

DERECHOS DE AUTOR

Utilización de obras musicales sin autorización en avisos publicitarios. Procedencia del cobro perseguido por SADAIC.

***Hechos:** La Sociedad Argentina de Autores y Compositores interpuso demanda contra una bodega por el cobro de derechos de autor respecto de la utilización de obras musicales sin autorización en avisos publicitarios. La sentencia y, a su turno, la Cámara, hicieron lugar a la acción.*

La sentencia que admitió la acción por cobro de derechos de autor respecto de la utilización de obras musicales sin autorización en avisos publicitarios por parte de una bodega debe confirmarse, pues, a pesar de que la demandada invocó no haber contratado espacio de publicidad alguno, no logró desvirtuar los argumentos dirimientes del decisorio de grado.

C1aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 22/05/2014. - SADAIC c. Bodegas y Viñedos, Rubino Hnos. SACIFA s/ cobro de pesos.

[Cita on line: AR/JUR/17703/2014]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Sadaic c. Arancibia, Claudio y/u otro", 29/05/1980, AR/JUR/4785/1980.



CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

VIBES, Federico P., "Utilización de obras musicales en publicidad audiovisual", LA LEY 25/08/2010, 9, LA LEY 2010-E, 76.



COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

2ª Instancia. - Mendoza, mayo 22 de 2014.

1ª cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª cuestión: en su caso, ¿qué solución corresponde? 3ª cuestión: costas.

Un fallo que reafirma el concepto de carga dinámica de la prueba

POR GUSTAVO DE JESÚS y
MANUELA ADROGUÉ

Sumario: 1. Planteo de la cuestión. — 2. Los hechos. — 3. Las probanzas. — 4. La carga dinámica probatoria. — 5. Conclusión.

1. Planteo de la cuestión

En el fallo que nos toca comentar nos interesa rescatar la noción de carga dinámica de la prueba, que ha venido abriéndose paso con firmeza en la jurisprudencia desde hace cierto tiempo. No nos detendremos en la cuestión relativa a la legitimación de SADAIC para cobrar los aranceles por la difusión de una obra musical, cuestionada por la actora, por cuanto la misma ha sido reconocida

de manera constante por los tribunales, por lo que nos parece ocioso detenernos en este aspecto vinculado a los derechos de autor y su protección. (1)

Quiere decir entonces que el fallo bajo análisis no versa directamente sobre un tema de derecho de autor propiamente dicho, sino que se centra en la prueba vinculada con la difusión de obras protegidas por tal derecho. Más concretamente, sobre la producción y evaluación de la prueba tendiente

(1) "Tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes respecto a la facultad de S.A.D.A.I.C., conforme al art. 1º del dec. 5146/1969, de percibir los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas, cualquiera sea el medio y las modalidades; es decir, el sólo uso de la obra de cualquier forma y por cualquier medio (salvo excepciones, como por ejemplo las contempladas por el art. 36 de la ley 11.723 ó 35 del dec. 41.233/1934), le permite a la asociación civil y de carácter privado, representativa de los creadores de música (Art. 1º dec.-ley 17.648/1968), precisamente como representante de su autor, a determinar las condiciones a que se ajustarán los usuarios, fijar aranceles (Art. 3º dec. 5146/1969) y percibir los derechos patrimoniales de su representado" (del fallo de segunda instancia que motiva el artículo).

Sobre la primera cuestión propuesta la doctora *Orbelli* dijo:

I. En la primera instancia se hizo lugar a la demanda de cobro de pesos promovida por S.A.D.A.I.C en contra de Bodegas y Viñedos Rubino Hnos. S.A.C.I.F.A., impuso costas y se reguló honorarios profesionales.

II. Sostuvo la magistrada de grado que la actora se encuentra facultada para determinar y recaudar los aranceles correspondientes de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1°, 2° y 4° de la Ley 17.648; y que es el propio estado quien reconoce su representatividad, encontrándose permanentemente fiscalizada mediante auditores designados por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y la Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación, ello conforme lo dice la Resolución 618/1997.

Seguidamente tuvo por acreditada la difusión del aviso publicitario, ello conforme al informe expedido por el apoderado de Radio Nihuil S.A. a fs. 126, el que no se contradice con la testimonial de fs. 87 y es compatible con la factura obrante a fs. 6 que oportunamente emitió SADAIC.

En consecuencia, y conforme a jurisprudencia citada, concluyó la juez *a quo* en el rechazo de la excepción de falta de acción, como así también de la falta de

legitimación sustancial pasiva o inhabilidad de título opuestas por la demandada.

III. A fs. 172/174, expresa agravios la demandada Bodegas y Viñedos Rubino Hnos. SACIFA, solicitando se revoque la sentencia apelada, por las razones que desarrolla.

En primer lugar se agravia el apelante por haber sido los antecedentes probatorios totalmente inobservados e ignorados, por lo que adolece la decisión del vicio de arbitrariedad, careciendo la sentencia de todo fundamento legal y fáctico, tratándose de una mera expresión de voluntad del juzgador, desprovista del sustento probatorio.

Seguidamente destaca que, el actor en la proposición de su prueba ofrece las instrumentales de los puntos 2 y 3 de fs. 35 vta. y del punto 3 a de fs. 36, surgiendo de las mismas el reclamo por el cobro de “derechos adeudados”, desestimado por la demandada claramente por la carta documento obrante a fs. 9 y fs. 12, desconociendo cualquier contratación o responsabilidad por la eventual difusión de avisos radiales que se refieran a la empresa demandada. Manifiesta que, su parte expone razones y sólidos fundamentos desde que fue intimada por el actor a fs. 8. Pese a la claridad de las explicaciones, la sentencia de primera instancia prescindió de los elementos probatorios para la correcta resolución e

a determinar quién debe ser considerado responsable de dicha difusión y consecuentemente de la obligación de pago del canon por derechos de autor que dicha difusión genera. En nuestra opinión, la trascendencia del pronunciamiento radica en que situaciones como las en él analizadas son frecuentes en este tipo de demandas de SADAIC, por lo que la jurisprudencia sentada por el tribunal puede influir en futuros reclamos similares al presente.

2. Los hechos

Resumidamente expuestos, los hechos son los siguientes: SADAIC reclamó a la bodega demandada el cobro de aranceles por la difusión de una obra musical en el marco de una publicidad emitida por radio para promocionar un producto fabricado por aquella que se emitió entre los meses de abril a agosto de 2008. La accionada resistió el reclamo alegando la falta de contratación de la publicidad en cuestión.

En el caso es incontrovertido que se difundieron obras protegidas por derecho de autor, que las mismas se difundieron como parte de un espacio publicitario radial para promocionar los productos de la demandada y que ello genera la obligación de

pago de un canon. Lo que se discute es quién debe soportar el pago del mismo. Y aquí es donde juega un rol fundamental la prueba producida y el análisis que el Tribunal realiza de la misma.

3. Las probanzas

En sustento de su reclamo, la actora produjo un informe de la radio donde se había difundido la publicidad cuestionada, por medio del cual se certificó la difusión de la pauta publicitaria respecto del producto de la bodega demandada en el período invocado por la actora en su demanda. Por su parte, la demandada pretendió desligarse de toda responsabilidad alegando que nunca contrató la publicidad en cuestión por lo que mal podría responsabilizársela por el pago de los aranceles reclamados por SADAIC. En apoyo de su defensa, la demandada invoca una carta documento enviada a la actora rechazando su reclamo y una carta de la productora del programa radial, asumiendo su responsabilidad por el “error” de haber difundido las obras. De la lectura del fallo de primera instancia al que tuvimos acceso, surge que la accionada fue negligente en la producción

ignoró en el pronunciamiento las cartas manuscritas obrantes a fs. 1, 3 y vta. y 14 de la productora del programa Sra. Fernanda Cabaña, reconociendo expresamente el “error cometido y asumiendo a su propio y exclusivo cargo la total responsabilidad frente a los derechos musicales del Sr. P., titular de la obra utilizada por la Sra. C., insistiendo en su error involuntario.

Advierte que, su parte explica claramente el por qué de la inconveniencia y falta de justificación absoluta de todo interés de la empresa en contratar cualquier programa radial, surgiendo del nexo probatorio de la causa, la falta de razón del reclamo del actor dirigido a su parte, no existiendo obligación alguna respecto de su parte, sin causa legítima que la genere, como ha sucedido en las presentes actuaciones, en la sentencia de primer instancia se ha ignorado el precepto consagrado por el art. 499 del Cód. Civil.

Agrega a fin de estimar la gravedad de perjuicio que le ocasiona, que el pronunciamiento se dicta prescindiendo del mérito probatorio de los elementos incorporados al proceso, solicitando se declare la falta de acción de la pretensora y, la consiguiente falta de legitimación sustancial pasiva de su parte.

III. A fs. 179/180, contesta agravios la actora solicitando la deserción del recurso por no reunir la expresión de agravios los requisitos del Art. 137 del C.P.C. y

también que se rechace el recurso de apelación con costas, ello por las razones que expone y que doy por reproducidas, a mérito de la brevedad.

VI.a.- Entrando en el análisis del recurso traído a examen debo decir que: previo a todo y en sentido coincidente con anteriores pronunciamiento de esta Cámara, dejaré sentado que considero improcedente recurrir en mi voto a la doctrina de la arbitrariedad que reiteradamente invoca el apelante.

Para ello tengo en cuenta que reiteradamente la jurisprudencia local ha resuelto que: “La circunstancia de que el apelante diga que la prueba ha sido arbitrariamente valorada no impide que el Tribunal de Apelaciones, que asume la plena jurisdicción del expediente en todos aquellos aspectos que han sido impugnados, verifique si existe error en la apreciación del material fáctico -el probatorio incluido-, y detectado, el Tribunal revisor debe corregirlo, aunque la equivocación del inferior no alcance caracteres de arbitrariedad o absurdidad. En consecuencia, no se trata de determinar si el juez de Primera Instancia “rompió o no el proceso lógico del razonamiento” sino de analizar la prueba rendida y comparar si el resultado al que llega al inferior coincide con el criterio del Tribunal ordinario que revisa..., con plena Jurisdicción” (S.C.J. Mza., 28/12/2004, “Leytes, Teresa E. en J...”, Revista del Foro

de la prueba por ella ofrecida, razón por la cual fue declarada la caducidad de su derecho a producirla.

Entendemos que esta orfandad probatoria de la parte demandada, debilitó de manera determinante su defensa y consiguientemente sus probabilidades de obtener un resultado favorable.

4. La carga dinámica probatoria

Es sabido que el fin de todo proceso judicial es desentrañar la verdad jurídica objetiva de los hechos controvertidos en el pleito, ello, en aras de arribar a una decisión justa con arreglo a derecho. Frente a tal cometido, las pruebas que cada una de las partes ofrece —y, sobre todo, su producción—, constituye un momento fundamental en el proceso, pues a través de la actividad probatoria que despliegan las partes se busca provocar el convencimiento y/o certeza del juez sobre la existencia —o no— de los hechos invocados, a cuyo respecto debe pronunciar su fallo. (2)

(2) DARCY, Norberto C. “Apuntes sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, *elDial.com*, DC987.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas, flexibilizando el rigor de los principios tradicionales, se inclina por poner la carga de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. No se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que ella falte, es decir, que a esa parte le corresponde el interés de que tal hecho quede probado o de evitar que se quede sin prueba y por consiguiente el riesgo de que falte (lo cual se traduce en una decisión adversa). Esta teoría es particularmente aplicable en las relaciones de consumo, donde pueden configurarse determinadas situaciones en las que el consumidor se encuentre imposibilitado o con serias dificultades para probar determinado hecho.

En definitiva, debe entenderse a la carga probatoria dinámica como un medio novedoso en pos de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva. Esto es así a pesar de que en el sistema procesal en el que nos movemos, cada una de las partes deba buscar la victoria judicial únicamente por su propio esfuerzo (con la posibilidad de no invocar elementos que puedan contribuir a la victoria

de Cuyo Nro. 66, pág. 186. En torno a las diferencias que existen entre el recurso de in-constitucionalidad por arbitrariedad y el de apelación, véase también: CC2, 24/10/2011, causa Nro. 187.550/36.099, “Araya, Salvador Clemente c. Castro Fernando L. p/ d. y p.” y CC 1: 11/11/2011, autos Nro. 132.723/43.811, “Dalvian S.A. c. Alberto Tohmé Sociedad Anónima p/ div. de cond. y sus acumulados”; autos N° 112.406/44.400 caratulados “Calabria Antonio Rodolfo c. Vera Carlos Carmelo y ots p/ d y p entre otros.).

b.- A continuación, recuerdo que el art. 137 del C.P.C. exige que la expresión de agravios puntualice de modo preciso y concreto las causales de nulidad del fallo apelado, si las hubiere y los errores en la apreciación de las pruebas o en el derecho que en la sentencia se ha aplicado, con indicación de los considerandos impugnados, de los medios de prueba analizados y de las normas legales que el apelante considera mal aplicadas.

También hago presente que, al interpretar esa norma citada, nuestros tribunales coinciden en sostener que, el contenido de la impugnación, se vincula en estos casos con la carga que pesa sobre el recurrente en orden a motivar y fundar su queja. Ese imperativo implica señalar y demostrar los errores fácticos o jurídicos que, a juicio del recurrente, tiene

el pronunciamiento atacado y que lo convierten en un fallo contrario a derecho. También se ha insistido en numerosos precedentes en cuanto a que, la mera disconformidad o desacuerdo con la interpretación judicial que pudiera invocar el recurrente, no conforma una expresión de agravios en el sentido técnico que la expresión involucra, si no va acompañada de una adecuada fundamentación que ponga de manifiesto el desacierto de la solución atacada; en esa dirección se dice incluso que no constituye expresión de agravios, en los términos de la norma precitada, la presentación que se limita a reiterar argumentos volcados en la demanda o en piezas procesales posteriormente incorporadas al proceso, que fueron, en su momento, valoradas y decididas por el sentenciante de grado (véase entre otros de esta Excm. Cámara: 13/09/2010, Expte.: 42422, “Martínez, Claudio I. c. Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza y ots. p/ DYP”, LS177 - 159 y 02/09/2009, Expte.: 39827, “Vera, Mario Dante c. Garis, Gustavo W. y Gob. de Mza. p/ d y p.”, LS 174 - 202. En doctrina: Hadid, Husain, comentario al art. 137 del C.P.C. en Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, Coord. Gianella, LA LEY, Bs. As., 2.009, Tomo I, págs. 1.024 y ss).

En el caso, la fundamentación recursiva sólo revela el desacuerdo del apelante con la conclusión a la que

contraria). (3) La teoría de las cargas probatorias dinámicas —*favor probationis*— se inclina por poner el peso de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. No se trata, pues, de la inversión de la carga de la prueba, sino de la atribución directa del peso probatorio, en el caso concreto, a quien se encuentra en mejores condiciones fácticas, profesionales o técnicas de probar. (4) Importa un apartamiento excepcional de las reglas clásicas de distribución de la carga probatoria, desplazando el *onus probandi* en cabeza de quien se encuentra en mejores condiciones de producirla, en atención a las circunstancias de cada caso. (5)

En base a las pautas delineadas por la doctrina y la jurisprudencia, el concepto de carga dinámica

de la prueba implica distribuir la prueba de la siguiente forma: a) quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso; b) quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva; c) quien esté en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, d) quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, e) quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, f) quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, g) quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, h) quien quiera innovar en la situación de su adversario, i) quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, j) quien esté en mejores condiciones de probar, k) quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, l) la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, m) quien afirme hechos anormales. (6)

(3) DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis, “La buena fe en la estructura procesal”, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 862.

(4) LEGUISAMÓN, Héctor E. “La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas”, en pág. 109 y subs. En “Cargas Probatorias Dinámicas” dirigida por Jorge Walter PEYRANO, Ed. Rubinzal-Culzoni 2004.

(5) DARCY, Norberto C., Op. Cit.

(6) WHITE, Inés Lepore, “Cargas Probatorias Dinámicas” en Suplemento de La Ley N° 49, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Abril 2006.

arribó la juez de grado, que rechazó las excepciones interpuestas por la demandada. La queja, de tal modo, se convierte en una simple discrepancia- basada en la reiteración de argumentos oportunamente debatidos y resueltos- que no puede ser técnicamente considerada como una expresión de agravios. Dicho más claramente, la apelante no ha puesto en evidencia que la sentencia en crisis contenga una valoración desacertada de la prueba reunida.

Sin perjuicio de lo anticipado y para evitar aferrarme a un criterio excesivamente formalista, argumentaré a continuación, a todo evento, en torno de las razones que me llevan a considerar que, en la medida de la queja, el fallo traído a revisión, desde cualquier punto de vista debe ser confirmado.

c.- La ley 17.648 y su decreto reglamentario 5146/1969 reconoce a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (S.A.D.A.I.C.), como asociación civil y cultural de carácter privado, representativa de los creadores de música nacional y las sociedades autorales extranjeras, con las cuales se encuentra vinculada mediante convenio de asistencia y representación recíproca; encontrándose facultada a gestionar los derechos económicos de autor, emergentes de la utilización de obras musicales y literarias musicalizadas, cualquiera sea el medio y las modalidades.

Sin embargo, en el caso bajo estudio la parte demandada no realizó el esfuerzo siquiera de probar lo que alegaba, hecho que la beneficiaba. Su postura consistió en negar la contratación de la publicidad en cuestión. Claro está que no pretendemos sostener que la demandada debía demostrar un hecho negativo, pero sí podría haber demostrado, por ejemplo, que había contratado con otros medios publicitarios (y que en ellos sí había pagado el canon correspondiente a SADAIC); presentar sus libros contables con el detalle de los gastos en publicidad en los últimos tiempos; el archivo que le entregó a la radio con la publicidad que debía transmitirse (y en la cual no se encontraba la pieza musical en pugna); demostrar sobre quién caía la carga de abonar el canon a SADAIC; etc. Porque, como señalamos más arriba, una de las pautas que dan lugar a la aplicación de la carga dinámica de la prueba es que quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas tiene el deber de presentar las evidencias que sostengan su afirmación.

Y en el caso bajo análisis, habiendo quedado demostrado que existió la difusión de la publicidad

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes respecto a la facultad de S.A.D.A.I.C., conforme al art. 1° del decreto N° 5146/1969, de percibir los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas, cualquiera sea el medio y las modalidades; es decir, el sólo uso de la obra de cualquier forma y por cualquier medio (salvo excepciones, como por ejemplo las contempladas por el art. 36 de la ley 11.723 ó 35 del decreto 41.233/1934), le permite a la asociación civil y de carácter privado, representativa de los creadores de música (Art. 1° decreto-ley N° 17.648/1968), precisamente como representante de su autor, a determinar las condiciones a que se ajustarán los usuarios, fijar aranceles (Art. 3° decreto N° 5146/1969) y percibir los derechos patrimoniales de su representado.

En este sentido, se ha dicho que la Sociedad Argentina de Autores y Compositores tiene a su cargo la percepción en todo el territorio de la República de los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales, cualesquiera sea el medio y las modalidades, y las personas jurídicas, sean nacionales o extranjeras, que hayan de percibir esos derechos, deben actuar a través de esas entidad (5ta CC Córdoba, diciembre 22-992, "SADAIC c. Night Club Status y otro", LLC, 1993-276, CNCiv., sala C, mayo 29-984, "Sadaic c. City Hotel", ED, del 06/09/1984, p. 7).

respecto de un producto de la bodega demandada que resulta directamente beneficiaria de tal publicidad, existía una presunción de peso de que ésta la había contratado efectivamente porque, como correctamente se expresa en el fallo de primera instancia, *"...no puede suponerse que alguna publicidad sea emitida gratuitamente para promocionar productos de un anunciante, tratándose de dos comerciantes: por un lado el anunciante y por el otro la radiodifusora que se dedica a la venta de espacio radial"*. Y esa propia lógica de las cosas indica que, siendo la beneficiaria de la promoción de su producto, es natural deducir razonablemente que fue la demandada la que contrató la publicidad en cuestión y, por lo tanto, era la responsable de abonar los aranceles correspondientes a SADAIC.

En definitiva, la negligencia de la demandada, a la hora de presentar su prueba, es lo que selló la suerte de su defensa. (7) En este sentido, la

(7) PALACIO, Lino Enrique, Los deberes de lealtad, probidad y buena fe en el proceso civil, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, 1° edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 812.

d.- La actividad probatoria en el proceso civil, constituye una carga para los litigantes, que puede ser definida como un poder o facultad de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables (conf. Devis Echandía Hernando, Teoría General de la prueba judicial, ed. 1976, TI, p. 421).

La carga de la prueba es el imperativo que pesa sobre los litigantes de suministrar la demostración de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso es decir que se trata de la conducta impuesta a uno o a ambos litigantes,

para que acrediten la verdad de sus afirmaciones y para el Juez implica, que debe resolver la duda acerca de un hecho determinado en sentido desfavorable a la parte que tiene interés en afirmarlo y no lo hace.

Ahora bien, el régimen de la carga de la prueba, interesa en el momento crítico en que debe expedirse el fallo y sólo para el caso que no existan en el expediente suficientes elementos de convicción respecto de la verdad o falsedad de los hechos discutidos. Si obran en el proceso pruebas eficaces para formar el convencimiento del Juzgador, y que le permitan fijar de alguna manera tales hechos, entonces no importa cuál de las partes los haya suministrado, pese o no sobre ella la carga de la prueba, ni por qué medios se ha incorporado a la causa.

declaración de caducidad de su prueba es muestra evidente de su desidia en acercarse al tribunal elementos de convicción que pudieran haber cambiado el resultado del litigio a su favor.

Por dicha razón, la carga probatoria dinámica se vuelve fundamental. En numerosas oportunidades se ha sostenido que es de suma importancia que el juez tome las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos - siempre respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 4º Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación). (8) Así, en el fallo bajo estudio se advirtió que *“cuando el Juzgador advierte que un hecho controvertido de importancia en la causa ha quedado sin justificar, recién entonces buscará guía y mandato en las normas sobre distribución de la carga de la prueba y rechazará la pretensión de aquella parte que tenía interés en afirmarlo por valor de sustento a la misma y al derecho invocado. En ese caso, quien tenía el onus probandi, perderá el pleito”*. De esta manera, la sentencia buscó respetar la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales ya que no se trata del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva. (9) En el mismo sentido, la Corte mantiene la postura por la cual *“la ley*

acuerda a aquéllos [jueces] la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, y tal facultad no puede ser renunciada cuando su eficacia para determinar la verdad sea indudable”. (10) Los jueces no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos. El fin del proceso judicial es resolver un conflicto de la forma más justa posible, para ello es esencial el conocimiento de los hechos por parte de quien debe juzgar. Frente a la imposibilidad de conocerlo, el juez debe dictar sentencia con los medios que posee a su alcance. (11)

5. Conclusión

Creemos que los fallos de ambas instancias aplicaron correctamente el principio de carga dinámica de la prueba, en un caso que de acuerdo al concepto tradicional de carga de la prueba, hubiera quizás “premiado” la conducta displicente de la demandada. Si bien a cada parte le corresponde probar los hechos que dan fundamento a su acción o defensa, es deber de ellas colaborar con la justicia para la dilucidación de los hechos en los que resulta de su propio interés demostrar, bajo el riesgo de enfrentar un resultado desfavorable, como ocurrió en el caso que fue objeto de análisis en esta nota.

(8) ARAZI, Roland, La buena fe y el esclarecimiento de los hechos en el proceso, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, 1º edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 843.

(9) “Colalillo, Domingo c. España y Río de la Plata” - Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/11/1957.

(10) “Monastirsky, Salomón y otro c. Falcón, Sergio y otro” — Corte Suprema de Justicia de la Nación — 07/04/1992.

(11) ARAZI, Roland, Op. Cit., pág. 844.

En cambio, cuando el Juzgador advierte que un hecho controvertido de importancia en la causa ha quedado sin justificar, recién entonces buscará guía y mandato en las normas sobre distribución de la carga de la prueba y rechazará la pretensión de aquella parte que tenía interés en afirmarlo por valor de sustento a la misma y al derecho invocado. En ese caso, quien tenía el *onus probandi*, perderá el pleito.

Resulta evidente entonces, que la carga de la prueba, no es un instituto probatorio, porque gobierna el proceso para el caso de que no funcione la prueba, constituyendo simplemente, una regla de juicio (conf. Carnelutti, Francisco, Estudios de Derecho Procesal, ed. 1, 1952, vol. II, p.110).

La apreciación de la prueba, es el acto mediante el cual el órgano judicial en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquélla para formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso (Palacio Lino E., Derecho Procesal Civil, T. IV, p.411).

A diferencia de lo que ocurría en el sistema de las pruebas legales, donde el valor de los medios probatorios estaba fijado con anterioridad en término general y abstracto, en los códigos de procedimientos modernos, la eficacia de la prueba en cada caso concreto, queda reservada al arbitrio judicial, en virtud de la aplicación de normas flexibles o elásticas.

El sistema de la sana crítica, adoptado por nuestro régimen procesal, supone la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, la discrecionalidad absoluta del Juzgador. Se trata por un lado, de los principios de la lógica y por otro lado, de las máximas de experiencia, es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente como fundamento de posibilidad y de realidad (Palacio Lino E., obra citada, p. 415).

En las presentes actuaciones la demandada no ha logrado probar el argumento que ella nunca contrató espacio publicitario alguno. Ya que en el informe de Radio Nihuil obrante a fs. 126 se indica que el pautado de Finca La Delfina (Bgas Rubino) en el programa Argentinos por Naturaleza fue emitido al aire entre el 20 de abril y el 3 de agosto de 2008, los domingos en el horario de 12 a 13 hrs. En total fueron 16 domingos de pautado, en los que se emitieron 16 spots con un total de 10.240 segundos. Transcribe los spots publicitarios e informa que se advierte la utilización de la cortina musical de una versión instrumental de la cueca (a una guitarra) DE LA VIÑA NUEVA - Letra y Música: Dardo Félix Palorma.

Conviene recordar que conforme a lo dispuesto por el art. 179 del C.P.C., en general, cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que no fueron reconocidos por la contraria; en particular, corresponde la prueba de los hechos constitutivos a quien los invoca como base de su pretensión; las de los hechos extintivos e impeditivos, a quien los invoca como base de su resistencia; afirma Devis Echandía que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o dicho de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.

La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. Esta existe, en general, para los hechos que, de acuerdo con la norma aplicable, son presupuestos de las peticiones que formula, pero la falta de alegación hace que la prueba resulte inútil e innecesaria, esto es, que desaparezca el interés práctico para la parte en satisfacer la carga de la prueba. La controversia se requiere para que, por regla general, sea necesario aducir al proceso medios probatorios, a fin de que el juez tenga el hecho por cierto, debido a que su admisión equivale a su prueba. (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", Buenos Aires, Víctor de Zavalia Editor, 1976, Tomo 1, pág. 490 y sgtes.) Así, la obligación de afirmar y de probar se distribuye entre las partes, en el sentido de que se deja a la iniciativa de cada una de ellas hacer valer los hechos que han de ser considerados por el juez y que tiene interés en que sean tenidos por él como verdaderos.

En función de la prueba rendida en autos entiendo que la decisión de la juez de instancia es correcta y luce ajustada a derecho. Además el apelante no logra en la fundamentación de su apelación desvirtuar los argumentos dirimentes de la sentencia de grado, tener por acreditado la difusión del aviso publicitario, razón por la cual el recurso interpuesto debe ser desestimado.

Es Jurisprudencia del Superior Tribunal Provincial, "La ausencia de crítica contra uno de los argumentos esenciales del fallo, resta eficacia a cualquier otro que se mencione, puesto que aún siendo aquel exacto, por sí solo no bastaría para variar la solución cuando esta aparece sustentada en fundamentos autónomos, independientes y de igual rango decisorio (L.S. 189-148 y 360; Jurispr. de Mendoza, 2º Serie Nº 34, pág. 49; L.S. 240 - 215, entre varios más)

Por lo expuesto corresponde rechazar el recurso en trato y confirmar en todas sus partes la sentencia en crisis.

Así voto.

La doctora *Isuani* adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión propuesta la doctora *Orbelli* dijo:

Las costas en la alzada corresponde que sean impuestas a la demandada vencida (Art. 36 del C.P.C).

Así voto.

La doctora *Isuani* adhiere, por sus fundamentos al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: 1.- No hacer lugar al recurso de apelación de fs. 157 y en tal virtud confirmar en todas sus partes la sentencia de fs. 146/151. 2.- Costas en la alzada a la demandada vencida (Arts. 35 y 36 del C.P.C.). 3.- Regular los honorarios de la segunda instancia a los Dres. L. M. R. (h) y L. M. R. en la suma de Pesos (\$) en forma conjunta y Dres. A. R. M. y N. M. B. en la suma de Pesos (\$) en forma conjunta, (arts. 15, 4 y 31 ley 3641) más I.V.A. respecto de los profesionales que acrediten su condición de responsables inscriptos ante la A.F.I.P. a cargo de la demandada vencida. — *Alejandra Orbelli*. — *Marina Isuani*.