

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2014
Selección y disposición de las materias y comentarios, Federico Andrés Villalba Díaz

Entidades de gestión colectiva. Listado de obras musicales provenientes de radio. Ocultamiento por la demandada. Teoría de las cargas dinámicas de la prueba

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “B”, de Buenos Aires

FECHA: 26/11/2014

JURISDICCIÓN: Judicial (civil)

FUENTE: Página web de elDial.com - AA8BE8, publicado el 16/12/2014

DATOS: Expte. 18131/2012 - “AADI CAPIF Asociación Civil Recaudadora c/ Desup S.A. s/ cobro de sumas de dinero” -

SUMARIO:

“La emplazada considera que no se ha probado en el proceso la utilización de fonogramas en la programación de las radios señaladas; en consecuencia, ante esta falta de acreditación, entiende que no corresponde condena alguna”

“la obligación de pago de un arancel por la ejecución pública de un fonograma es de fuente legal; pues la deuda nace y se hace exigible desde el momento que cualquier persona, amparándose en la licencia para utilizar sonidos fonogramados prevista por nuestro ordenamiento, decide su utilización. Por ello, se resolvió que el deudor incurre en mora desde el momento mismo en que procedió al uso de las obras (ver CNCiv, Sala F, “AADI-CAPIF c/Liga Naval Argentina s/ cobro de pesos”, del 16/9/1983, exp. 289.215).”

“La Sociedad Argentina de Autores (SADAIC) brindó información crucial para la resolución del caso. Es que la referida asociación, en virtud de la ley 17.648, tiene a su cargo la percepción de los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas; y en tal carácter requiere a las emisoras la confección y envío de planillas con el detalle de fonogramas emitidos.”

“...esta Cámara ha sostenido la fuerza concluyente de la prueba informativa de SADAIC cuando ésta ilustra el cobro de aranceles por parte de esa entidad (conf. CNCiv., sala A, “AADI CAPIF Assoc. Civil Recaudadora c. Santa Fe 1739 S.R.L. s/ cobro de sumas de dinero”, del día 21 de marzo de 1990, SAIJ, sum. N° 6155)...”

“...la conducta procesal de la accionada, que se limitó en todo momento a una negativa genérica, sin coleccionar elementos serios que pudieran sustentar su postura, viola el deber de cooperación que está en cabeza de todos los intervinientes en el pleito para el buen resultado de la jurisdicción.”

“Se ha ignorado, por ende, que el proceso judicial es un obrar compartido, el cual se traduce en un esfuerzo común. Es que el mismo principio de buena fe le imponía a Desup S.A. aportar todas las pruebas que estaban a su alcance para el esclarecimiento de la verdad; lo que no ha hecho”

“el art. 377 del ritual impone a cada parte el deber de probar ‘el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción’; a lo que se le suman preceptos que exigen una intervención con contenido ético; como el que requiere la ‘buena fe’ del justiciable que actúa en el pleito (art. 34, inc. 5, apartado d), del mismo código).”

“Sin embargo, a pesar de estar en las mejores condiciones para hacerlo, la demandada no sólo no aportó la prueba que hacía a su derecho, sino que incurrió en ocultamientos reñidos con la mentada buena fe procesal.”

COMENTARIO. Los derechos relativos a obras musicales y dramático-musicales, en especial la comunicación pública, a medida que la tecnología ha ido proporcionando múltiples formas de comunicación, se ha vuelto prácticamente imposible de controlar individualmente¹. Según el Concepto 22-7-2005 emitido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia ante la Corte Constitucional en los exps D-6649 y D-6650, la gestión colectiva es el sistema de administración de derecho de autor y de derechos conexos por el cual sus titulares delegan en organizaciones creadas al efecto la negociación de las condiciones en que sus obras o sus prestaciones artísticas serán utilizadas por los usuarios. Normalmente actúan en forma monopólica y administran todo el repertorio mundial de obras representadas. En sentido similar resolvió la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, en cuanto dispuso que *“carece de sentido pretender que en la compleja –y seguramente muchas veces entorpecida- labor del ente encargado de recaudar los derechos de autores extranjeros, se presente un detalle de las obras propaladas y de los autores particulares cuyas obras se propalaron.... Si el demandado no facilitó los elementos necesarios para determinar el número de asistentes, deberá aceptar lo que surge de los informes suministrados por los empleados de SADAIC, elaborado con un procedimiento que asegura el recíproco control de diversas personas*². El caso en comentario se trata de una acción iniciada por AADI-CAPIF entidad que representa a los intérpretes artistas y ejecutantes y productores de fonogramas de Argentina exigiendo a la demandada que resulta ser explotadora de las dos radioemisoras el pago de una suma de dinero por la difusión de obras protegidas por el régimen de propiedad intelectual. Ello, en virtud del derecho acordado a los intérpretes y a los productores de fonogramas de percibir una retribución legal por la comunicación al público de dichos opus a través de la radiodifusión (conf. ley 11.723 de Propiedad Intelectual de Argentina, el decreto 1670/74 y la Convención internacional de Roma de 1961 incorporada por la ley 23.921). Aquí se discute sobre quien pesa la carga probatoria de determinar que en las señales de radio utilizadas por la acciona se hubieran utilizado fonogramas. En el particular, fue SADAIC, (Sociedad Argentina de Autores y Compositores) quien suministró ante requerimiento judicial la información necesaria para acreditar el detalle de los fonogramas emitidos por las frecuencias de la

1 Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14^a Turno, Montevideo, Uruguay, Sentencia 14-2-1996

2 Cámara Civil de Buenos Aires, Sala F del 8-8-1991 “SADAIC c/ Puig Mayor Discotheque”

accionada ante la inacción de esta última, cuando notoriamente era quien estaba en mejores condiciones de probarlo. La teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, de una constante aceptación en los tribunales, cobra un rol preponderante en casos como éstos porque, tal como se sostuvo en la sentencia en análisis, *“el proceso judicial es un obrar compartido, el cual se traduce en un esfuerzo común”*. Esto significa que la falta de colaboración de una de las partes permite aplicar presunciones a favor de la obra o bien permitir la incorporación de la prueba producida por la contraria, sin que pueda impugnarse con resultado favorable. © **Federico Andrés Villalba Díaz, 2014**

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 26 días del mes de Noviembre de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados “AADI Capif Asociación Civil Recaudadora c/ Desup S.A. s/ cobro de sumas de dinero” respecto de la sentencia de fs. 571/575 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO.- OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE.-

A la cuestión planteada el Dr. Mizrahi, dijo:

I. Antecedentes

La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 571/575, hizo lugar a la acción interpuesta por AADI Capif A.C.R. y condenó a la accionada Desup S.A. a: (i) cumplir con lo ordenado por el art. 40 del Decreto 41.233/34 en el plazo de diez días; y, (ii) abonar la suma de dinero resultante de la liquidación que se ordena practicar en la etapa de ejecución de sentencia, con costas.

La causa tiene su origen en la demanda de fs. 120/126, en la que la pretensora, en su carácter de entidad de gestión colectiva, reclamó a la demandada el cobro del monto adeudado en concepto de retribuciones a los intérpretes y productores de fonogramas por la difusión pública de obras musicales a través de las frecuencias radiales FM 102.3 y AM 1190.

II. La sentencia apelada y los agravios

Contra el referido pronunciamiento se alzaron las partes. La actora expresó sus agravios a fs. 587/589, los que fueron contestados por la demandada a fs. 592/595. La encartada, por su lado, manifestó sus quejas a fs. 596/604, que merecieron réplica de la accionante a fs. 606/610.

La pretensora se agravió de que el juez de grado haya diferido para la etapa de ejecución de sentencia la fijación del monto de condena, pues sostiene que la imposibilidad de discernir en la registración contable de la encartada la base sobre la cual debe efectuarse el cálculo ordenado, el decisum en crisis se torna de cumplimiento imposible. Por ello, solicita se fije sin más la cuantía de la deuda.

La emplazada, en cambio, considera que no se ha probado en el proceso la utilización de fonogramas en la programación de las radios señaladas; en consecuencia, ante esta falta

de acreditación, entiende que no corresponde condena alguna.

III. Cuestiones a dilucidar. Límites en su análisis

El thema decidendum de esta Alzada ha quedado circunscripto a determinar la procedencia de la demanda, es decir, si Desup S.A. debe suma alguna a AADI Capif A.C.R.; y, en ese caso, el monto al que ascendería la referida deuda.

Es menester efectuar una advertencia preliminar: en el estudio y análisis de los agravios he de seguir el rumbo de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa. En efecto, claro está que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, “Fallos”: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado”, T° I, pág. 825; Fenocchietto Arazi. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado”, T 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, “Fallos”: 274:113; 280:3201; 144:611).

Es en este marco, pues, que ahondaremos en la cuestión de fondo del caso sub examine.

IV. Estudio de los agravios

IV.1. La existencia de deuda

La encartada —derrotada en primera instancia— insiste en sus quejas en la inexistencia de deuda alguna para con la pretensora, y solicita por ende que se revoque totalmente el fallo

de grado que ha hecho lugar a la demanda. En atención a lo expuesto, cabe hacer una breve relación de las alegaciones formuladas en el escrito de inicio. Se trata de una acción iniciada por AADI Capif ACR, entidad que representa a los intérpretes y productores de fonogramas (conf. Dto. 1671/74) exigiendo a Desup S.A. —explotadora de las radioemisoras Radio América (AM1190) y Aspen Classics (FM102.3)— el pago de una suma de dinero por la difusión de obras protegidas por el régimen de propiedad intelectual. Ello, en virtud del derecho acordado a los intérpretes y a los productores de fonogramas de percibir una retribución legal por la comunicación al público de dichos opus a través de la radiodifusión (conf. ley 11.723, el decreto 1670/74 y la Convención internacional de Roma de 1961 incorporada por la ley 23.921).

Bien se ha dicho que la obligación de pago de un arancel por la ejecución pública de un fonograma es de fuente legal; pues la deuda nace y se hace exigible desde el momento que cualquier persona, amparándose en la licencia para utilizar sonidos fonogramados prevista por nuestro ordenamiento, decide su utilización. Por ello, se resolvió que el deudor incurre en mora desde el momento mismo en que procedió al uso de las obras (ver CNCiv, Sala F, “AADI-CAPIF c/Liga Naval Argentina s/cobro de pesos”, del 16/9/1983, exp. 289.215).

En el particular, la pretensora señaló que el arancel vigente había sido determinado por la Resolución 390/2005 de la Secretaría de Medios de Comunicación, que establece en su rubro 24 clase b) que en el caso de frecuencias como las explotadas por la accionada la retribución ascendía al “dos con cuarenta por ciento (2,40%) de los ingresos brutos por publicidad y/o venta de espacios, correspondientes a la programación que incluya grabaciones”. En consecuencia, en virtud de que la accionada

había dejando de abonar el canon fijado legalmente el 01/01/2009, reclama el pago por las ejecuciones públicas radiofónicas ocurridas según el siguiente esquema: (i) por fonogramas emitidos en AM1190, desde el 01/01/2009 y hasta el dictado de la sentencia; y (ii) en el caso de la FM102.3, al haber dejado Desup S.A. de ser titular de la licencia de la emisora a partir de marzo de 2009, desde la indicada fecha de mora y hasta el 31/03/2009.

Al respecto, la actora señaló que la encartada no había cumplido tampoco con la estipulación del art. 40 del decreto 41.233/34 (TO Dto. 1.670/74), reglamentario de la ley 11.723, que obliga a “anotar en planillas diarias por riguroso orden de ejecución el título de todas las obras y el nombre o seudónimo de los intérpretes principales y el del productor de fonogramas o su sello o marca de reproducción utilizada” (ver f. 122); lo que le impidió calcular a cuánto ascendía el monto de la deuda al momento de promoción del reclamo judicial. En consecuencia, solicitó la producción de una experticia contable a esos efectos.

La demandada, por su parte, basó su defensa original en la improcedencia de que la pretensora cobre derechamente un porcentaje de sus ingresos, pues –según su punto de vista– ello implicaría convertirla en una suerte de “socia en las ganancias” de la emisora. Sin embargo, no cuestionó la constitucionalidad de las normas invocadas por la actora, ni ofreció pauta alternativa de pago; dado que negó en todo momento deber suma alguna, al sostener que incumbía a la accionante la prueba de la utilización de obras en su programación, lo que no había hecho.

Ahora bien, reconocida que fue en la sentencia de primera instancia la existencia de una deuda de Desup S.A. para con AADI-Capif ACR, la

emplazada admitió en sus quejas el derecho de la referida entidad a percibir retribuciones por el uso público de fonogramas. Ello no obstante, insistió en que al no encontrarse probada en el proceso el efectivo uso por su parte de fonograma alguno, debe revocarse la condena de pago.

Así las cosas, compulsadas que han sido las actuaciones, y relevada la prueba producida en el expediente, se verifica que –en respuesta al requerimiento judicial– la Sociedad Argentina de Autores (SADAIC) brindó información crucial para la resolución del caso. Es que la referida asociación, en virtud de la ley 17.648, tiene a su cargo la percepción de los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas; y en tal carácter requiere a las emisoras la confección y envío de planillas con el detalle de fonogramas emitidos. De esta manera, SADAIC informó en el expediente que Desup S.A. –en su calidad de titular de las frecuencias mencionadas– le remitió oportunamente los datos señalados; los que, a su vez, y en respuesta al oficio remitido, la referida entidad aportó a estos actuados (ver fs. 26/276 y CD recibido a f. 476). De las mentadas acreditaciones surge sin lugar a dudas que, durante los períodos indicados en la demanda, y a través de las frecuencias señaladas, se emitieron efectivamente numerosos fonogramas musicales. Como se puede apreciar, la existencia de estas constancias echa por tierra el argumento de Desup S.A. de falta de acreditación del hecho que hace nacer la obligación de pago.

No es ocioso recordar en esta instancia que esta Cámara ha sostenido la fuerza concluyente de la prueba informativa de SADAIC cuando ésta ilustra el cobro de aranceles por parte de esa entidad (conf. CNCiv., sala A, “AADI CAPIF Asoc. Civil Recaudadora c. Santa Fe 1739

S.R.L. s/ cobro de sumas de dinero”, del día 21 de marzo de 1990, SAIJ, sum. N° 6155). Es que, tal como surge del informe de fs. 226/276 y del CD adunado a los actuados a f. 467, ha sido la propia accionada quien ha aportado en carácter de declaración jurada el listado de fonogramas emitidos por las radioemisoras que explotada. Esta circunstancia, a su vez, se ha visto corroborada por el informe del perito contador -- que no ha sido impugnado por Desup S.A.— donde el idóneo manifestó que la demandada “lleva un control en planillas de la programación emitida” (ver fs. 354/355). Repárese, y este dato es muy significativo, que a pesar de que la emplazada reconoció al experto que emitía fonogramas --aún cuando adujo hacerlo en un bajo porcentaje de su programación-- no aportó prueba alguna a los actuados sobre el particular, sino que se limitó a negar mecánicamente la existencia de la deuda.

A esta altura de nuestro estudio, cabe señalar que la conducta procesal de la accionada, que se limitó en todo momento a una negativa genérica, sin coleccionar elementos serios que pudieran sustentar su postura, viola el deber de cooperación que está en cabeza de todos los intervinientes en el pleito para el buen resultado de la jurisdicción. Se ha ignorado, por ende, que el proceso judicial es un obrar compartido, el cual se traduce en un esfuerzo común. Es que el mismo principio de buena fe le imponía a Desup S.A. aportar todas las pruebas que estaban a su alcance para el esclarecimiento de la verdad; lo que no ha hecho (ver Peyrano, Jorge, “De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa”, JA, 2003-II-1049; *id.*, “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”, LL, 2009-E, 795; Lépori White, Inés, “Cargas probatorias dinámicas”, JA, 2003-II-1030; Morello, Augusto M., “El deber de colaboración en el ámbito de la prueba”, LL, 2004-D-214; Mosset Iturraspe, Jorge, “Negocios fraudulentos y simu-

lados”, t. I, p. 226 y sigtes.; Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, t. II, p. 365 y sigtes., 6° edición, ed. Perrot; Zannoni, Eduardo A., en Belluscio-Zannoni, “Código Civil y leyes complementarias”, t. 4, p. 422 y sigtes., ed. Astrea, Buenos Aires, 1982; CNCiv., Sala A, 28-3-1994, ED, 158-593; CNCiv., Sala G, 3-4-1995, LL, 1995-D-682; CNCiv., Sala I, 16-4-1999, ED, 187-605).

Por lo demás, la reproducción de fonogramas en las emisiones radiales resulta ser un hecho notorio; pues aún en el caso de los programas de noticias se emiten temas musicales, ya sea como música de fondo, “cortina”, etc. Nótese en que según nuestra legislación, los hechos notorios se encuentran exentos de acreditación, en tanto contienen en sí mismos una prueba preconstituida con relación al proceso y son, en consecuencia, susceptibles de deparar un grado de certeza equivalente e incluso más intenso que el que puede extraerse de las pruebas comunes (conf. Falcón, Enrique, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, t. III, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 116/117).

Desde otra perspectiva, también le resultaría aplicable a la demandada el principio rector según el cual “a nadie es lícito venir contra sus propios actos”. Es que el aforismo latino “venire contra factum proprium non valet” significa que la buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (conf. Diez Picaso Ponce de León, Luis, “La Doctrina de los Propios Actos”, Barcelona, 1963, págs. 141 y ss.). El principio general y autónomo que obliga a respetar los actos propios que se llevan a cabo, constituye una herramienta conceptual de la mencionada buena fe y un estándar constante en el derecho privado, administrativo, procesal, impositivo, penal e internacional. El sustrato ético-

co de esta construcción es innegable; el sistema jurídico no ha hecho otra cosa que internalizar estas pautas y está bien que así acontezca, pues el plexo axiológico subyacente con neto soporte fáctico es vulnerado cuando alguien negocia o litiga de mala fe. El “venire...”, por ende, es un modelo objetivo de conducta constitutivo de un principio general del derecho autónomo y residual, y también es uno de los medios a través del cual se controlan los llamados “poderes privados”. Tal doctrina, en síntesis, representa un límite a los derechos subjetivos que obliga a un deber jurídico de tipo positivo: coherencia con la propia conducta (conf. esta Sala, in re, “A.T.C S.A. c/ Kikuchi, Carlos F. y otro”, del 21.09.2007; C.N.Civ. Sala J, “Repetto, José M. D. c. Club Náutico Hacoaj”, del 30.04.1996; López Mesa, Marcelo J., “Doctrina de los actos propios en la Jurisprudencia”, pág. 45 y sus citas, Ed. Depalma).

Este panorama legal e interpretativo descalifica por completo la pretensión de la litigante aquí emplazada, la que –no volcando sinceramente al proceso la realidad de los hechos—termina por adoptar una conducta de clara omisión u ocultación, que no puede ser admitida.

En consecuencia, entiendo que ha quedado demostrado que FM Aspen 102.3 y Radio América AM 1190, han emitido obras por las que AADI-Capif tenía derecho a la percepción de aranceles legales; por lo que no cabe duda de la existencia de una obligación de pago de las retribuciones establecidas por la norma aplicable. Veremos en el acápite siguiente las consideraciones en cuanto al monto al que asciende el referido deber.

IV.2. El monto de la deuda

La pretensora también se agravió del decisorio de grado; en su caso, por considerar que la jue-

za a quo debió sin más estimar el monto por el que prosperó la demanda. Así, considera que diferir la fijación de las sumas de dinero adeudadas a una futura liquidación la perjudica, pues tal actividad es “de cumplimiento imposible” debido a la forma en que ha llevado sus libros contables la deudora.

En primer lugar, cabe destacar que en el fallo de la anterior instancia se ordenó a la demandada “a dar cumplimiento con lo dispuesto por el art. 40 del Decreto 41.233/34 en el plazo de diez días” y “cumplido ello abonar a la actora la suma que arroje la liquidación que deberá practicarse en la etapa de ejecución” a los efectos de establecer la retribución que le corresponde a la pretensora. Ahora bien, la sentencia estableció que el canon que debe abonar Desup S.A. es el que surge de la Resolución 390/2005 de la Secretaría de Medios de Comunicación en su rubro 24 clase b; es decir, el “dos con cuarenta por ciento (2,40%) de los ingresos brutos por publicidad y/o venta de espacios, correspondientes a la programación que incluya grabaciones”, lo que no ha sido cuestionado por las partes.

De las constancias de la causa surge que el tema relativo a la determinación de la deuda había sido planteada al idóneo interviniente en los puntos de pericia requeridos por la reclamante. En su informe, el experto acompañó un detalle de los ingresos mensuales de las radioemisoras en cuestión --según constancias del Libro de Ventas de Desup S.A.— conforme lo solicitado. Sin embargo, explicó que era imposible determinar cuáles de esos ingresos “proviene de programación que incluye grabaciones”; pues en el referido libro –que no se encontraba rubricado – no existía la correspondiente discriminación (ver informe a fs. 354/355). A su vez, el perito remarca a lo largo de su presentación que, a pesar de haberle sido requerida a la en-

cartada información adicional, la misma no fue proporcionada. En efecto, en el punto “1) a.” el contador designado informa que constató diferencias entre los datos que surgían del Libro de Ventas de Desup S.A. y los Estados Contables auditados por un contador público independiente, pero que “a la fecha de finalización de mis tareas, no he contado con documentación adicional a los efectos de determinar su origen” (ver f. 355). Asimismo, manifestó que debido a la falta de aportes de la encartada no le resultó posible responder cuál fue la cantidad de tiempo de emisión radial cubierta con programación que incluía grabaciones fonográficas; ello a pesar de que --como se señaló en el acápite precedente-- Desup S.A. cumplió con la obligación de presentar a SADAIC las planillas referentes a cada fonograma transmitido (ver fs. 226/276 y CD agregado a f. 476).

Vale la pena reiterar que, como he sostenido en el acápite precedente, la conducta desplegada por la demandada ha ocasionado que todos los esfuerzos procesales desplegados por la pretensora tendientes a determinar el monto de la deuda hayan sido en balde. Así las cosas, es claro que, a tenor de los principios reseñados, esa inconducta procesal de la deudora no puede favorecerla en detrimento de su acreedora, pues tal resultado afectaría cualquier idea elemental de justicia.

Por lo demás, en el caso se produjo el supuesto que se ha denominado de “carga probatoria sobreviniente”; esto es, que ante las constancias glosadas a los autos --la información aportada por SADAIC-- el “onus probandi” se trasladó a la demandada, quien debía haber desvirtuado --y no lo hizo-- lo que surgía del material existencial de expediente (ver CN Civ., Sala M, 5-5-2010, LL, 2010-D, 473; Peyrano, Jorge W., “Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas:

las cargas sobrevinientes”, ED, 182-1588); directiva ésta que emerge de la propia ley, pues el art. 377 del ritual impone a cada parte el deber de probar “el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”; a lo que se le suman preceptos que exigen una intervención con contenido ético; como el que requiere la “buena fe” del justiciable que actúa en el pleito (art. 34, inc. 5, apartado d), del mismo código). Sin embargo, a pesar de estar en las mejores condiciones para hacerlo, la demandada no sólo no aportó la prueba que hacía a su derecho, sino que incurrió en ocultamientos reñidos con la mentada buena fe procesal.

En consideración a lo delineado, y teniendo en cuenta que la demandada no declaró haber cesado en la actividad, como era su obligación a tenor de las disposiciones del dec. 41.233/34 (T.O. Dto. 1670/74), ni entregó las planillas respectivas, entiendo que debe ser declarada deudora de lo que le reclama la accionante. Es que la omisión de la emplazada fuerza la aplicación de modalidades alternativas que, dentro de la discrecionalidad de que disponen los tribunales --art. 165, Cód. Procesal mediante--, les permite fijar el importe de los créditos, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto (ver esta Sala, “Aadi Capif Asoc. Civil Recaudadora c. Hostal Del Lago”, del 06/10/1997; LL, 1998-D, 479)

Por todo lo expuesto, al no haber suministrado Desup S.A. la información que permita discriminar del monto de sus ingresos brutos totales el porcentaje correspondiente a ingresos “por publicidad y/o venta de espacios, correspondientes a la programación que incluya grabaciones”, propongo a mis colegas que la demandada prospere por el 2,4% de los ingresos brutos

totales en cada caso. En consecuencia, voto por confirmar la condena de pago de primera instancia, pero estableciendo que la Desup S.A. debiera abonar a AADI-Capif ACR: (i) el 2,4% de los ingresos brutos totales de Desup S.A. por la explotación de FM102.3 desde el 01/01/2009 hasta el 31/03/2009; y (ii) el 2,4% de los ingresos brutos totales de Desup S.A. por la explotación de AM1190 desde el 01/01/2009 hasta el dictado de la sentencia.

V. Conclusión

A tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia en lo principal que decide y modificarla en lo que respecta al monto; estableciendo que la demanda debe prosperar por (i) el 2,4% de los ingresos brutos totales de Desup S.A. por la explotación de FM102.3 desde el 01/01/2009 hasta el 31/03/2009; y (ii) el 2,4% de los ingresos brutos totales de Desup S.A. por la explotación de AM1190 desde el 01/01/2009 hasta el dictado de la sentencia. Se confirma el fallo en todo lo demás que fuera materia de agravio. Las costas de Alzada se imponen de igual modo que en primera instancia.

Los Dres. Ramos Feijóo y Díaz Solimine, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mi-

zrahi, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Con lo que terminó el acto: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO -. OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE -.

Es fiel del Acuerdo.

Buenos Aires, Noviembre de 2014.-

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: confirmar la sentencia en lo principal que decide y modificarla en lo que respecta al monto; estableciendo que la demanda debe prosperar por (i) el 2,4% de los ingresos brutos totales de Desup S.A. por la explotación de FM102.3 desde el 01/01/2009 hasta el 31/03/2009; y (ii) el 2,4% de los ingresos brutos totales de Desup S.A. por la explotación de AM1190 desde el 01/01/2009 hasta el dictado de la sentencia. Se confirma el fallo en todo lo demás que fuera materia de agravio. Las costas de Alzada se imponen de igual modo que en primera instancia.

Regístrese, notifíquese y publíquese. Fecho, devuélvase.

Fdo.: Mauricio Luis Mizrahi - Claudio Ramos Feijoo - Omar Luis Diaz Solimine