



(RGE:E-5999-0)

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial-Necochea

En la ciudad de Necochea, a los 19 días del mes de diciembre de dos mil trece, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, en acuerdo ordinario a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: **“DE G., G. L. c/USINA POPULAR COOP. s/Cumplimiento de contratos civiles y comerciales”** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Fabián Marcelo Loiza, Oscar Alfredo Capalbo y Humberto Armando Garate, habiendo cesado en sus funciones el Dr. Garate (Decreto del P.E.N. nº 200 del 13 de mayo de 2013).

El tribunal resolvió plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N E S

¿Es justa la sentencia de fs. 242/247vta.?

¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:

I. El entonces señor Juez de grado Dr. Humberto Jorge dictó sentencia haciendo lugar a la demanda que oportunamente iniciara Radio Necochea SRL contra la Usina Popular Cooperativa Sebastián de María

condenando a esta última al pago de la suma de PESOS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 25/100 CENTAVOS mas los intereses desde la mora calculados a la tasa activa.

Entendió el a quo que la “sociedad cooperativa (sic) ha sido demandada por actos que hacen a la vida misma de la sociedad y que no son extraños a su objeto social, está (...) probado (...) que el contrato de publicidad era práctica corriente en la sociedad y que el mismo no fue objetado por los órganos de fiscalización pertinente (sic)”.

Cita la prueba que entiende torna procedente el reclamo y añade que “la prueba aportada por la demanda (sic) no alcanza a enervar la viabilidad de la acción intentada, toda vez que el no pago de la deuda implica un flagrante abuso de derecho y enriquecimiento ilícito”.

Respecto de los terceros citados por la demandada para una eventual acción de repetición, resuelve que la citación es correcta imponiendo las costas por su orden, aclarando luego que “Párrafo aparte es la relación interna de los integrantes de la Usina Popular Cooperativa a todo evento deberá tramitar por la vías pertinentes.”.

La decisión es recurrida por el cesionario de la parte actora (De G., fs. 253) por la demandada (fs. 268) y por los terceros citados G. y M. (fs. 326).

La parte actora se agravia de la falta de consideración al admitir la demanda de la suma que constituyó la ampliación de la pretensión original. Refiere en tal sentido que el sentenciante “omite considerar (...) el



Expte. 9373.

monto de la ampliación de la demanda de fojas 84/87 por pesos treinta y dos mil novecientos treinta y dos con 25 centavos”.

Añade que la ampliación de la demanda “*no fue cuestionada, limitándose la demandada a desconocer la documental acompañada (facturas) cuya legitimidad aparece manifiesta a la luz de las testimoniales (...) que explican el procedimiento administrativo de la demandada que concuerda con el seguido en este caso.”*

Se agravia igualmente de la tasa de interés fijada por el *a quo* pues arguye la existencia de intereses pactados (0,1 por ciento por cada día de pago hasta el efectivo pago). Refiere que el interés no es excesivo porque tiene fuente en la autonomía de las partes, está fijado dentro del marco de la observancia de la moral y las buenas costumbres, porque “*además, funciona a modo de daños y perjuicios que le ocasionó (sic) a Radio Necochea la falta de pago por parte de la demandada*” y que el contrato resultó muy beneficioso para la demandada quien intencionalmente dejó de cumplir.

Agrega para sostener su pretensión de aplicación de los intereses pactados que éstos nunca fueron impugnados por la demandada.

Concluye agregando que “*en todos los órdenes de esta expresión de agravios la demandada debe soportar la presunción en su contra decretada a fs. 189 por el a quo (...) por no haber presentado la accionada la documentación que obraba en su poder y que le fuera requerida*” a lo que aduna que también la Radio cumplía una función social

y fue gravemente perjudicada por la falta de pago del contrato a punto tal de precipitarla a un concurso preventivo, reiterando la petición de aplicación de los intereses pactados.

Por su parte la demandada, que viene condenada de la instancia de grado, expone sus agravios comenzando por la alegada improcedencia de dicha condena. Arguye que “*si bien formalmente respondería a un contrato a todas luces apócrifo y sin fecha cierta aportado por la actora, no responde a una contraprestación efectivamente recibida por la entidad cooperativa, erigiéndose por lo tanto en una suma que viene a enriquecer sin causa a la parte actora (...)*”.

Aduce que el a quo no repara en “*la inexistencia de contraprestación realmente ejecutada por la parte actora Radio Necochea SRL a favor de la UPC, limitándose a “apoyarse” en un contrato a todas luces posdatado, que jamás fue motivo de tratamiento ni tampoco de aprobación por parte del órgano de administración de la UPC que está constituido por el Consejo de Administración en pleno*”.

Afirma que “*cualquier acción promovida se funda en un contrato bilateral la ley exige la acreditación de la existencia del mismo, como su cumplimiento por parte de quien reclama. Es decir, el demandante debe demostrar que de su lado ha satisfecho las prestaciones que la convención pone a su cargo, lo cual debe acaecer sumariamente, por cualquier medio*”.



Continúa afirmando la falta de prueba de la efectiva contraprestación por parte de quien se erige como acreedor y quien, según entiende, tenía la carga de la prueba de dicha circunstancia.

En su segundo agravio destaca que la condena de grado “se aparta del régimen de penalidades estipulado de mutuo acuerdo de voluntades por ambas partes (...) en el marco de la autonomía de la voluntad, violando el art. 1137 del Cod. Civil.”. Y continúa “En efecto puede leerse en el pseudo-contrato traído a juicio (...) que ante la hipótesis de falta de pago de dos períodos mensuales consecutivos por parte de la UPC, operaría la rescisión de manera automática del mencionado contrato –“. Argumenta que al no haberse procedido así el juez termina condenando al pago de una suma diez veces superior a la estipulada por las partes.

Finalmente señala que el a quo omitió valorar que el representante legal de la actora confesó mantener con la demandada una deuda por lo que debe hacerse lugar a la compensación, la “que no fue opuesta al momento de contestar demanda debido a que constituye una de las circunstancias sobrevinientes previstas en el art. 163 inc. 7º del CPCC”.

Concluye solicitando la revocación de la sentencia de grado con costas.

A fs. 334/341vta. expone sus agravios el tercero citado R. C. M.. Indica que la distribución de las costas por su orden lo agravia en tanto la citación a proceso no puede tildarse de correcta como lo hace el a quo. En tal sentido enumera una serie de constancias de autos que sostendrían

su postura concluyendo que la citación ha sido injustificada por lo que las costas deben cargarse a la citante UPC.

En su segundo agravio se queja de la mención que realiza el juez de grado –ya citada aquí- en cuanto a que las relaciones con los integrantes de la demandada deberán tramitar a todo evento por las vías pertinentes. Entiende al respecto que no es necesario ventilar en otro procedimiento su actuación en la Usina y pide la revocación de dicha resolución.

Análoga expresión de agravios produce G. –en tanto comparte con M. el carácter de tercero citado- por medio de su apoderado a fs. 338/341.

Las expresiones de agravios reciben contestación a fs. 313/320vta. por el actor, a fs. 321/322vta. por la demandada.

II. Por una cuestión de orden lógico debo comenzar analizando los agravios de la condenada al pago.

El primero de ellos alega la inexistencia de la prestación publicitaria y de difusión que se pactó. Repasemos los antecedentes del caso para atender el reclamo del apelante.

A fs. 15/18 obran sendos contratos titulados “contrato de publicidad” firmados por el tesorero y el presidente de la entidad cooperativa demandada y por el gerente de la S.R.L. que demandó (refrendados por las constancias emergentes de los testigos Gutiérrez, Jáuregui, Vitale y Fuggini



-fs. 184; 186; 188; y 193 respectivamente-; así como lo que surge de la pericia contable obrante a fs. 198/211).

Los contratos son idénticos sólo varía la señal radial que emitiría la publicidad (AM 960 o FM 88.1) y el monto respectivo (v. cláusulas primera y tercera).

El objeto estaba constituido por “*la emisión de publicidad institucional y de la gestión de los servicios brindados por LA COOPERATIVA por parte de LA EMISORA a través de su señal [AM 960 o F.M .OCEÁNICA 88.1] de acuerdo a las características especificadas en el Anexo Técnico que integra el presente como un todo”*.

La doctrina y la jurisprudencia han coincidido en caracterizar al contrato de publicidad como una locación de obra, aunque precisando que es “*todo contrato por el cual una de las partes, anunciante o anunciador, encarga a una empresa especializada la promoción o divulgación de un producto, servicio, idea, persona o actividad de cualquier índole por algún medio de difusión, a cambio de una contraprestación en dinero.*” (Pratesi, Juan Carlos (h) “Contrato de publicidad” en Martorell, E. (director) “Tratado de Derecho Comercial” T. III, p. 877, E. La Ley, 2010, citando a Borda y Spota y la jurisprudencia conocida hasta esa fecha).

Con más precisión y deslindando las diversas modalidades contractuales según quién realice la prestación, se ha caracterizado a los contratos como los de autos como “contratos de difusión publicitaria, con los medios” que serían aquellos en los que “*una parte, el medio, se obliga a*

favor de la otra –el anunciante o la agencia- a permitir el disfrute publicitario de un determinado medio de comunicación masiva y a desarrollar una actividad productiva de un resultado publicitario, mediante un precio que normalmente resulta de la aplicación de tarifas, condiciones generales de contratación” Añadiendo que el medio puede ser “*la radio: para la difusión de publicidad auditiva*” y que tales convenios “*son típicamente locación de obra y, en este caso, tampoco se trata de una obligación de resultado, ya que la responsabilidad de los medios es (...) propagar (...) el mensaje publicitario. El medio se obliga a realizar la publicidad en los términos pactados, poniendo a disposición del anunciante o agente un espacio o un tiempo y ejecutando en él la (...) difusión, transmisión (...)*”. (Émery, Miguel A. “*los contratos de publicidad. Nociones. Cuestiones Modernas*” en L.L. 1984-C, 278).

En autos las partes pactaron que la demandada abonaría un precio mensual (Cl. 3^a) que la emisora facturaría por mes vencido (Cl. 5^a) y que la Cooperativa tendría diez días para impugnar por escrito las facturas presentadas, vencido el cual y frente a la ausencia de observaciones, debía abonarlas (Cl. 6^a).

Tal proceder se alinea con la prescripción del cuerpo legislativo privado que en el art. 1636 establece “*El precio de la obra debe pagarse al hacerse entrega de ella, si no hay plazos estipulados en el contrato*”.

En autos al tratarse de una prestación en principio inmaterial (difusión “en el éter” de los mensajes pautados) la culminación de la obra y



consiguiente puesta consideración del locador era completada con la entrega de la factura mensual.

Si vencido el plazo convenido la demandada nada dijo es tarde hoy pretender que la prestación no se cumplió.

No creo, como alega el actor al contestar agravios, que la demandada rompe con la congruencia al esgrimir en esta sede una defensa que no planteó oportunamente, pues al contestar demanda –y algo confusamente- alegó que la prestación no se había cumplido (v. fs. 53 segundo párrafo del apartador “VIII. Análisis del reclamo”). Sin embargo no sólo no produjo prueba al respecto sino que ni siquiera intentó probar esa defensa –v. gr. mediante una pericia sobre los libros de la actora, o la citación a declarar de los empleados de la radiodifusora- como se desprende tanto de la prueba ofrecida (v. fs. 53/vta.) como también de la forma en la que la produjo. Ni las posiciones ni los interrogatorios a los testigos tuvieron presente esa defensa por lo que resta huera de todo sustento probatorio.

Asimismo su obrar en los comienzos mismos de este litigio da cuenta que esa defensa tampoco se condice con la realidad. Así las comunicaciones vía carta documento enviadas por la Usina en ningún momento aducen que sea esa supuesta ausencia de cumplimiento de la prestación por la radio (irradiación del mensaje publicitario) la razón por la que nacen las diferencias con la actora (v. cartas documento de fs. 33; 38 y 43 y nota de fs. 40 traídas a proceso por la propia demandada) apuntando antes a una supuesta falta de autorización del representante para signar

tales convenios, cuestión que ha quedado definitivamente zanjada en el grado, al aplicar el *a quo* la teoría del órgano, aún cuando la cita normativa fundante no se compadece con la específicamente aplicable (correspondía el art. 73 ley de cooperativas) todo ello sin recibir cuestionamiento por parte de la demandada Usina Cooperativa.

En definitiva este primer agravio no puede ser admitido pues la defensa carece de toda prueba y obran elementos probatorios, emergentes de la propia actividad desplegada por la demandada para entender que el contrato se ejecutó por parte de la actora con la conformidad de la entidad cooperativa (arts. 1191; 1195 1197 y 1998 del C. C.; 208; 209 y 217 del C. Com. y arts. 163 y 384 del CPCBA).

El segundo agravio tampoco merece acogimiento. La cláusula décima no obligaba a las partes a rescindir con un límite de períodos para reclamar sino que lo facultaba a ello. Leemos: “*El presente contrato podrá ser rescindido: (...) c) Por incumplimiento de la contraparte. Se consideran casos especiales de incumplimiento (...) por parte de la cooperativa: 1) La falta de pago de dos (2) períodos mensuales (...) la parte que diera lugar a la rescisión deberá abonar una indemnización equivalente a cuatro (4) períodos mensuales.*”

Como se aprecia el agravio yerra en interpretar la limitante del reclamo pues ese límite era facultativo para las partes –no implicaba una rescisión automática- conforme se lee en la citada cláusula, de allí que el



agravio no merezca acogimiento (arts. 1195; 1198 y 1204 del C.C. y 216 del C. Com.).

En cuanto al último agravio, la cuestión relativa a la compensación no puede atenderse. Es que, en rigor, no se trata de un hecho nuevo merecedor de atención en la Alzada por haberse producido luego de la oportunidad del art. 363 del CPCBA, sino que se trata de una nueva pretensión: la de compensar la deuda que el representante de la actora confiesa mantener con la demandada con la que viene reconocida de la instancia anterior. Tal pretensión excede el marco propio de actuación de la Cámara de Apelaciones pues, en el proceso diseñado por nuestro Código, no pueden introducirse a estas alturas nuevas pretensiones o modificarse la original.

La mejor doctrina bonaerense sostiene esta postura cuando afirma que *“la pauta rectora vedá el juzgamiento de nuevas pretensiones u oposiciones, o la transformación de alguno de sus elementos. De ahí que los hechos nuevos no deben rebasar la mera integración de la pretensión u oposición.”* Añadiendo en la nota al pie que *“Coincidentemente la jurisprudencia ha declarado que alegar un hecho nuevo significa incorporar al proceso nuevos datos fácticos, que sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión tiende a confirmar, complementar o desvirtuar su causa. Por ello, el hecho nuevo invocable en la Alzada en ningún caso puede constituir la transformación de la pretensión, ni mucho menos la interposición de una pretensión nueva, ya que significaría conferir a la*

segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, modalidad ajena a nuestra legislación (CNCiv. Sala E, L. L. 1984-D-649)". (Azpelicueta – Tessone "La Alzada. Poderes y deberes" Ed. LEP, 1993, pp. 92/93).

Y vinculado aún más directamente con el agravio de la demandada añaden "*el hecho nuevo debe referirse a las pretensiones invocadas en el escrito constitutivo del proceso (...)"* (ob. cit. p. 93).

De la aplicación de tales principios que pivotan sobre la regla del art. 272 del ritual, surge que el agravio en cuestión no puede ser atendido.

III. Firme entonces la sentencia de grado por el rechazo de los agravios de la demandada cabe ingresar a los que propone la actora.

La primera cuestión merece acogimiento pues se trata de la aplicación al caso del art. 273 CPC que autoriza a la Cámara el estudio y posterior resolución de las cuestiones omitidas en el grado, tal el caso de la ampliación de demanda. Sin que sea exigible para ello que el agraviado haya interpuesto aclaratoria en relación a la cuestión omitida (art. 273; Azpilicueta y Tessone, ob. cit. p. 220 y los fallos allí citados). La jurisprudencia que cita el demandado al contestar la expresión de agravios no resulta aplicable, en un caso por tratarse del fuero laboral que no cuenta con segunda instancia y en el otro por tratarse de una opinión minoritaria de un Ministro que ya no integra la Suprema Corte provincial, frente a la mayoritaria que sustenta la postura que aquí exponemos.



Despejada esa cuestión formal previa resta decir que a fs. 86/87 la actora amplía demanda acompañando facturas que reconocen como fuente “publicidad irradiada s/convenio” (v. fs. 60/85) esos documentos comerciales son acompañados por notas dirigidas a la demandada las que lucen sello y firma de recepción, solicitándose en la ampliación citada la aplicación del art. 474 del C. Com..

Al contestar la ampliación la demandada niega que se trate de facturas conformadas y reconoce que tales notas han sido recibidas por su personal (fs. 91vta.).

A partir de esa admisión así como de la prueba testimonial ya citada, sumado a que llega firme la validez del convenio entre la partes –y en consecuencia vigentes también las cláusulas 5^a a 7^a ya citadas relativas al pago del servicio de publicidad- no cabe sino concluir que la ampliación en el monto de la acción debe ser admitida pues ni se ha demostrado que se hayan objetado oportunamente conforme el procedimiento ya analizado al tratar el primer agravio de la demandada, ni tampoco se alegó siquiera el pago de tales facturas. Tampoco cuestiona la demandada la oportunidad en que fuera ingresada la pretensión, habiéndose bilateralizado la misma.

Cabe entonces hacer lugar al agravio y condenar a la demandada también al pago de la suma de PESOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS CON 25/100 CENTAVOS (\$32.932,25.-) los que deberán añadirse a la suma ordenada pagar en el de grado (\$53.996,25) totalizando así el monto de condena la suma de pesos

OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO CON CINCUENTA
(\$86.928,50.-).

Respecto del segundo agravio lleva también razón el apelante en cuanto a la existencia de una específica cláusula relativa al interés moratorio (7^a) por lo que a su respecto rigen los arts. 621, 622 y concordantes del digesto Civil. Ello sin perjuicio que al momento de practicarse liquidación, y frente a una petición fundada del afectado pueda, eventualmente, revisarse su adecuación al orden jurídico nacional, conforme sostenida jurisprudencia de esta Cámara y sus precedentes (Expte. N 4319 “Consorcio Copropietarios Edificio Celta c/ Pucciareli, Carlos y otros s/ cobro ejecutivo” reg. int. 34 (S) del 15/05/01, Reg. int. 18 (S) 29/3/94 y N° 110 (R) del 17/10/89 Expte. N° 186 “Banco Provincia c. Eguren, Martín E. y otro” Idem, Expte. 8612, reg int. 52 (S) del 1/9/2011; arts. 501 y 589 del CPC).

IV. Este último apartado debo dedicarlo a los agravios análogos de los terceros citados G. y M., quienes no han recibido en esta instancia réplica de la demandada (fs. 345).

Respecto del primero de los embates (improcedencia de su citación y las consiguientes costas) vale recordar que el motivo de la citación a juicio fincó en la supuesta *“violación de los estatutos de la Cooperativa. En consecuencia resultarían personalmente responsables por los perjuicios que se ocasionen a la Cooperativa como consecuencia de su parecer”* para continuar: *“complementariamente, se tenga presente la reserva que desde ya efectúa mi parte para repetir contra estas personas,*



cualquier importe que debiera abonar mi mandante como consecuencia del proceder de los Sres. G. y M. en exceso de las facultades que poseían".

Quiere decir entonces que en autos no se ha dirigido la pretensión contra los terceros sino que se los ha citado a juicio para que hagan uso de su derecho a coadyuvar a la defensa del demandado, en aras a evitar en el futuro que ejerzan respecto del citante la excepción de negligente defensa (exceptio mali processus).

La citación oportunamente se consideró plausible a su respecto, ha quedado consolidada y no hay condena a su respecto, abocarse en esta instancia a resolver la responsabilidad de dichos citados frente al demandado excedería los límites en que ha quedado trabada esa relación procesal, sin perjuicio de lo cual, quedará la oportunidad para los citados de exponer las cuestiones que introduce el agravio en caso de efectivamente activarse la referida acción de regreso (conf. Toribio Sosa "Terceros en el proceso" p. 266/7, Ed. La Ley, 2011).

El restante agravio de los terceros citados no puede prosperar en tanto corresponde a una declaración del Juez de grado que no integra el cuerpo decisorio y por ende –razonable o no, ajustada a los hechos o no– escapa de los parámetros que abarca el concepto técnico de agravio, pues en nada perjudica a los apelantes (arts. 266; 260; 261 y 272 CPCBA).

Las costas por los recursos de los terceros se distribuyen en el orden causado, teniendo en cuenta que la cuestión de los efectos de la

citación de terceros es motivo de discrepancia en doctrina y jurisprudencia (art 68, 2^a parte CPCBA).

Por todo lo expuesto hasta aquí propicio confirmar la sentencia de grado en cuanto condena a la demanda Usina Popular Cooperativa Sebastián de María, modificándola en cuanto I) al monto de condena el que asciende a la suma de PESOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO CON CINCUENTA (\$86.928,50.-) II) la tasa de interés aplicable, que será la pactada en los convenios de autos. Las costas de Alzada se imponen a la demandada pues resulta vencida en sus pretensiones con excepción de las relativas a los terceros citados las que se distribuyen por su orden (art. 68 CPCBA).

Con las aclaraciones precedentes voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Capalbo votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:

Corresponde confirmar la sentencia de grado en cuanto condena a la demanda Usina Popular Cooperativa Sebastián de María, modificándola en cuanto I) al monto de condena el que asciende a la Suma de PESOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO CON CINCUENTA (\$86.928,50.-) II) la tasa de interés aplicable, que será la pactada en los convenios de autos. Las costas de Alzada se imponen a la demandada pues resulta vencida en sus pretensiones con excepción de las relativas a



los terceros citados las que se distribuyen por su orden (art. 68 CPC). Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 ley 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Capalbo votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Necochea, 19 de diciembre de 2013.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se confirma la sentencia de grado en cuanto condena a la demanda Usina Popular Cooperativa Sebastián de María, modificándola en cuanto I) al monto de condena el que asciende a la Suma de PESOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO CON CINCUENTA (\$86.928,50.-) II) la tasa de interés aplicable, que será la pactada en los convenios de autos. Las costas de Alzada se imponen a la demandada pues resulta vencida en sus pretensiones con excepción de las relativas a los terceros citados las que se distribuyen por su orden (art. 68 CPC). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). Devuélvase.

(arts. 47/8 ley 5827). Dr. Oscar A. Capalbo Dr. Fabián M. Loiza

Juez de Cámara
Dra. Daniela M. Pierresteguy
Secretaria

Juez de Cámara

