

Cobro De Pesos Derechos ActORAles Aranceles Televisores En Las Habitaciones De Un Hotel

JURISPRUDENCIA

Cobro de pesos. Derechos actORAles. Aranceles. Televisores en las habitaciones de un hotel

Se confirma el fallo que hizo lugar a la demanda de cobro de aranceles actORAles a raíz de los televisores que tiene el hotel demandado en sus habitaciones.

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 22 días del mes de mayo de dos mil diecinueve, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala I de la Cámara Civil para conocer en los recursos interpuestos en los autos ?S.A.G.A.I. (SOC. ARG. DE GESTION DE ACTORES INTERPRETES) c/ EMBASSY SACIF Y OTRO s/COBRO DE SUMAS DE DINERO? respecto de la sentencia de grado el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía hacerse en el orden siguiente: Dres. RODRIGUEZ, GUIADO y CASTRO. A la cuestión planteada el Doctor Rodríguez dijo: 1. La sentencia de fs. 175/8 vta., hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenó a Embassy S.A.C.I.F. a pagar a la actORA la suma que resulte de la liquidación que deberá practicarse en la etapa de ejecución de sentencia conforme los parámetros fijados en el considerando V y dentro del plazo de diez días de aprobarse la misma, con más los intereses y las costas de juicio. Contra dicha decisión se alzan la demandada y la parte actORA, quienes expresaron sus agravios a fs. 184/6 vta. y a fs. 188/9 vta., cuyos traslados fueron respondidos a fs. 193/4 y 196/9. Llega firme a esta segunda instancia lo decidido en la primera sobre la aplicación de la ley con relación al tiempo, por lo que los recursos serán revisados conforme la legislación vigente al momento de los hechos, temperamento correcto en virtud de lo dispuesto en el art. 7mo del Código Civil y Comercial de la Nación. 2. Para decidir de la manera indicada, en el claro pronunciamiento recurrido se parte de la base que el reclamo formulado por la actORA encuentra sustento en la Resolución n° 181/2008 dictada el 16/04/2008 por el Secretario de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, que aprueba el listado arancelario contenido en el anexo en el que se establecen los derechos retributivos que deben abonar los usuarios por la explotación, puesta a disposición interpretativa o comunicación al público en cualquier forma, en las interpretaciones actORAles o de danza fijadas en grabaciones audiovisuales y otros soportes (art. 1°). En este derrotero, avanzó en que la gabela reclamada de autos encuadra en el supuesto contemplado en el art. 5.1 del ANEXO de la mentada normativa referida a establecimientos de alojamiento u hospedaje, en cuya virtud deberán pagar: mensualmente por la comunicación pública dentro de las habitaciones un importe igual al precio promedio de tres (3) habitaciones con más el 2 % de la suma que resulta de multiplicar la cantidad de habitaciones por el precio promedio de la habitación (inc.a); y por la comunicación pública efectuada en el Lobby, Restaurante y/o bar, el valor de 30 cafés mensuales por cada televisor (inc. b). Para desbaratar la negativa de la demanda respecto a la actividad que se le pretende computar: ?la explotación de un hotel en el que se ofrece a sus pasajeros el servicio de televisión?, la fundada sentencia se basa en el contenido del acta glosada a fs. 32, labrada por la oficial de justicia que nombra, en ocasión de la diligencia realizada en el establecimiento explotado por la requerida, en la parte que dice lo siguiente: ?...siendo las 13: 10 horas, me constituí juntamente con la autorizada...en el domicilio indicado, donde fuimos atendidos por una persona que dijo ser Maximiliano Mazzetti DNI ..., a quien le impuse debidamente de mi cometido (...) A continuación el Sr. Mazzetti manifiesta que en el hotel Embassy existen al momento 47 (cuarenta y siete) habitaciones que tienen aparatos de televisión, no existiendo aparatos en otros ambientes del lugar. Acto seguido el Sr. Mazzetti exhibe una habitación del hotel con el aparato citado. Seguidamente y luego de una recorrida por los sectores públicos del lugar no encontrando televisores doy por finalizado el acto a solicitud de la autorizada...?. Arriba firme a esta alzada la certera calificación como instrumento público en los términos del art. 979, inc. 2° el Código Civil de Vélez del acta referida que se desliza en la sentencia apelada, así como la consecuencia jurídica de no haberla argüido de falsa, por acción civil o criminal y declarada tal por los jueces, que de ello se extrae: ?hacer plena fe de la existencia material de los hechos que la oficial de justicia anunció como cumplidos por ella misma o que han pasado en su presencia (art. 993, CC)?. Un vez que dejó esclarecido ese robusto valor probatorio, sobre tal piso de marcha seguro, concluyó que quedaron acreditadas en forma categórica e inequívoca las circunstancias fácticas en que se funda la pretensión de la actORA, extremo que lo llevó a admitir el pretendido cobro de los derechos retributivos establecidos en la normativa mencionada. No obstante, reflexionó que no es admisible retrotraer el derecho a la percepción de los aranceles a la fecha indicada en el escrito de postulación (30/05/2008), puesto que la actORA no ha rendido prueba tendiente a demostrar que la emplazada, a esa fecha, tuviera en todas las habitaciones del hotel o en los espacios comunes de uso público de aparatos reproductores de interpretaciones actORAles y/o grabaciones audiovisuales, con cita el art. 377 del Código Procesal. 3. La demandada se agravia porque considera que en la sentencia media una errónea valoración de la mencionada probanza, y desarrolla una serie de argumentos

que giran en torno a una misma idea fuerza, que es la de catapultar la hipótesis fuera del ámbito de la citada Resolución n° 181/2008 dictada el 16/04/2008 por el Secretario de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, reglamentaria del art. 56 de la ley 11.723. En esa línea argumental, adujo que en realidad explotaba sólo 15 de las 48 unidades mencionadas como Appart Hoel y no en un esquema de negocio hotelero, ya que aquellas son habitacionalmente independientes, toda vez que cada una cuenta con su propio baño, cocina o kitchenette, dormitorio etc..., de modo que quienes las rentan se asemejan más a inquilinos de departamentos amueblados, que a pasajeros de un hotel tradicional. De la mano de esa descripción de la explotación, afirma que no existe transmisión, difusión o propagación de obra alguna ejecutada de manera pública, a la vista de todos, ya que la vida de los habitantes transcurre dentro de los departamentos y no en las partes comunes del edificio. En ese contexto, analiza la constatación de fs. 32 aludida, en la parte que expresa: 'A continuación el Sr. Mazzetti manifiesta que en el hotel Embassy existen al momento 47 (cuarenta y siete) habitaciones que tienen aparatos de televisión, no existiendo aparatos en otros ambientes del lugar?', y al valorarla, arriba a un distinto punto de vista. Postula en efecto que 'esta afirmación de la Oficial de justicia de ningún modo prueba que existan 47 habitaciones funcionando. No es lo que dice el interlocutor interpelado por el oficial de justicia, quien limita a mencionar la mera existencia de esas habitaciones sin que se hubiese probado que estuviesen en servicio?.'

Cita la otra parte del acta que acredita que en los sectores públicos del lugar no hay reproductores de TV y vierte otros argumentos que danzan siempre en torno a la misma finalidad. Luego, como derivación del primer agravio, en el enunciado como segundo, rezonga porque el decisorio objetado omitió pronunciarse sobre la defensa orientada a emplazar el supuesto en la excepción 'domicilio exclusivamente familiar' prevista en el art. 33 del decreto 41.233/34 (t.o. según decreto 9723/45), circunstancia que origina una falta de legitimación pasiva para obrar, que la excluye del pago de los aranceles respectivos. Se basa en una serie de alegaciones, a las que cabe hacer remisión por razones de brevedad, enderezadas a sostener que no puede reputarse público al ocupante o a las personas que permanecen dentro del departamento rentado, dado que pertenecen al mismo círculo familiar, de suerte tal que la transmisión de TV puesta a su disposición no puede calificarse de pública pues ese concepto implica una pluralidad de personas no ligadas por las relaciones que existen entre sí. En lo que hace al marco normativo a la luz del cual debe ser examinada esta problemática, y la normativa específica que la rige, no cabe sino adherir a la opinión que sostiene: 'La materia de los derechos intelectuales está regulada no sólo por la legislación interna sino por convenios internacionales ratificados por nuestro país (especialmente, Convención de Berna, en su versión Bruselas de 1948 y París de 1971, leyes 17.251 y 25.140 -Adla, XXVII-A, 241; LIXD, 3879). De allí la utilidad del análisis de la doctrina y jurisprudencia de los países-partes, desde que tratándose de normas que tienen su base en los tratados internacionales, lo deseable es alcanzar una cierta armonización jurisprudencial; de otro modo, la celebración de un tratado internacional queda privado de todo valor práctico, desde que lo que se ha pretendido unificar queda desarmonizado por la jurisprudencia (ver Delupí, Javier Eduardo, 'Comunicación al público en materia de propiedad intelectual' Publicado en: LA LEY 17/04/2006, 6 - LA LEY 2006-B, 653-, y la cita de Kemelmajer de Carlucci). El más remoto de los antecedentes que se podría citar, al menos de los que han abordado el tema de una manera sistemática o con una razonable organización, es la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Roma 26/10/1961), aprobada por la Ley 23.921 (sancionada el 21/3/1991), que en su art. 3, entre otros términos, da la noción de 'publicación' como al hecho de poner a disposición del público, en cantidad suficiente, ejemplares de un fonograma, y de lo que debe entenderse por 'emisión' como la difusión inalámbrica de sonidos o imágenes y sonidos para su recepción por el público. Por su parte el art. 12 bajo el título de 'Utilizaciones Secundarias de los Fonogramas' prescribe que: 'Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración?'. Tal como se lo hace notar en la doctrina, este ordenamiento, suele citarse como el primer antecedente normativo de fuente convencional que da reconocimiento ecuménico a los derechos de los artistas, intérpretes y a los productores de fonogramas (Delupí, Javier Eduardo: 'trabajo citado?'). En esa Convención, se define al artista intérprete o ejecutante como todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística. No fija posición acerca de la naturaleza jurídica de ese derecho, pero en la doctrina y legislación extranjeras se lo trata como un derecho 'vecino al de los autores?'. En nuestro medio se ha expresado que los derechos de los intérpretes o ejecutantes tiene perfiles propios y originales, que se originan en una actividad artística que debe ser protegida como acto inseparable de la actividad personal, que puede independizarse de la persona a través de la fijación, la radiodifusión o la proyección pública, casos éstos últimos de habitual administración colectiva vinculada a las entidades profesionales (ver Emery, Miguel Ángel: 'Propiedad Intelectual?', p. 244, y sus citas). Irrumpen después, a nivel internacional, la Convención de Berna para

la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (adoptado en Berna el 9/9/1886) aprobada por ley 17.251, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), sobre interpretación y ejecución de fonogramas y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derechos de autor, aprobados por ley 25.140. El art. 10 del OMPI sobre interpretación o ejecución de fonogramas dispone: "Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija?". Por su parte el art. 15 de dicho tratado señala que: "1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales?...? 4) A los fines de este Artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales?.. En la definición dada por el Tratado quedan incluidos los usos a través de medios indirectos, ya que se refiere a la "representación de sonidos de un fonograma" la cual obviamente se puede realizar a través de la utilización de soportes, tales como CDs, cassettes, archivos digitales, etc. o mediante la difusión a través de señales audiovisuales o exclusivamente sonoras que sean difundidas en lugares diferentes al ámbito familiar. En el orden nacional la extensión de los derechos de explotación de los titulares de derechos de propiedad intelectual vinculados con bienes culturales y artísticos está prevista en el art. 2º de la ley 11.723 y reglamenta los derechos de comunicación al público de interpretaciones y fonogramas a través del dec. 1670/74 (Adla, LI-C, 2898) estableciendo que: "Los discos fonográficos y otros soportes de fonogramas no podrán ser comunicados al público, ni transmitidos o retransmitidos por radio y/o televisión, sin autorización expresa de sus autores o sus derechohabientes. Sin perjuicio de los derechos que acuerdan las leyes a los autores de la letra y los compositores de la música y a los intérpretes principales y/o secundarios, los productores de fonogramas o sus derechohabientes tienen el derecho de percibir una remuneración de cualquier persona que en forma ocasional o permanente, obtenga un beneficio directo o indirecto con la utilización pública de una reproducción del fonograma; tales como: organismos de radiodifusión, televisión, o similares; bares; cinematógrafos; teatros; clubes sociales; centros recreativos; restaurantes; cabarets, y en general quien los comunique al público por cualquier medio directo o indirecto.? En cuanto al derecho de autor de obras musicales, literarias y dramáticas, el art. 36 de la precitada ley 11.723 expresamente establece el régimen de autorización en los siguientes términos: Los autores de obras literarias, dramáticas, dramáticomusicales y musicales, gozan del derecho exclusivo de autorizar: a) La recitación, la representación y la ejecución pública de sus obras; b) La difusión pública por cualquier medio de la recitación, la representación y la ejecución de sus obras. Y continúa diciendo en aplicación tanto a obras e interpretaciones musicales y fonogramas, que: "A los efectos de esta ley se consideran como representación o ejecución pública, la transmisión radiotelefónica, exhibición cinematográfica, televisión o cualquier otro procedimiento de reproducción mecánica de toda obra literaria o artística. Por su parte, el art. 56, primera parte, prescribe que el intérprete de una obra literaria o musical, tiene derecho de exigir una retribución por su interpretación difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra sustancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual. El Decreto 746/73, reglamentario del recién citado dispositivo, considera intérpretes a las siguientes personas: a) al director de la orquesta, al cantor y los músicos ejecutantes, en forma individual; b) al director y los actores de obras cinematográficas y grabaciones con imagen y sonido en cinta magnética para televisión y c) al cantante, bailarín y o toda otra persona que represente un papel, cante, recite, interprete o ejecute en cualquier forma que sea, una obra literaria, cinematográfica o musical. En concordancia con el art. 36 de la ley 11.723, el art. 33 del decreto reglamentario de la ley de propiedad intelectual 41.233 expresa que: "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, aún dentro de este, cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior?. Asimismo, ésta misma norma indica como responsables del pago del arancel fijado por el régimen de licencia legal aplicable a fonogramas e interpretaciones editadas a: "cualquier persona que en forma ocasional o permanente, obtenga un beneficio directo o indirecto con la utilización pública de una reproducción del fonograma... y en general quién los comunique al público por cualquier medio directo o indirecto?.

Definidos los contornos de esta suerte de atmósfera jurídica en cuyo seno debe definirse la cuestión sometida a recurso, vale recordar ahora que tal como se lo señala en el decisorio atacado, la Resolución nº 181/2008 dictada el 16/04/2008 por el Secretario de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, aprueba el listado arancelario contenido en el anexo en el que se establecen los derechos retributivos que deben abonar los usuarios por la explotación, puesta a disposición interpretativa o comunicación al público en cualquier forma, en las interpretaciones actorales o de danza fijadas en grabaciones audiovisuales y otros soportes (art. 1º). Por su parte, el art. 3, punto 5.1. del ANEXO del mencionado ordenamiento prescribe que

ESTABLECIMIENTOS DE ALOJAMIENTO U HOSPEDAJE: se consideran a aquellos que tengan por actividad principal la prestación de servicios de alojamiento a huéspedes y viajeros mediante compensación económica. A efectos indicativos se consideran tales los hoteles, hostales, pensiones, albergues y casas rurales. Las presentes tarifas también serán de aplicación en hospitales, clínicas, sanatorios y residencias de la tercera edad. Y se establece que deberán pagar: mensualmente por la comunicación pública dentro de las habitaciones un importe igual al precio promedio de tres (3) habitaciones con más el 2 % de la suma que resulta de multiplicar la cantidad de habitaciones por el precio promedio de la habitación (inc. a). Esto así, vale destacar que de acuerdo a lo que surge del informe del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de fs. 124, para el inmueble sito en Av. Córdoba N° 860 obra una constancia de habilitación por EXPEDIENTE N° 39.328/1979, para desarrollar los rubros de APPART RENT O APPART HOTEL, otorgada por Resolución N° 974/SSIG/1983 con fecha 14/02/1983. En este sentido, concuerdo con lo sostenido en la respuesta de fs. 196/9, en cuanto que tanto la Ordenanza Municipal N° 36.236/80 (capítulo II, art. 7, inc B), como la ley 4632/13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 11, inc. B), califican al Appart Hotel como servicio de alojamiento turístico, que en lo pertinente, es definido como aquél que se presta en establecimientos de uso público, en forma habitual o temporaria, por una tarifa y un período determinado, al que pueden sumarse otros servicios complementarios (art. 3°, última ley citada). Ello así, sea que el edificio en cuestión sea explotado conforme a los rubros para los que fue habilitado, como Appart Hotel, o fuera de ella, como servicio de hotelería (ver acta de fs. 32), por sus notas características, en ambos casos las actividades quedan enmarcadas en la órbita del art. 3°, punto 5.1, de la mencionada Resolución n° 181/2008 de la Secretaría de Medios, dado el carácter meramente enunciativo de la enumeración que allí se realiza como el mismo dispositivo lo indica. De ahí que ningún reproche merezca la circunstancia de que el colega de grado no se hubiera inmiscuido en esta discusión, porque en última instancia, a los fines que interesan para la solución del conflicto, lo que importa es si media un servicio de alojamiento u hospedaje en los términos del recién citado dispositivo, situación que se verifica en las dos modalidades de explotación mencionadas. Difiero también con el apelante en que la primera parte del acta de constatación que transcribe autorice efectuar la interpretación que postula, porque si el nombrado Mazzetti que los recibiera en el edificio aseveró que al momento 47 habitaciones tienen aparatos de televisión, ante la ausencia de otras probanzas que indiquen lo contrario, lo lógico, de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, es suponer que todas ellas estaban en servicio, conforme la explotación que se le da al establecimiento. A todo evento, corresponde considerar que la difusión de fonogramas musicales en las habitaciones de un hotel importa un uso público y, no es necesario que se acredite la efectiva emisión del repertorio musical, basta con la puesta a disposición de las obras musicales o actorales -por parte del hotelero- a través de la instalación de televisores en las distintas habitaciones para que sea sujeto pasivo del arancel correspondiente. En cuanto al segundo agravio, corresponde señalar que aunque con el acta puede tenerse por comprobado que no hay reproductores de televisión en los sectores comunes del edificio, lo cierto es que la obligación de abonar a la actora por las comunicaciones al público efectuadas en las habitaciones del establecimiento, y la consecuente imposibilidad de equipararlas al supuesto de excepción alegado ¿domicilio exclusivamente familiar?, no obstante que la discusión se mantiene viva en otros ámbitos e incluso a nivel jurídico en el orden internacional, entre nosotros y en nuestro métier o quehacer profesional, es una cuestión que quedó zanjada ya desde el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la causa ?AADI CAPIF ACR C/ CARTALINAS SUITES S.A. S/ COBRO DE SUMAS DE DINERO?, ?AADI CAPIF ACR C/ ARGOT S.A. Y OTRO S/ COBRO DE SUMAS DE DINERO? Y ?AADI CAPIF ACR C/ HUNG PAI YING Y OTRO S/ COBRO DE SUMAS DE DINERO?, del 15/09/2005, donde se resolvió: ?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). En este mismo precedente se argumenta que ?La mera designación del ámbito como público o privado es insuficiente, es decir que, un lugar privado como es la habitación donde se aloja el huésped de un hotel no determina por sí que la comunicación de música que se efectúa en él no sea ?comunicación pública. Cuando una palabra (público?) es susceptible de tener diversos significados en el ámbito del derecho a la intimidad y en el de los derechos intelectuales, debe estarse a la significación que tiene para este último, por ser la normativa específica que regula las cuestiones atinentes a tales derechos. Lo privado para el derecho a la intimidad puede ser público para los derechos intelectuales como lugar de recepción de obras protegidas (SC Mendoza, sala I, ?in re? ?Sociedad de Autores y Compositores de Música SADAIC en j° 109.905 SADAIC c. Casablanca p/cobro de pesos s/inc. cas.?, del 26/05/2004, publicado en elDial.com-editorial albremática, 11/6/04). Difieren los objetivos contemplados en cada caso, pues a los efectos del derecho a la intimidad lo que busca el legislador y el juez es proteger el poder jurídico, que corresponde a toda persona, de conducir su vida con un mínimo de interferencias. Por el contrario, en el caso del derecho patrimonial de autor y de los derechos conexos de intérpretes y productores de fonogramas, el fin general de la protección y el que preside la calificación de un lugar como privado o público es 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. Es de hacer notar que 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. Desde otro ángulo también cabe agregar que la comunicación de música a los huéspedes dentro de las habitaciones del hotel en las cuales se encuentran alojados, cualquiera sea la modalidad de su difusión, es pública aunque el lugar no sea público porque su transmisión la realiza un intermediario -el hotelero- para personas que no forman parte de su círculo familiar o el de sus amigos íntimos. En consecuencia, la propagación de música en estas circunstancias no puede quedar circunscripta dentro de la excepción -domicilio exclusivamente familiar- prevista en el artículo 33 del decreto-ley 41.233 (t.o conforme decreto 9723/45). Es así porque, como se ha dicho, a la luz de la legislación argentina ya citada, y bajo la tutela sobre los bienes intelectuales que ofrece la añosa ley 11.723, el concepto de 'público receptor' debe buscarse más allá de la simple agrupación de personas en un mismo lugar. Por lo tanto, los usos que se realicen en las habitaciones de los hoteles bajo la responsabilidad del titular del establecimiento hotelero es generalmente una forma de comunicación al público por medios indirectos que se efectúa mediante la recepción de señales transmitidas, o retransmitidas, por emisoras de radio, televisión abierta, cables, o servicios satelitales y que, por lo tanto, se deben separar ambos usos. Que si bien son simultáneos, a la vez, son diferentes en razón de que ambos (medio emisor y hotel receptor) obtienen un beneficio directo o indirecto por tal utilización en un lugar diferente al exclusivamente familiar, a pesar de que no medie un intervalo entre la emisión y la recepción, por lo que se configuran dos usos, que aunque simultáneos, son distintos (Delupí, Javier Eduardo: 'trabajo citado' y sus citas). En similar sentido se ha expedido nuestro Más Alto Tribunal en los fallos dictados en las causas 'AADI CAPIF A.C.R. C/ANSEDE Y CIA S.R.L. Y OTRO? Y 'AADI CAPIF Asociación Civil recaudadora C/ HOTEL BELGRANO S.A.?', del 14/11/2006, todo lo cual deja sin ningún sustento fáctico - jurídico este segundo cuestionamiento. En el primero de los nombrados, el 14 de noviembre de 2006, hizo suyo el dictamen del Sr. Procurador General por el que se aconsejó admitir el recurso extraordinario y revocar la Sentencia de Cámara la que sostuvo que la habitación de un hotel ocupada por un huésped debía entenderse como un ámbito doméstico o familiar conforme con los términos del art. 33 del decreto 41.233/34 y, en consecuencia, la retransmisión de música, a propósito del televisor de la habitación de un hotel, no era controlable por los inspectores y cobradores de la recaudadora civil por razones de imposibilidad fáctica y de privacidad. Se sostuvo en dicho dictamen que la decisión de Alzada no se hizo cargo del carácter restrictivo con el que corresponde abordar las exenciones al principio rector en la materia, dirigido a reconocer un estipendio equitativo a sus titulares, por el empleo de 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 las cuestión en disputa, las que 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. Se consideró además que el fallo en recurso dejaba de lado las disposiciones contenidas en los arts. 33 y 35 del decreto N° 41.233/34 los que permitirían incluir como usuario de los fonogramas al empresario hotelero, con prescindencia de los eventuales huéspedes alojados en las habitaciones del establecimiento, respecto de quienes -prima facie- mediaría una puesta a disposición de las obras a través de los televisores instalados en ellas. El mismo criterio fue seguido por la Corte Federal en la otra sentencia mencionada, también del 14/11/2006 en la citada causa 'AADI-CAPIF, Asociación Civil Recaudadora c. Hotel Belgrano S.A s/ cobro de pesos?', referida al reclamo de aranceles por la propalación en un hotel de música funcional, en la que se resolvió que el uso que efectuaba el empresario hotelero comportaba un uso distinto al que realizaba la empresa proveedora de la música funcional y, por tanto, estaba arancelada sin que debiera atenderse a propósitos lucrativos o giros empresariales específicos para eximirlo del pago establecido en la reglamentación. En consecuencia, considero que corresponde disponer el íntegro rechazo de las quejas vertidas por la parte demanda. 3. En lo que hace al agravio de la actora, vale recordar en primer término que la Ordenanza Municipal que menciona N° 36.136/80, reguló ciertos requisitos mínimos que los 'alojamientos turísticos' debían reunir, según su categoría, para operar como tales en el mercado. En ella, la exigencia de equipar las habitaciones con televisión fue prevista sólo para los hoteles que exhibieran una categoría superior de 5 y 4 estrellas, pero no resultaba un requisito mínimo para los de 3 a 1 estrella y en cuanto a los apart - hotel, únicamente para los de máxima categoría en ese tipo de alojamientos turísticos, de 3 estrellas. En el caso no se aportó prueba alguna que demuestre que el establecimiento de la demandada tuviera esa calificación. Al contrario, si se tomaran como ciertos los datos que el personal del lugar le brindara al perito contador, aquél sería categoría C, 2 estrellas (fs. 136), no obstante el muy relativo y menguado valor probatorio que puede asignarse a esta expresión. De ahí que el reproche que se le formula al decisorio atacado en

el sentido de que toma una postura alejada de toda la normativa vigente para establecimientos hoteleros es injustificado, si además se pondera que fue recién con la ley 4631, del año 2013 que la televisión en las habitaciones con servicio de cable o similar es obligatorio para hoteles y apart hoteles en todas las categorías (art. 12, ap. 2-e). Si bien entonces, el ordenamiento normativo en su rostro formal no parece en el caso prestar apoyo a las quejas, entiendo sin embargo que sí encuentran sustento en los usos y costumbres de ese sector de la actividad que se alegan, porque por la ubicación del establecimiento, y las demás características y servicios que presta, puede presumirse con un altísimo grado de verosimilitud, cercano a la certeza, que para el año 2008 contara con aparatos de TV en sus habitaciones, por resultar de público y notorio que ello ocurría para entonces en los alojamientos de su tipo e incluso en otros de inferior categoría y ubicados en zonas menos privilegiadas de la ciudad. En nuestro sistema legal la ley es la fuente principal de normas del derecho objetivo, pero no la única, la costumbre también elabora preceptos de aplicación general. Junto a la ley, forma deliberada de creación del derecho, existe otra modalidad, espontánea, que es el derecho consuetudinario (ver Belluscio-Zannoni: ?Código Civil, Comentado, Anotado y Concordado?, t. 1, p. 90). En tanto ella no contradiga normas imperativas -contra legem- en nuestro ordenamiento tiene aval y puede erigirse en fuente creadora de derecho en las otras alternativas a los que se refiere el art. 17 del Código Civil, costumbre -secundum legem y proaeter legem-. En un supuesto como el sometido a recurso, aunque por hipótesis en los contratos de hospedaje que el establecimiento demandado celebrara con sus clientes esa prestación no figurara de manera expresa, como ya se lo adelantara, es un hecho notorio que ella estaba implícita, impuesta como regla obligatoria e indispensable, por una práctica arraigada de manera generalizada y repetida en todos los establecimientos similares del lugar donde está emplazado el de la accionada. Dicha situación, naturalmente encuadra en el inc. 6º, del art. 218 del Código de Comercio, y por esa semejanza de comportamientos entre alojamientos similares a los de la demandada, con las notas típicas de generalidad, repetición, duración y continuidad, llena la noción de costumbre, entendida como la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de la comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica (ver Belluscio-Zannoni: ?ob. cit.?, t 1, p. 91 y sus citas doctrinarias y jurisprudenciales). En función de estos argumentos y de las normas legales recién citadas, a las que agrego lo dispuesto en los arts. II y V, del Título Preliminar del Código de Comercio, considero que el agravio de la parte actora debe tener favorable acogida y que sólo en este aspecto, corresponde modificar la sentencia apelada. En consecuencia, si mi criterio fuera compartido, correspondería rechazar íntegramente los agravios de la demandada, admitir los de la parte actora y, en consecuencia, confirmar la fundada sentencia apelada en lo principal que decide, y modificarla sólo en cuanto fija como inicio de los períodos adeudados la fecha del acta de constatación del 12 de diciembre de 2013 y extender la condena a todo el período reclamado desde el 30 de mayo de 2008. Las costas de alzada corresponde imponerlas a la parte demandada, que resultó sustancialmente vencida (art. 68 del Código Procesal). Sobre la cuestión planteada la Dra. Guisado dijo: Que me adhiero al voto de mi distinguido colega preopinante en cuanto a todo lo que propone en el mismo con la siguiente aclaración respecto de los agravios de la parte actora. Si bien coincido con la solución propiciada me permito agregar que en definitiva más allá de los usos y costumbres que alega dicha parte en su queja, lo cierto es que la demandada ninguna prueba aportó que pudiera acreditar desde cuándo en todo caso los televisores se encontraban disponibles en las habitaciones. Es que, de conformidad con la teoría de las cargas dinámicas probatorias, ella se encontraba en mejores condiciones de aportarla, basta con que acompañara el comprobante de pago y adquisición de los televisores, lo que daría cuenta de la fecha en que pudieron haberse comenzado a utilizar. Tal orfandad probatoria conjuntamente con los fundamentos expuestos en el voto que antecede me convencer de la razonabilidad de la decisión propuesta. Por razones análogas, la Dra. CASTRO adhiere al voto que antecede con la salvedad efectuada por la Dra. GUIADO.

Con lo que terminó el acto. Se deja constancia de que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Informática Judicial a los fines previstos por las Acordadas 15/13 y 24/13 de la C.S.J.N. PAOLA M. GUIADO JUAN PABLO RODRIGUEZ PATRICIA E. CASTRO MARIA BELEN PUEBLA SECRETARIA

Buenos Aires, ... de mayo de 2019. Por lo que resulta de la votación sobre la que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: confirmar la sentencia de grado en lo principal que decide, y modificarla sólo en cuanto fija como inicio de los períodos adeudados la fecha del acta de constatación del 12 de diciembre de 2013 y extender la condena a todo el período reclamado desde el 30 de mayo de 2008. Las costas de alzada se imponen a la parte demandada, que resultó sustancialmente vencida (art. 68 del Código Procesal). Notifíquese, regístrese y devuélvase. MARIA BELEN PUEBLA SECRETARIA

042122E