

Fonograma Art 1 De La Ley 11 723

JURISPRUDENCIA

Fonograma. Art. 1° de la ley 11.723

En el marco de un juicio

por cobro de pesos, se resuelve hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada y revocar el apercibimiento ordenado. S.M. de Tucumán, 13 de noviembre de 2017. Y VISTOS: el recurso de apelación concedido a fs. 652. El Tribunal se planteó la siguiente cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada? A la cuestión planteada, la Sra. juez de Cámara, Dra. MARINA COSSIO, dijo: Que a fs. 675 procede a excusarse de intervenir en estos autos el señor Vocal titular de la Cámara doctor Ernesto Clemente Wayar. Mediante providencia de fs. 676 se procede a designar al señor Juez Subrogante de Cámara doctor Fernando Luis Poviña a cargo del Juzgado Federal n° 2 de Tucumán, quien aceptó el cargo a fs. 677, quedando de esta forma integrado el Tribunal. Que la designación del señor Conjuez, fue oportunamente notificada, conforme consta en autos a fs. 677 vta. Que a fs. 678 se dispone remitir el expediente a primera instancia, a fin de que se proceda a cumplir con la notificación allí dispuesta. Que los autos son radicados nuevamente en la Alzada a fs. 684. Entrando al tratamiento de la excusación formulada por el vocal integrante del Tribunal, doctor Ernesto C. Wayar a fs. 675 y, estando fundada la misma en causa legal, corresponde sea aceptada. La sentencia de fecha 19 de diciembre de 2013 (fs. 626/635 vta.) resolvió: I- Rechazar las impugnaciones y aclaraciones formuladas al dictamen pericial; II- Hacer lugar a la demanda deducida por la actora condenando a la demandada a abonar en el término de 10 días de notificado la suma de \$266.172,70 correspondiente al período septiembre de 1994 a diciembre de 1996, suma que devengará intereses a la tasa pasiva que publica el BCRA hasta el 06/01/02, y a partir de esa fecha y hasta el efectivo pago sobre la misma suma se aplicará la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina para las operaciones de préstamo; III- Condenar además a la demandada a entregar a la actora en el término de 10 días de notificado las planillas diarias de obras ejecutadas e intérpretes por el período comprendido entre los meses de sept./1994 a dic./1996, bajo apercibimiento de resolver la obligación en la de resarcir los daños y perjuicios derivados de la inejecución; IV- Costas a la demandada vencida (art. 68 Procesal). La demandada, disconforme con la sentencia antes mencionada, interpuso recurso de apelación a fs. 651 fundándolo mediante el memorial de agravios obrante a fs. 668/671, sin que la contraria contestara el traslado de los mismos. La apelante se agravia porque considera abusivos los aranceles tomados en cuenta por el decisorio recurrido: el 2 % sobre los ingresos brutos por publicidad y/o venta de espacios correspondientes a la programación. Solicita se rechace la aplicación de la resolución N° 100/89. Asimismo, se agravia por cuanto estima no hubo una correcta valoración de la prueba ofrecida y producida en la causa. Concretamente se queja porque las observaciones efectuadas al dictamen pericial no pudieron ser respondidas por el perito contador designado en razón de su fallecimiento. Expresa que el monto de condena no resultó probado en autos. También se agravia de la tasa de interés aplicada sosteniendo que la sentencia apelada debió fijar solamente la tasa pasiva desde la mora y hasta el efectivo pago. Por último, se agravia del punto III de la sentencia recurrida que ordenó una indemnización sustitutiva de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación de presentar las planillas, ya que no surge acreditado en autos el perjuicio. El Sr. Juez ?a-quo? desestimó las observaciones formuladas por las partes respecto al dictamen técnico producido en la presente causa y -a mi juicio- tal criterio resulta acertado. En efecto, la planilla contable, anexa al informe pericial (v. fs. 532/534), fue confeccionada tomando los ingresos por publicidad conforme a las declaraciones juradas presentadas por la demandada ante la AFIP-DGI, los datos recabados por el informe del COMFER sobre ingresos brutos entre sept/1994 y dic/1996 y la estimación del 2% según la Resolución 100/89. Así, se llega al monto total de la deuda: \$266.172,70.- fijada al 30/08/2002. La demandada efectuó observaciones del informe pericial contable (v. fs. 536) que, en estricto sentido, no aluden a puntos concretos de error de la planilla técnica producida ni cuestiona los criterios seguidos para su elaboración. En consecuencia, tales críticas no configuran una verdadera impugnación de la pericia contable. La apelante solicita la realización de una nueva pericia contable por la circunstancia del fallecimiento del perito sin que hubiese respondido a las observaciones formuladas. Al respecto, cabe destacar que el dictamen pericial se produjo en autos, y si bien no es vinculante para el juez (art. 477 del CPCCN), ha sido razonablemente valorado por el juzgador, ya que el mismo se asienta sobre principios técnicos sólidos (art. 386 del CPCCN) y tomó como base la documental acompañada. En consecuencia, estimo correcto el procedimiento de cálculo seguido por el perito para la determinación de la suma adeudada. El pedido de producción de una nueva pericial contable no puede tener andamio en virtud de los efectos del principio de preclusión procesal, al tratarse de una prueba que ya se hubo sustanciado en el proceso de la presente causa, y vulnerar este principio atentaría contra la igualdad de las partes en el proceso. En cuanto a la cuestión de fondo es preciso señalar que en materia de propiedad intelectual el art. 1° de la ley 11.723 incluye al fonograma, o sea, al registro de las ondas sonoras que junto con la obra musical, la interpretación y el conjunto de efectos artísticos constituyen una elaboración intelectual

autónoma e independiente del medio de reproducción que se utilice. Así, el derecho intelectual concedido por el art. 56 de la ley 11.723 a los artistas -de menor alcance que el derecho autoral- se limita a la posibilidad de exigir una retribución por sus interpretaciones difundidas mediante la radiodifusión o por otro medio de comunicación sin la potestad de prohibir tal difusión. La Excma. CSJN se pronunció in re ?AADI CAPIF Soc. Civil Recaudadora c/Hotel Belgrano SA?, del 14/11/2006 (LL 2007-F-379. Fallos 329:5033) sosteniendo que la ley de propiedad intelectual alude a los supuestos de uso o utilización directa o indirecta de los ?fonogramas? publicados con fines comerciales para cualquier forma de comunicación al público y que la doble imposición arancelaria no resulta inconstitucional porque, tratándose de dos actividades empresariales que comportan sendas explotaciones del repertorio musical difundido, existen dos aprovechamientos distintos. En cuanto al agravio referido al porcentaje del 2% que la resolución N°100/89 aplicada al sub examine? ordena pagar lo considero inatendible. Ello, por cuanto el demandado no cuestionó directamente el ?quantum? de la retribución ni tampoco propuso pautas distintas para su determinación; sólo se limitó a alegar sobre la existencia de una manifiesta irrazonabilidad del sistema de porcentaje y su desproporción, poniendo énfasis en establecer distinciones que la reglamentación no realiza entre un canal público o canal cerrado de televisión. Con respecto al agravio sobre la tasa de interés que la sentencia recurrida manda aplicar al capital de condena, es criterio del Tribunal que integro aplicar la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina desde que las sumas son debidas y hasta el 06/01/02, y desde el 07/01/02 y hasta el momento del efectivo pago, la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de préstamo (in re ?Saba c/Dirección Nacional de Vialidad?, Expte. 717/1997, fallo del 12/02/14; ?Toledo Dumeynieu, Marcos R.G. c/EN-Ministerio de Defensa?, Expte. 737/2005, fallo del 22/04/2013, entre otros). Consecuentemente, coincidiendo lo ordenado por el Inferior con el criterio sustentado por esta Alzada, cabe desestimar la queja planteada por la apelante en este sentido. En lo concerniente al punto de agravio que alude a la indemnización sustitutiva impuesta a la demandada como apercibimiento para el caso de no presentar las planillas exigidas, estimo que asiste razón de la apelante porque no se acreditó en autos la existencia de menoscabos patrimoniales que autoricen a fijar una reparación por daños y perjuicios ante el eventual incumplimiento de tal recaudo. Por lo tanto, corresponde acoger el agravio analizado y, en consecuencia, suprimir el apercibimiento impuesto en el punto III de la resolutive de la sentencia apelada. En virtud de lo precedentemente expuesto, y en concordancia con los demás fundamentos vertidos por el Sr. Juez ?a-quo?, me inclino por confirmar la sentencia apelada de fecha 19 de diciembre de 2013 (fs. 626/635 vta.) en todo cuanto ha sido materia de agravios, excepto en cuanto impone como apercibimiento a la demandada una indemnización sustitutiva por daños y perjuicios, la cual propicio se suprima del punto III de la resolutive. En razón de que la contraria no contestó el respectivo recurso, no corresponde la imposición de costas en la Alzada. A idéntica cuestión planteada el señor Juez de Cámara doctor RICARDO MARIO SANJUAN, y el señor Juez de Cámara subrogante doctor FERNANDO LUIS POVIÑA, adhieren al voto que antecede por compartir sus fundamentos. En mérito al acuerdo realizado, se RESUELVE: I- ACEPTAR la excusación del señor Juez de Cámara doctor ERNESTO C. WAYAR, conforme a lo considerado. II.- DECLARAR INTEGRADO el Tribunal con los firmantes de la presente. III.- HACER LUGAR parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 651 y en consecuencia revocar el apercibimiento ordenado en el punto III de la resolutive de la sentencia apelada, según se considera.- IV- CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 19 de marzo de 2013 (fs. 626/635 vta.) en los restantes puntos de agravios, conforme a lo considerado.- Regístrese, notifíquese y publíquese. Fecha de firma: 13/11/2017 Firmado por: DRA.COSSIO MARINA JOSEFA, Firmado por: DR.RICARDO MARIO SANJUAN, Firmado por: ISABEL DEL V. SAYAGO, SECRETARIA DE CAMARA Firmado por: DR. FERNANDO LUIS POVIÑA

025393E