



NEUQUÉN, 9 de Marzo del año 2022

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**S.A.D.A.I.C. C/ FRANZ Y PEPONE S.A. Y OTRO S/ COBRO SUMARIO DE PESOS**" (JNQC16 EXP 514459/2016) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 327/330 la *A-quo* hizo lugar a la demanda y en consecuencia condenó solidariamente a Franz y Pepone S.A. y a DOSDA S.A. a abonarle a la actora la suma de \$ 5.480 con más intereses y costas.

A fs. 337 dedujo recurso de apelación DOSDA S.A., a fs. 338 lo hizo Franz y Pepone S.A. y a fs. 339 la actora.

A fs. 344/349vta. expresó agravios S.A.D.A.I.C. En primer lugar, se queja porque la sentenciante no tiene por acreditado el hecho imponible que origina la obligación de pagar el derecho de autor. Alega, que la sentencia da cuenta que el testigo Pusineri labró el censo de usuario del que se constató que en agosto del 2008 la demandada usaba música en público. Además, que conforme el informe de morosidad en junio de 2015 se volvió a constatar que la demandada usaba el repertorio musical y que luego el 08/05/2017 se constató judicialmente el uso del repertorio musical mediante tres televisores y que el testigo Falcone reconoció que el local de la demandada tenía televisores y parlantes que se usaban para ver fútbol o lo que pidieran los clientes.

Dice, que lo afirmado por dicho testigo conlleva necesariamente el uso del servicio de televisión por cable o de canales de aire, que es ofrecido al público como un servicio más.

Luego, se agravia porque la sentenciante no considera que los programas televisivos y las publicidades se encuentran musicalizados. Alega, que es sabido que todo programa



televisivo contiene de fondo musicalización, aún en las transmisiones de partidos se pueden encontrar en las publicidades que se transmiten antes, durante y al finalizar el partido. Señala, que la transmisión o retransmisión por televisores del repertorio musical genera la obligación de pagar derechos de autor.

Además, se queja porque considera que se omite tener presente la carga dinámica de la prueba y se aplica el art. 377 del CCyC de manera irrestricta.

Manifiesta, que del deber de colaboración, la buena fe procesal y la naturaleza del proceso se desprende la carga probatoria respecto del uso del repertorio musical, su extensión y su finalización. Expresa, que las demandadas se encontraban en mejores condiciones de acreditar desde cuándo tienen el equipo de audio y de video instalado o cuándo fue dejado de usarse y su omisión crea una presunción en su contra.

Por último, se agravia porque considera que la sentenciante se equivoca al establecer el arancel en el valor de 40 cafés. Dice, que 40 cafés corresponde al mínimo aplicable hasta 20 mesas y que en autos se acreditó que las demandadas cuentan con 46 mesas, es decir 26 mesas más del mínimo fijado.

Además, dice que corresponde tener por acreditado el valor de café con la información otorgada por Heladerías Piré a fs. 238 y la liquidación practicada por la perito contadora.

A fs. 351/354 expresó agravios la demandada Franz y Pepone S.A. Se queja, porque la *A-quo* no tuvo en cuenta que al contestar la demanda expuso que no reproducía, no reprodujo ni reproduce música ni obras literarias musicalizadas que fueren de protección de la parte actora en el período que indicó, ya que de la propia documental que adjuntara la accionante, específicamente el censo, surge que si bien tiene un aparato



de TV, no consta que el mismo estuviera encendido ni reprodujera contenido alguno.

Además, expuso que las únicas dos constancias de las que surge que visitaron el local (el día del censo 07/08/08 y el día del informe 11/06/2015) no acreditan que constataran la emisión de música que se reproducía, no le informaron que realizarían el censo ni acompañaron acta alguna ni consta que efectivamente se presentaran en el domicilio de la demandada ni que en esas oportunidades se encontraban transmitiendo o reproduciendo repertorio musical alguno.

Dice, que las actas del supuesto relevamiento que ejecutara el representante de la actora que también fuera testigo, Sr. Pusinieri, no mencionan que se presentara como representante de la actora. Agrega, que los casilleros referidos a la notificación se encuentran en blanco y sin completar. Dice, que ello no fue desvirtuado por la prueba de la actora.

Luego, se refiere a los autos "S.A.D.A.I.C. c/ Franz y Pepone S.A. y Otro S/ COBRO SUMARIO DE PESOS" (Expte. N° 502.788/2014). Señala que la demanda fue rechazada y manifiesta que los dos expedientes son idénticos y en ambos las defensas articuladas por las demandadas han sido efectuadas siguiendo la misma tesitura, y por ende, la sentencia a dictarse debe ser similar.

Además, se agravia porque la sentenciante aplica las costas en su totalidad a la parte demandada, sin tener en cuenta que la actora ha sido gananciosa en tan solo una parte ínfima. Ello, atento que conforme la pericia contable la suma adeudada sería del orden de los \$ 271.133,04 más los intereses, pero la sentencia hizo lugar por \$ 5.480, es decir tan sólo poco más del 2,02%. Peticiona se aplique el art. 71 del C.P.C. y C.

A fs. 356/359vta. la actora contestó los agravios de Franz y Pepone S.A. y a fs. 360/369vta. ésta respondió los de



la contraria. Ambas solicitaron el rechazo del recurso de la contraria, con costas.

II. 1. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar los recursos.

Luego, cabe señalar que no se encuentra cuestionado en autos que la demandada Franz y Pepone S.A. desarrolló la actividad comercial en el local de Avenida Argentina N° 344 de esta ciudad de Neuquén a partir del mes de diciembre de 2008 y que Dosda S.A. solicitó la licencia comercial del mismo comercio en el mes de febrero de 2017, la que le fue otorgada en marzo de dicho año, es decir, que desarrollaron la actividad de manera consecutiva.

La actora, reclama el cobro de aranceles en concepto de derechos autorales adeudados por la transmisión o retransmisión del repertorio musical de la sociedad. Al respecto, en un caso similar esta Alzada sostuvo: *"Teniendo en cuenta el fundamento dado por la a quo para determinar el rechazo de la demanda, la queja vertida por la recurrente no resulta hábil para habilitar la revisión de esta Cámara de Apelaciones.*

"Es que más allá de las consideraciones que hace la a quo sobre la titularidad del fondo de comercio, falta en autos la prueba de la reproducción del repertorio musical protegido por los derechos de autor en el local comercial de la demandada".

"Afirmada por la actora la infracción incurrida en el local comercial denominado "Franz y Peppone", sito en calles Diagonal 9 de Julio y Belgrano de esta ciudad, referida a la reproducción en forma pública del repertorio musical protegido por la ley de propiedad intelectual; la demandada negó la



referida infracción, sosteniendo que en el local en cuestión no se reproducía música”.

“De la prueba colectada, conforme lo sostiene la jueza de grado, no surge la configuración de la infracción imputada ya que no se ha acreditado la reproducción de pieza musical alguna”.

“La constatación realizada por la actora como prueba anticipada, conforme mandamiento de constatación de fs. 74/76 vta., se realiza, en primer lugar, fuera del horario de atención al público (11,49 horas); y además, el oficial de justicia señala que “...en cuanto a la reproducción de música, se observa un solo parlante el cual no está conectado a ningún equipo de audio; como así en la parte de caja, sobre un mostrador existen dos (2) pequeños parlantes de computadora, los cuales están conectados a un teléfono celular, y al momento de la presente diligencia se escuchaba música en el interior del comercio”.

“A fs. 169 declara el testigo Rubén Rosal, de profesión mozo, quién señala que trabaja hace más de 20 años en el local comercial y dice que existe un equipo de música en el lugar, “es un equipo viejísimo, que creo hace más de quince años que no anda. Y doy fe, porque se quemó por un golpe de corriente”. Agrega que no existen parlantes conectados a ese equipo y niega que se escuche música en el local gastronómico”.

“A fs. 170 declara María Angélica Ambiado, empleada en el local comercial desde hace cinco años a la fecha de la declaración. Dice que en el local no hay equipo de música, y que el que había está roto, y niega que en el local comercial se difunda música”.

“A fs. 184/185 declara Cristian Jesús Chavarría, empleado de la demandada presente en el momento de la constatación, quién sostiene: “desde el momento de la inspección se encontraban dos parlantes que no están



conectados a ningún equipo musical, son viejísimos, se pueden ver los cables del tendido que no están conectados a ningún equipo. Y en la actualidad está igual, el equipo está guardado en un mueble, viejo y roto...yo tenía conectado mi teléfono, conectado un parlante de esos chiquititos, no tiene mucho alcance, no a todo el local; y fue previo al horario de apertura del local, que es mientras yo preparo los despachos y administración. Eso es sin gente, estaba yo nada más...el teléfono al cual estaba enganchado es de mi propiedad y son sonidos que yo grabo naturalmente. Son propios, míos, no pertenecen a ningún autor. Esto para aclarar, yo practico yoga, así que es música de relajación, propia mía".

"Frente a estos dichos, el empleado de la actora - Miguel Angel Pusineri- declara a fs. 151/vta., pero con muchas imprecisiones. Si bien reconoce la documental de fs. 344 y 346, a las que luego haré referencia, afirma que en el momento de hacer el informe de fs. 346 "había una persona detrás de la caja pero no recuerdo, creo que se identificó como la encargada". Respondiendo a otras preguntas del interrogatorio dice que no recuerda cuantas visitas se hicieron al local comercial, pero que se deben haber hecho cada uno o dos meses, y que se pudo constatar el uso de la música mediante el parlante que tenía el local, y que cuando se comunicó a la demandada la obligación de pago, dijo que la desconocía y que se negaba al pago".

"Del análisis de la documentación de fs. 346/vta., se advierte que se trata de un censo de usuarios realizado el día 6 de abril de 2006, que no tiene firma del propietario del local comercial sino solamente del señor Pusineri, ni tampoco consta en el documento que hubiera personas presentes en el momento del censo y que se negaran a firmar. En cuanto a la reproducción de música solamente se hace constar que es mediante grabaciones".



"Igual sucede con el informe de fs. 346, fechado el día 21 de agosto de 2013: no tiene firma de algún responsable del local comercial ni consta la negativa a su suscripción; en tanto que alude a que el medio de ejecución es mecánico. Es importante destacar que los casilleros referidos a la notificación se encuentran en blanco".

"De ello se sigue que la prueba aportada por la actora no logra acreditar la existencia de difusión pública de repertorio musical, ya que si bien personal de la demandada afirma la existencia de esta difusión, que habría sido comprobada durante varias visitas, no consta en el expediente acta alguna que acredite estas visitas o inspecciones en el local comercial".

"En tanto que la documentación acompañada por la demandada, conforme se señaló, es insuficiente para probar la comisión de la infracción", (Sala II, en autos "S.A.D.A.I.C. C/ F&P S.A. S/COBRO SUMARIO DE PESOS", Expte. N° 502788/2014).

Tales consideraciones resultan plenamente aplicables al caso de autos, atento que de la prueba producida en autos no quedó acreditada la existencia de la difusión pública de un repertorio musical, tal como alega la demandada. Ello así, porque si bien el Sr. Miguel Angel Pusineri reconoció las constataciones extrajudiciales adjuntadas, surge del censo de usuarios realizado el 07 de agosto de 2008 como de la constatación de fecha 11 de junio de 2015 que ninguno posee la firma del propietario o encargado del local, ni tampoco consta que hubiera personas presentes. Tampoco surge de las mismas que hubiera existido una negativa a su suscripción ni la indicación de testigos por tal hecho.

Además, la actora recurrente no considera la valoración de la declaración del Sr. Falcone que efectúa la sentenciante. Ello, teniendo en cuenta que el testigo dijo que el tiempo mientras estuvo en el local en carácter de encargado había parlantes y televisión, que no había equipo de música y



que los parlantes se prendían para ver fútbol teniendo en cuenta que la gente iba al lugar a ver fútbol.

Ello, da respuesta al segundo agravio de la actora, en tanto señala que no se considera que los programas televisivos y publicidades se encuentren musicalizados pero no relaciona ello con la transmisión de los partidos de fútbol a los que aludió el testigo y los derechos de autor por los que reclama.

Además, del acta de constatación de fs. 60 y vta. no surge que se estuviera realizando la difusión pública de música en tanto la misma se efectuó fuera del horario de atención al público (11:50 hs.) y sólo se dejó constancia que existían 46 mesas disponibles público pero no de la presencia de público o que estuviera abierto.

Luego, en cuanto a la apreciación de la prueba esta Sala sostuvo: *"En este marco, cabe recordar que, como lo ha sostenido Lino Enrique Palacios, «En oportunidad de dictar la sentencia definitiva, el juez puede encontrarse frente a las siguientes situaciones: 1) la actividad probatoria desarrollada por una o por ambas partes le depara la convicción sobre la existencia o la inexistencia de los hechos controvertidos; 2) uno o más de esos hechos no han sido probados o lo han sido insuficientemente"*.

"Frente al primero de los mencionados supuestos, resulta indiferente determinar sobre cuál de las dos partes recaía, en concreto, la carga de la prueba. Si bien ésta no incumbe indiscriminadamente a ambas partes, sino que se encuentra distribuida entre ellas en forma correlativa al interés que procuran satisfacer, cuando el juez logra una cabal convicción en cualquier sentido que sea el problema de la distribución, queda obviamente superado".

"Si el juez, en cambio, se encuentra enfrentado a la segunda de las situaciones anteriormente descriptas, es decir, ante la ausencia de un resultado probatorio cierto, no puede,



sin embargo, abstenerse de emitir un pronunciamiento que concretamente actúe o deniegue la actuación de la pretensión procesal. Debe, por el contrario, decidirse en uno u otro sentido y le está vedada la posibilidad de obviar tal decisión con fundamento en la incertidumbre que arroja la falta o la insuficiencia de prueba; de allí que, frente a tales contingencias, el juez deba contar con ciertas reglas que le permitan establecer cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias perjudiciales que provoca la incertidumbre sobre los hechos controvertidos, de suerte tal que el contenido de la sentencia resulte desfavorable para la parte que, no obstante haber debido aportar la prueba correspondiente, omitió hacerlo» (Derecho Procesal Civil - Tomo II - Hoja 392), ("GODOY HORACIO AMERICO C/ SEPULVEDA LUIS S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES", Expte. N° 514717/2016).

En este caso, recaía sobre la actora la prueba de la reproducción pública de música en el local comercial de las demandadas, y no como pretende la actora, que la demandada probara el hecho negativo en cuanto a dicha reproducción (conf. art. 377, CPCyC). En consecuencia, la deficiencia probatoria impide tener acreditados los dichos de S.A.D.A.I.C., y en consecuencia, corresponde hacer lugar al agravio de la demandada Franz y Pepone S.A. y rechazar la demanda.

Asimismo, en punto al agravio de la actora en cuanto a la aplicación del arancel a los fines de determinar el monto de la deuda, atento la forma que se resuelve su tratamiento resulta inoficioso.

2. A partir de lo expuesto, corresponde readecuar las costas impuestas en la sentencia de grado, las que se imponen a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C), y en consecuencia, también resulta inoficioso el tratamiento del agravio de la demandada al respecto.



3. Atento a que la co-demandada DOSDA S.A. no expresó agravios oportunamente, corresponde declarar desierto el recurso (cfr. art. 260, inc. 1° del C.P.C. y C).

III. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo declarar desierto el recurso deducido a fs. 337 por DOSDA S.A., rechazar el recurso de apelación deducido por la actora a fs. 344/349vta. y hacer lugar al recurso de apelación deducido por la demandada Franz y Pepone S.A., y en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 327/330 y rechazar la demanda en todas sus partes. Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68, C.P.C. y C).

Tal mi voto.

Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I,**

RESUELVE:

1. Declarar desierto el recurso deducido a fs. 337 por DOSDA S.A., rechazar el recurso de apelación deducido por la actora a fs. 344/349vta. y hacer lugar al recurso de apelación deducido por la demandada Franz y Pepone S.A., y en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 327/330 y rechazar la demanda en todas sus partes.

2. Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68 C.P.C. y C).

3. Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado a favor de los letrados intervinientes y readecuar los mismos del siguiente modo: Para las letradas ..., por su actuación en doble carácter por la accionante, en la suma de \$ para cada una; para el letrado ..., letrado patrocinante de la misma parte, en la suma de \$; y para ..., en doble carácter por las demandadas, en la suma de \$ (conf. art. 279 del CPCyC y arts. 6, 7, 9, 10, 39 y cc. de la ley



1594). Regular los de esta etapa en un 30% de los anteriores (art. 15, LA).

4. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Cecilia PAMPHILE , Jorge D. PASCUARELLI
Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA