

*Procuración General de la Nación*

S u p r e m a      C o r t e :

-I-

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala II, confirmó la decisión del juez de la anterior instancia que rechazó el reclamo de aranceles derivados de la propalación en un hotel de grabaciones fonográficas (v. fs. 171/174). Para así decidir, apreció, en lo sustancial, que la obligada al abono de aranceles es la empresa que difunde la música funcional, pues provee el servicio con ánimo de lucro, y no quien lo recepta -Hotel Belgrano S.A.- que se limita a contratar un servicio extraño a su propio giro empresarial. Lo expresado es así, todo vez que la reglamentación arbitra un mecanismo arancelario selectivo, referido al grado de incidencia objetiva que con la propalación de la música concreta quien la emplea en procura de un aprovechamiento económico (cfse. fs. 198/199).

Contra dicha decisión, la actora deduce apelación federal (v. fs. 202/220), que fue contestada (fs. 223/224) y concedida en lo que atañe a los agravios basados en el artículo 14, inciso 3°, de la ley n° 48; no así, en lo que se refiere a la causal de arbitrariedad de la sentencia y en lo relativo a la trascendencia y gravedad institucional (fs. 226).

-II-

Expuesto en resumen, reprocha la quejosa el apartamiento y errónea interpretación de los artículos 1 y 56 de la ley n° 11.723; 33 del decreto n° 41.233 /34; 1° del decreto n° 1670/74; y 1 y 2 del decreto n° 1671/74. También la vulneración del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, al preterirse la Convención de Roma y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Inter-

pretación o Ejecución y Fonogramas -aprobados por las leyes n° 23.921 y 25.140, respectivamente-; y la desacertada inteligencia de los rubros n° 51 y 52 de la resolución de la Secretaría de Prensa y Difusión n° 100/89. Arguye, además, una hipótesis de arbitrariedad y gravedad institucional y la afectación de la garantía reglada en el artículo 17 de la Ley Fundamental y en los preceptos concordantes de tratados internacionales generales y especiales sobre la materia.

Pretende, en definitiva, que se admita que ejecución pública es la que se lleva a cabo, cualquiera sean los fines de la misma, en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar; que el arancel requerido retribuye el uso secundario de la música ambiental por el hotel -que obtiene de ello un beneficio indirecto incluido en la tarifa del hospedaje-; que concurren en el caso dos usos diferenciados de la música propalada, alcanzados respectivamente por los rubros 51 y 52 de la resolución n° 100/89; y que la sentencia torna gratuita la licencia instaurada por la preceptiva correspondiente (fs. 202/220).

-III-

En lo que nos ocupa, la peticionaria, AADI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora, inició demanda por cobro de pesos contra "HOTEL BELGRANO S.A.", reclamando los aranceles legales derivados de la comunicación al público de grabaciones fonográficas verificada en las habitaciones y el restaurante del citado establecimiento y la observancia de lo previsto por el artículo 40 del decreto n° 41.233/34. Citó diversas reglas de los decretos n° 1670 y 1671/74, ley n° 11.723, resolución SPD n° 100/89; Convención de Roma y Constitución Nacional; y el antecedente registrado en Fallos: 321:2223, entre otros extremos (v. fs. 46/56), con énfasis en la garantía específica

*Procuración General de la Nación*

referida a la propiedad intelectual del artículo 17 de la Ley Suprema y en el artículo 12 del Acuerdo ratificado por ley n° 23.921, en el plano de lo establecido por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución (v. fs. 47vta./48, 53 y 55).

La demandada, a su turno, replicó la petición arguyendo, en suma, que el reclamo relativo a la música funcional propalada por parlantes instalados en las habitaciones del hotel toca a la compañía difusora, en los términos del rubro 52 de la resolución n° 100/89, y no al empresario hotelero; quien no la emite, procesa ni controla, limitándose a habilitar su audición al huésped que lo desee y pulse el comando respectivo en la privacidad de su cuarto -alcanzado por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto que domicilio temporal del pasajero-. Dice que la obligación de proveer las planillas del artículo 40 del decreto n° 41.233/34 resulta de cumplimiento imposible y que el rubro 52, parte 2ª, de la resolución citada, no incluye en la enumeración a hoteles, en atención a que quien se aloja en uno de estos establecimientos no lo hace con el fin - principal o secundario- de escuchar música, lo que explica el distingo en el plano tarifario. Finaliza diciendo que el reclamo encubre el planteo de una doble imposición arancelaria, opuesta a normas constitucionales, que el hotel carece de artefactos de televisión en los sitios públicos, amén de que no es usual que por ellos se propale música fonograbada; y que el rubro 51 de la resolución contendida no alude a ellos ni a su potencialidad difusora (fs. 64/66).

El juez a quo, por su parte, tras dejar sentado por referencia a diversas medidas probatorias que en las habitaciones del establecimiento accionado se propala música ambiental suministrada por una empresa dedicada a ello -rubro

"52" de la resolución n° 100/89- y no música fonograbada provista por el propio hotel -rubro "51" de la citada resolución-, rechazó el reclamo (fs. 171/174); dando así origen a la impugnación que vino a determinar el pronunciamiento en crisis ante V.E. (cfse. fs. 177, 186/195 y 198/199).

-IV-

Conforme se anticipó, al pronunciarse sobre la admisibilidad de la apelación, la alzada la concedió únicamente en lo que atañe a los agravios basados en el artículo 14, inciso 3°, de la ley n° 48 y no por arbitrariedad de sentencia (fs. 226). De allí, dado que la actora no dedujo recurso directo, que la jurisdicción ha quedado expedita en la medida en que el remedio ha sido concedido por el tribunal (v. Fallos: 318:141; 322: 752, etc.).

Sentado lo anterior y puesto que los agravios fundados en la ley n° 11.723 y sus normas reglamentarias han devenido, en sí mismos, irrevisables en razón de su naturaleza de derecho común (Fallos: 267:57; 294:280; 310:1621 y sus citas; 311:438; 316:1781; 318:141; 320:1663, 2948; 322:658, 775; etc.), el ámbito cognoscitivo de V.E. ha quedado reducido a determinar si la solución provista por la Sala contradice lo previsto en la Convención de Roma de 1961 y en el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas y, con ello, las previsiones de los artículos 17 y 75, inciso 22, de la Ley Suprema -sobre cuya base, en definitiva, la ad quem concedió la apelación federal (v. fs. 226)- con la concreción e inmediatez exigida principalmente por el artículo 15 de la ley n° 48 (cfr. S.C. S. n° 129, L. XXXVII: "Sociedad Argentina de Autores y Compositores c/ Andesmar S.A.", del 23.03.04).

En mi criterio, por integrar los preceptos internacionales con prioridad de rango el orden jurídico argentino

## *Procuración General de la Nación*

(art. 75, inc. 22, C.N.), el conflicto suscitado pone en juego la escala jurídica implicada en el artículo 31 de la Ley Suprema (v. Fallos: 318:141) y en la medida que la recurrente basa su derecho en los aludidos instrumentos, invocando su aplicación al caso, la vía de excepción es procedente, en tanto, hallándose en cuestión el alcance de esos dispositivos, la decisión de la Cámara ha sido contraria al planteo fincado en esas normas federales (v. Fallos: 320:2948; 321:3555; 322:2926; 324: 3737; 325:1056; S.C. G. n° 458, L. XXXVI; "Georgitsis de Pirolo, Catalina c/ Amato Negri, María P."; del 25.03.03; etc.).

Lo anterior es particularmente así, colocados en un contexto en el que destaca el propósito legislativo de salvaguardar los derechos de los intérpretes y productores de fonogramas, asignándoles la percepción de un estipendio por la difusión pública de sus obras intelectuales, haciéndose cargo, en especial, de que la utilización de los fonogramas, dadas las modalidades técnicas actuales, se verifica en los más variados ambientes públicos (Fallos: 321:2223; 322:775, etc.); y en el que, al decir de V.E., reviste relieve el principio hermenéutico que llama, no sólo a armonizar los preceptos de una ley, sino a ponderar su conexión con otros que integran el ordenamiento jurídico vigente, más aun cuando éste se encuentra organizado en más de una ley formal (cfr. Fallos: 318:141, entre otros); extremo que, siempre a tenor de la citada jurisprudencia, impone, asimismo, una interpretación de las normas internas sobre el tema que no coloque en confrontación la preceptiva nacional con los compromisos asumidos por el Estado al ratificar convenios internacionales relativos a la propiedad intelectual, ponderando, además, el mencionado plexo normativo en el marco del progresivo desa-

rrollo que resulta atinente a la materia de que se trata (v. Fallos: 318:141).

Vale recordar que, encontrándose en debate el alcance que cabe asignar a disposiciones de derecho federal, V.E. no se halla limitada en su decisión por los argumentos de los contendientes o del tribunal de la anterior instancia, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 323:1656, 3229; 324: 3569; etc).

Asimismo subrayarse, en lo que toca concretamente al tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, que obra en las actuaciones un informe -nota n° 9602- del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, que precisa que dicho convenio rige para la República Argentina desde el 20 de mayo de 2002 (si bien falta la foliatura, el citado instrumento correspondería a fojas 246/ /247); e, igualmente, otro -nota n° 15.245- que indica que la Convención de Roma -sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión- se encuentra en vigor para nuestro país desde el 02 de marzo de 1992 (fs. 239/240).

-v-

Vale poner de manifiesto que se discute en las actuaciones si la difusión de música fonograbada en las habitaciones del "Hotel Belgrano", comporta un uso distinto del que realiza la firma proveedora de "música ambiental" -TEDECO: Técnica de Comunicaciones- alcanzada por el rubro n° 52 de la resolución n° 100/89, susceptible de determinar en aquél la consiguiente responsabilidad arancelaria, en el marco del rubro n° 51 de la aludida disposición.

Como se puntualizó en la reseña que antecede, la

*Procuración General de la Nación*

conclusión de la alzada ha sido negativa -sostenida especialmente en el giro empresarial y ánimo de lucro específico, respecto de la utilización de las obras, ponderado en cabeza de la firma proveedora de la música funcional- restando ahora por escudriñar si ello guarda la debida congruencia con diversos dispositivos federales, principalmente concernientes al derecho internacional, en materia de derechos autorales y conexos. Anticipo que, en mi criterio, no es así.

El artículo 12 de la Convención de Roma, argüido por la parte actora ya en ocasión de interponer la demanda, establece que en todos los casos en que un fonograma publicado con propósitos comerciales -o una reproducción de él- se utilicen directamente para la radiodifusión o cualquier otra manera de comunicación al público, el usuario abonará una retribución equitativa y única a los artistas -intérpretes o ejecutantes- o a los productores de fonogramas, o a unos y otros; pudiendo la legislación nacional, a falta de acuerdo entre ellos, establecer las condiciones en que se distribuirá el importe (v. ley n° 23.921).

El Convenio de Berna, por su lado, en relación a los derechos de radiodifusión y conexos, instituye en su artículo 11bis la prerrogativa de los titulares de autorizar la radiodifusión o comunicación pública de las obras, por cualquier medio apto para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; toda comunicación pública, por o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando la comunicación se concrete por distinto organismo que el de origen; y la comunicación pública mediante altavoz -o cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, sonidos o imágenes- de la obra radiodifundida (v. art. 11 bis, pár. "1", acápite 1, 2 y 3).

Cabe resaltar, a propósito de lo reseñado en último

lugar que, si bien se indica luego que atañe, en rigor, a los países miembros de la Unión de Berna establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos referidos anteriormente, ello es así con un alcance estrictamente limitado al país que las determine, y sin que pueda, en ningún supuesto, atentarse contra el derecho moral del autor ni el que le incumba para obtener una retribución equitativa, fijada, en defecto de pacto amistoso, por la autoridad respectiva (cfr. art. 11 bis, pár. "2", Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas" -ley n° 25.140-; y, en similar sentido, los textos aprobados por las leyes n° 17.251 y 22.195).

El Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, concertado en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, por su parte, tras dejar sentado que 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 (art. 15, "1"), define "radiodifusión", como la transmisión inalámbrica de sonidos, o de imágenes y sonidos, o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; incluyendo la llevada adelante por satélite y la de señales codificadas cuando los medios de descodificación respectivos sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento; mientras que define "comunicación al público" de una interpretación o ejecución o de un fonograma, como la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución, o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma; estableciéndose, a los fines del artículo 15 del

## *Procuración General de la Nación*

Tratado, que ella incluye hacer que aquéllos o sus representaciones fijadas en un fonograma resulten audibles al público (v. art. 2, acápites "f" y "g").

El citado convenio, finalmente, establece que, a los fines del artículo 15, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o bien por medios inalámbricos, de tal forma que los miembros de este último puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno elija, serán considerados como si hubiesen sido publicados con fines comerciales (v. art. 15, acápite 4; del aludido tratado, concertado en Ginebra en 1996 y aprobado por ley n° 25.140).

Por último, en el Tratado sobre Derecho de Autor, concertado en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, puede leerse que, sin perjuicio de lo estatuido en diversos artículos del Convenio de Berna -entre ellos, el citado artículo 11 bis- los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus creaciones por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición al público de aquéllas, de tal manera que sus miembros puedan acceder a las mismas desde el sitio y en el momento que cada uno elija (v. art. 8 del tratado referido; celebrado también en Ginebra en 1996 y aprobado -asimismo- mediante la ley n° 25.140).

Todo lo anterior, ciertamente, debe ponderarse inserto en el marco de lo que establece el artículo 17 de la Constitución Nacional, en orden a que todo autor es el propietario exclusivo de su obra, por el término que le acuerde la ley -precepto que halla su correlato en otros similares receptados en los instrumentos internacionales a que se refiere el artículo 75, inciso 22, de la Norma Suprema-

explícitamente por V.E. al declararlo sostén último del reconocimiento de derechos como los aquí ventilados, y que se traduce en la posibilidad de habilitar o prohibir la reproducción directa o indirecta de estas creaciones y percibir una retribución equitativa en el caso de su comunicación al público (v. Fallos: 318:141).

-VI-

Estudiada así la preceptiva, en el plano internacional, a la luz de la materia en debate, interpreto que ella se refiere a los supuestos de uso o utilización -directa o indirecta- de los fonogramas publicados con fines comerciales para cualquier forma de comunicación al público, ya por medios alámbricos o inalámbricos, sin que se recepten salvedades como las esbozadas en el caso por la Juzgadora, en punto a propósitos lucrativos y giros empresariales específicos en los que incide, objetivamente, la ejecución musical, como argumento para eximir al eventual usuario del pago del estipendio previsto en la reglamentación.

Tal inteligencia, por otro lado, resulta corroborada, en cuanto concierne a la litis, por la propia normativa nacional, la que, como tuvo ocasión de resaltarse al emitir dictamen en S.C. A. n° 711, L. XL: "AADI CAPIF A.C.R. c/ ANSEDE y CÍA. SRL", en el día de la fecha -al que toca remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad- consagra, a través de los artículos 33 y 35 del decreto n° 41.233/334, un alcance amplio de estas potestades, que dispensa básicamente del canon correspondiente a los usos familiares o domésticos, didácticos y conmemorativos; alcanzando, por el contrario, a aquellos otros, tanto ocasionales como permanentes, verificados por cualquier persona que obtenga un beneficio directo o indirecto del empleo de los fonogramas, independientemente de sus fines y, aun, del medio, también directo o indirecto, utilizado;

## *Procuración General de la Nación*

extremo que, por otro lado, puede asimismo inferirse de otros preceptos del orden nacional (arts. 36, 50, 56, etc., de la ley n° 11.723), en cuya línea se sitúa, igualmente, el varias veces mencionado rubro "51" de la resolución SPD n° 100/89.

La anterior solución se colige tan pronto se advierte que, en el entendimiento de la Sala ad quem, no aparece dubitada la naturaleza comunicacional de la puesta a disposición de los pasajeros del hotel de la música funcional -punto en el que, obviamente, coincide la recurrente y que, por lo tanto, no constituye un motivo de agravio que quepa dilucidar aquí- y que, 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.

Expuesto el punto en términos asertivos, siempre reiterando que la Sala no controvierte la existencia del uso de los fonogramas por el establecimiento hotelero, cabe concluir 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.

El último extremo, precisamente, sobre el que se detiene la quejosa al reprochar que la inteligencia conferida al asunto por la ad quem viene a tornar gratuita la licencia instaurada en el ordenamiento legal, nos persuade, singular-

mente, del componente federal implicado en la cuestión; sin que ello importe desconocer los ribetes de derecho común involucrados, asimismo, en ella. Empero, conforme lo declaró V.E. -en una cita reseñada, incluso, con anterioridad en el presente dictamen- destaca el propósito legislativo de salvaguardar los derechos de los intérpretes y productores de fonogramas, asignándoles la percepción de un emolumento por la difusión pública de sus creaciones intelectuales (Fallos: 321:2223, 322:775; etc.), los que descansan, finalmente, en la regla del artículo 17 de la Norma Fundamental -y sus correlatos internacionales tanto generales como especiales en esta materia- en punto a que todo autor es el propietario exclusivo de su obra, por el término que le confiere la ley (doctrina de Fallos: 318:141), la que aparece preterida aquí, en la solución de la Sala, con una concreción e inmediatez que, a mi modo de ver, justifica su abordaje y reexamen en esta instancia extraordinaria, en el contexto, igualmente, de lo que establece el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (art. 15, ley n° 48).

-VII-

En razón de lo expuesto, entiendo que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y revocar la sentencia.

Buenos Aires, 22 de marzo de 2005.

Marta A. Beiró de Gonçalves

Es copia