILIA CONTRA VÍA BARILOCHE SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS" , Expte. 331.723/05, del 9-9-10).-

Atento la forma en que se decide, y en virtud del principio objetivo de la derrota, las costas del presente, deberán ser soportadas por la parte demandada (art. 68 CPC y C).-

Por ello, en virtud de lo expuesto precedentemente y con los indicados alcances, juzgado en definitiva, FALLO: 1) Haciendo lugar a la demanda, y en consecuencia condeno a Oscar Gendelman y Marcelo Berenguer, a abonar a la actora la sumas que arroje la liquidación que deberá presentarse en la etapa de ejecución de sentencia, conforme las pautas precedentemente establecidas, dentro del plazo de diez días de quedar firme la aprobación

de la aludida planilla; 2) Imponiendo las costas a la parte demandada (art. 68 CPC y C); 3) Difiérase la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto obre en autos planilla aprobada; 4) Asimismo, una vez aprobada la respectiva planilla, determínese por Secretaría el monto de la tasa de justicia y contribución colegial que deberán abonar los condenados en costas.-

**REGISTRESE Y NOTIFIQUESE.-**

**PAULA I. STANISLAVSKY**

**JUEZ**

**Regístrese.-**