En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de febrero del año dos mil dieciocho, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**S. A. de G. de A. I. A. C. (SAGAI) c/ S. S.A. s/ Cobro de pesos- CIVIL (Expte. N°139 Año 2017)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 101/14), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.97.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda entablada por la S. A. DE G. DE A. I. A. C. (SAGAI) contra S. S.A. e impuso las costas a la actora y reguló honorarios en la unidad de medida arancelaria.

Para así resolver indicó que en la causa se demandó el cobro de las sumas que la ley 11.723 reconoce, en su art. 56, a los intérpretes de obras literarias o musicales por la difusión o retrasmisión mediante el uso de televisores.

Cita a la ley 23.921 que incorporó el art. 12 de la Convención de Roma (1961) que obliga al utilizador de fonogramas al pago de una remuneración única y equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes, al Dec. 1914/2006 que reconoció a SAGAI legitimación para la percepción de las retribuciones previstas por el art. 5 de la ley 11.723 y a la Res.181/2008, de la Secretaría de Medios de Comunicación que estableció los derechos

retributivos que deberán abonarse por la explotación, puesta a disposición interactiva, o comunicación pública de interpretaciones actorales o de danza, en establecimientos de alojamiento u hospedaje y que en su anexo describe que serán tales aquellos cuya actividad principal sea la prestación de alojamiento a huéspedes y viajeros mediante compensación económica.

Por su lado, la demandada negó que el establecimiento de su propiedad se encuentre incluido dentro de los parámetros de un hotel u hospedaje, sino que lo explota por medio de contratos de alquiler temporarios con fines turísticos y por ello, ajenos al supuesto legal.

La magistrada de grado expone sobre el contrato de hospedaje, valora la constatación judicial cumplida sobre el inmueble y concluye que era carga de la actora probar los extremos que determinarían la obligación de la demandada de abonar la retribución que se pretende, quedando su reclamo huérfano del sustento fáctico necesario para la procedencia de la acción. (art. 381 del CPCC), por lo que rechaza la demanda.

La sentencia es apelada por la actora a fs.91. Puestos los autos en Secretaría presentó la expresión de agravios agregada a fs. 85/87 y por SIC se admitió la documental que obra agregada a fs.84. A fs.91 se agregó la contestación a los agravios de la actora.

2.

<u>Los agravios de la parte actora</u>

Refiere la apelante que en la sentencia se hace una inadecuada valoración de la prueba aportada que podría viciar la sentencia por incongruencia y consecuentemente por arbitrariedad.

Alude a que en su conteste ha cuestionado el encuadre que le da la demandada al establecimiento ya desde el mismo nombre de fantasía con el que se ofrece al público como “A. H.”. Indica la normativa provincial que

categoriza y clasifica los alojamientos turísticos y que incluye a los A. H. que prestan los servicios descriptos en la documental que acompaña.

Dirá también que de la simple consulta de la constancia de inscripción en la la AFIP surge la actividad principal de la demandada.

Indica que la accionada para justificar el encuadre dentro de la ley de locaciones urbanas debió haber ofrecido como prueba documental los contratos de locación sobe los cuales referenciar y no lo hace.

Refiere también que surge de la constatación de fs.26 que el establecimiento posee certificación de habilitación comercial a nombre de la requerida preguntándose para que sería ello necesario si realizara locaciones urbanas.

En el marco de esa ley dice que lo que excluye de cumplimiento el art. 2do es el plazo locativo con fines turísticos.

Sigue diciendo que resuelto que el A. H. realiza una explotación comercial que encuadra dentro del art. 5.1 de la Res. De la Secretaría de Medios, es obsoleto el planteo sobre la existencia o no de comunicación al público de las interpretaciones artísticas dentro de las habitaciones de los establecimientos de hospedaje. Dirá que la cuestión fue resuelta en un fallo plenario de la Cámara Civil en pleno y luego por la CSJN, determinando que las habitaciones de los hoteles no se encuentran comprendidas dentro de la excepción al pago de los derechos de intérpretes.

3. <u>Tratamiento de los agravios</u>.

a) Previo al ingreso del tratamiento de la cuestión de fondo, es menester recordar, que el agravio es la medida de la apelación. Es decir, que los tribunales de Alzada sufren en principio una doble limitación: la que resulta de la relación procesal que aparece con la demanda y contestación (congruencia) y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso al formular sus agravios.

Por su lado vale señalar, que la expresión de agravios, constituye un acto de alegación. Este tipo de actos procesales tiene por objeto aportar al proceso datos de hecho y de derecho involucrados en el conflicto determinante de la pretensión, ya para introducirlos, ya para enjuiciar su valor. Esta última función la cumplen las alegaciones críticas y de esta naturaleza participa la expresión de agravios. Por ello, la fundamentación del recurso debe contener, esencialmente, una crítica o censura de las motivaciones de la sentencia apelada. La crítica debe ser concreta; esto es, precisa, dirigida a las argumentaciones desarrolladas en el fallo impugnado. Asimismo, la expresión de agravios debe ser razonada. No alcanza para superar el vallado del juicio de admisibilidad del art. 268 del CPCC enunciar los errores que exhibe la sentencia impugnada; es necesario demostrarlos. En otras palabras, la crítica debe instalarse en la propia expresión de agravios. Por fin, el acto de alegación que analizamos, debe respetar los principios de la lógica.
Con tales premisas y teniendo presente que este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional, ingresaré al tratamiento de los agravios de la parte actora.

b) Inicio el tratamiento de los agravios señalando a la recurrente que, aun cuando se dispuso agregar la documental de fs.84 frente a la mera declaración de no haber tenido conocimiento de la misma antes del llamado de los autos para sentencia, es un dato objetivo y cierto que, al tiempo de incoar la demanda, individualizó al demandado como “N. L. A. H.” y/o a

quien resulte civilmente responsable de la explotación comercial del hotel cuyo nombre de fantasía es “N. L. A. H.”.

A ello se puede sumar la constatación requerida como medida preliminar cuya acta se agregó a fs. 26 y de donde se consigna un certificado de habilitación comercial a nombre de “A. H. N. L.” propiedad de S. S.A., lo que habilitó que a fs. 27 rectificara la persona

demandada.

Con ello quiero significar que todo lo que incorpora en su agravio respecto de las características de los establecimientos así categorizados o clasificados quedarán fuera de la fundamentación recursiva (art. 280 CPCC), pues ese dato objetivo no lo desconocía al tiempo de formular la demanda.

Tengo para mí, que las comodidades y prestaciones que se brindan eventualmente en los departamentos que integran el establecimiento debió acreditarlas la parte en la etapa procesal que correspondía y no por vía de incorporar en esta instancia y frente a los argumentos sentenciales, la impresión de una página web.

c) Por su lado, también resulta otro dato procesal objetivo y cierto que la parte actora no ofreció prueba (salvo documental) en el momento procesal oportuno (v. fs. 49).

Y tal como se afirmó en la sentencia, a mérito del art. 381 del CPCC, la parte actora debía probar la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal.

Este argumento medular de la sentencia no es rebatido eficazmente por la recurrente. Se ha sostenido reiteradamente, que la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio litigante: es una circunstancia de riesgo, que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito si de ello depende la

suerte de la litis.

El principio de autorresponsabilidad de la parte en la proposición de la prueba indica que deberá cargar con las consecuencias de su omisión. ”La carga de la prueba implica, por una parte, una regla para el juzgador (regla de juicio), toda vez que indica cómo debe fallar, en el caso de no encontrar la prueba de los hechos sobre los cuales fundará su decisión y reviste asimismo, el carácter de una regla de conducta para las partes, porque fija cuáles son los hechos que a cada una le interesa acreditar; lógicamente consagra el principio de autorresponsabilidad de los litigantes, pues deja librado a su arbitrio el aportar o no pruebas al proceso, sometiéndose en este último caso a las adversas consecuencias."(L., M. R. c/ A. T. S.A. s/ Indemnización por despido" - SALA Nº 2 CÁMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO - RS - L000 353 RSD-26-96 - Resolución Definitiva - 13-5-1996. Base elDial - AR26D).

Desde esta perspectiva, no puede la actora requerir de esta Cámara consulte la constancia de inscripción en la AFIP de la demandada para determinar cuál es su actividad principal ni tampoco que dé respuesta a los planteos conjeturales que nos propone en sus agravios.

Tampoco puedo soslayar que esgrime en su expresión de agravios que contestó un traslado por las excepciones previas opuestas por la contraria, por no ser ello ajustado a este expediente procesal, lo que denota una mínima desatención de su planteo.

La cuestión del encuadre en la ley de locaciones urbanas, tampoco reviste el carácter de crítica concreta y razonada.

En primer término y como ya expuse, en cuestión que llega firme a esta instancia la carga de la prueba incumbía a la actora, por lo que la

manifestación respecto a la prueba que debió ofrecer la demandada, es inadmisible y no constituye agravio a considerar.

Luego, la magistrada de grado ha sostenido que el complejo de departamentos está destinado a locación con fines turísticos y la posición de la parte no marca más que un mero disenso con lo resuelto en la sentencia de grado.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 2 inc. b) de la ley 23.091, quedan excluidas del plazo mínimo legal (2 años vivienda y 3 años los restantes destinos), "las locaciones de viviendas con muebles que se arrienden con fines de turismo, en zonas aptas para ese destino", presumiéndose que el fin no es turismo, "cuando el plazo del alquiler supere los seis meses".

De modo que en criterio contrario con el que expone la parte, en el sentido que la ley no las contiene, quedan como exigencias de la norma: a) que el fin sea turístico; b) que el inmueble se encuentre en zonas "aptas para turismo"; c) que la locación contenga los muebles; d) como principio, que su plazo convencional de duración, no exceda de 6 meses.

Por lo brevemente expuesto voy a sostener que la sentencia dictada se ajusta a derecho y debe confirmarse el rechazo de la demanda en tanto la actora no logró justificar que S. SA resulte obligado al pago de los derechos cuyo cobro persigue en este proceso.

4.

Las costas en esta instancia deberá asumirlas la recurrente vencida en el proceso. (art. 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados que intervinieron en esta sede, conforme su mérito y resultado obtenido, propongo se fijen para el Ab. A. F. F. L. en el 30% de lo que resulte determinado para la instancia de grado y para la Ab I. V. E. B. en 8 jus, sin perjuicio de los

mínimos legales y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 7, 13 y cctes. de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1. Las cuestiones fácticas traídas a decisión. Las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por la colega que me precede en el voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos los desarrollos efectuados al respecto por la Sra. Magistrado preopinante. Centraré la atención, para el sustento individual de mi argumentación, en el análisis de los aspectos traídos a revisión a esta Cámara.

2.- Metodología empleada para el tratamiento de los agravios. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414,

AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

3.- Cuestión preliminar. Principio de irretroactividad de la ley. Normativa aplicable. Tratándose de una cuestión que debe resolverse mediante la legislación civil y estando en vigencia el Código Civil y Comercial (Ley 26.994) al momento de suscripción del presente acto jurisdiccional, corresponde precisar que, si bien la normativa de ese cuerpo establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, a su vez instala, -al igual que lo hacía el art. 3 del Código derogado-, un límite a su aplicación retroactiva.

En este marco, la novel codificación rige para los hechos posteriores o aquellos que se encuentren en curso de ejecución. Las consecuencias de hechos pasados constitutivos de relaciones o situaciones jurídicas, como el que se analiza en este caso, quedan sujetos a la ley anterior (Ley 340), pues se trata de una situación jurídica consumada. (Ver: mis trabajos: JALIL, Julián Emil. "*La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial*", Ed. La Ley, RCyS 2015XI, 22 AR/DOC/3240/2015. Y Asimismo: JALIL, Julián Emil, "*La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil"*, Ed. La Ley, RCCyC, 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015).

4.- Suficiencia técnica del recurso. Los agravios vertidos por la apelante, en su mayoría, circunscriben la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los

errores del judicante de grado que consideran como causa eficiente de sus agravios, por lo que corresponde su tratamiento en esta Instancia al constituir una crítica seria, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC.

5.- Tratamiento de los agravios. **Metodología**. Centraré el tratamiento de los agravios siguiendo la metodología empleada por la Sra. Magistrada que me precede en el voto.

6.- Cuestión preliminar. La documental de fs. 84. Comparto plenamente lo expuesto por la Sra. Jueza de VILLAFAÑE en torno a que carece de relevancia técnica en este proceso dicha documental por dos motivos:

- Por un lado, por no haber sido aportada al momento de contestar la demandada; y
- Por otro, porque se trata de una impresión de una página web cuya autenticidad no se encuentra acreditada.

7.- La existencia de los presupuestos para la viabilidad de la pretensión procesal. La Sra. Jueza de grado ha sido clara en que estos presupuestos debían ser acreditados por la actora. Ello no ha ocurrido en la etapa procesal oportuna. Es decir, la parte actora no ofreció prueba, solo acompaño prueba documental que no alcanzó para probar los hechos y el derecho invocado, siendo desestimada la acción en base a esa carencia procesal.

Aquí adquiere relevancia el principio de autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de libertad para llevar o no la

prueba de los hechos que las benefician y las contrapruebas de las que pueden valerse.

Como ha explicitado la doctrina y la jurisprudencia, dicho principio se imputa a quienes actúan ante la justicia configurándose en dichas circunstancias la conducta procesal como fuente de prueba (Ver entre otros FALCÓN en *Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, Editorial Astrea 2006; p. 423 ss. y ccs FENOCHIETTO-ARAZI en *Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, Editorial Astrea, 1985, p. 569; FASSI-YAÑEZ en *Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, Editorial Astrea, ps. 765 ss. y ccs, 1988 y fallos: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma, 20/12/2016, Gutierrez, Elba c. Mazziotti, Jorge L. s/ daños y perjuicios, RCyS 2017-VII, 78, AR/JUR/96721/2016. Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial I, 03/07/2014, Forestagro S.A. c. Las Camelias S.A y otro s/ ordinario, LLLitoral 2014 (noviembre), 1138, AR/JUR/35775/2014. Asimismo: esa misma Cámara en: "Romero c. González" del 13/12/2013; "Cabral c. Casse" del 25/2/2014; "Andrade c. Piana" del 19/12/2012; "Beluzzo c. Banco Macro S.A. s/ Sumarísimo" del 1/10/2013 y más recientemente: "Scatolaro c. Comparin" del 20/5/2014), por existir evasivas, admisiones de hechos, falta de ofrecimiento de prueba y en general las actitudes omisivas que redundan en contra de las pretensiones incoadas.

Bajo estos lineamientos, y ante la omisión ya significada, carece de fundamento la solicitud de la apelante en torno a que se consulte la inscripción en la AFIP de la demandada para determinar cuál es su actividad principal y que dé respuesta a sus planteos, pues la carga de plantear e impulsar oportunamente dicha diligencia reposa sobre el accionante.

8.- El encuadre en la ley de locaciones urbanas. En razón de los argumentos explicitados en el punto anterior, y en base al art. 381 del CPCC se puede colegir que la carga de la prueba en estos autos correspondía a la parte actora.

En este marco, debió dicha parte acreditar mediante la prueba informativa correspondiente que la demandada se encontraba inmersa dentro del ámbito de la normativa citada (Ley 11723, 23.921, decreto 1914/06, y Res SMC 181/08).

Al haber desconocido la parte demandada que el establecimiento se encuentra incluido dentro de los parámetros de un hotel u hospedaje, (pues, según sus dichos-, su destino era el de locación de departamentos), la carga de probar dicho extremo para enlazarlo con lo dispuesto en la Res. de la SCM Nº 181/08 pesaba sobre la actora, circunstancia que, -como expliqué oportunamente-, no aconteció en autos.

Bajo estos parámetros, considero que la parte actora no logró demostrar que la demandada se encuentre obligada al pago de conformidad a los parámetros previstos en la normativa vigente.

9. Las costas en Segunda Instancia. Con relación a la imposición de costas, es de señalarse que las mismas no responden a una cuestión matemática, sino que obedecen a factores o elementos de juicio, en cuyas apreciaciones la ponderación judicial juega un papel preponderante. Al respecto, vale decir, que su exención sólo debe acordarse excepcionalmente cuando medien razones muy fundadas, por ello el instituto debe ser aplicado con criterio restrictivo.

Desde esta perspectiva, la imposición de estas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado

en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario. (CNA Comercial, sala F, *Dunas y Mar S.A. c/ Tejerina José y otro,* 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. CNA Comercial, sala E, "*Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI*", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; CNA, sala B, "*Club ciudad de Buenos Aires asociación civil*", 12/ 04/ 2010, LL Online, AR/JUR/21510/2010; CNA Civil, sala E, "*Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros*", 19/04/2010, LL Online, AR/JUR/15518/2010), en este orden ideas, corresponde imponerlas al apelante vencido. (Conf. art. 69 del CPCC).

10. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 ley XIII N° 4). Bajo estos parámetros coincido con lo dispuesto por la Sra. Magistrada de Cámara que me preceden en el voto.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

De compartir los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 58/61 en todo lo que ha sido materia de agravio.
2. **IMPONER** las costas en la Alzada a la recurrente vencida (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. A. F. F. L. en el 30% de lo que resulte determinado para la instancia de grado y los de la Ab I. V. E. B. en 8 (ocho) jus, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 7, 13 y cctes. de la ley arancelaria).
3. **DE FORMA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por mi colega de Cámara, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2018.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 58/61 en todo lo que ha sido materia de agravio.
2. **IMPONER** las costas en la Alzada a la recurrente vencida (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. A. F. F. L. en el 30% de lo que resulte determinado para la instancia de grado y los de la Ab I. V. E. B. en

8 (ocho) jus, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 7, 13 y cctes. de la ley arancelaria).

3. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE

REGISTRADA BAJO EL N° /18 SDC. CONSTE.