

## Publicidad En Radiodifusion

### JURISPRUDENCIA

### Publicidad en radiodifusión

Se confirma la sentencia que hizo

lugar a la demanda deducida, pues surge probado el incumplimiento por parte de la demandada de la cláusula que estableció el porcentaje que se distribuiría entre las partes por las ventas que se realizaban en concepto de publicidad. En Buenos Aires, a los 28 días del mes de junio de dos mil dieciséis, reunidas las señoras juezas de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por ?E.M. PRODUCCIONES S.R.L C/ LS4 RADIO CONTINENTAL S.A S/ ORDINARIO?, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: Doctoras María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, Ana I. Piaggi y la Dra. Matilde Ballerini. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? La señora Juez de Cámara Doctora María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero dijo: I. La Causa: E.M. Producciones S.R.L, promovió demanda contra LS4 Radio Continental S.A por incumplimiento contractual, daños y perjuicios y el cobro de las sumas que surjan de la prueba a producirse, más sus intereses, costos y costas. En primer lugar, explicó que ?Radio Continental? se dedica a la explotación comercial de la señal de radiofonía LS4, forma parte del Grupo Prisa que, a su vez, explota otras siete emisoras en el continente y un holding de comunicación con más de veintidós. Alegó que raíz de las presiones ejercidas por ?Radio Continental? se inició el trámite para constituir la sociedad ?EM Producciones? y en el mes de noviembre de 2009 se suscribió un contrato de coproducción para llevar a cabo un programa radial de cinco horas diarias de duración de martes a viernes de 0:00 a 5:00 hs. y los sábados de 0:00 a 6:00 hs, el que ya se emitía desde el 3 de febrero del mismo año. La radio exigió designar el personal que trabajaría y en particular a su conductora la Señora Mónica de Carvalho. Así tuvo en mira los beneficios que obtenía, principalmente al tercerizar su producción, evitaría asumir compromisos laborales con las personas que llevaban adelante ?Plataforma Continental?, asegurarse la continuidad de la conductora; a cambio distribuiría los ingresos que obtendrían por publicidad. Afirmó que la demandada hizo prevalecer sus intereses y en pos de ellos incurrió en serios incumplimientos contractuales que finalizaron con su injustificada decisión de resolver el acuerdo. Efectuó un detalle de las cláusulas del contrato que los vinculara; explicó que la demandada violentó su deber principal establecido en el artículo octavo respecto del pago de la pauta publicitaria y que ?Radio Continental? jamás distribuyó el 60% de los ingresos facturados por publicidad que le correspondían a ?EM Producciones?. Esta situación generó múltiples dificultades de índole financiera a la productora, quien se vio obligada a adecuar la modalidad de pago de la retribución de los profesionales que trabajaban allí. Solicitó por distintas vías que se le exhibiera la facturación de publicidad, lo que nunca fue satisfecho por la demandada. ?EM Producciones?, notificó mediante nota su decisión de renovar el contrato y continuó emitiéndose a lo largo de 2011; en los últimos meses del 2012 la radio le hizo saber a su parte que renovarían el contrato tácitamente y continuaría el año 2013. Relató que se celebraron reuniones con el objeto de evaluar la modalidad de pago de la deuda pero no llegaron a ningún acuerdo. Así, el viernes 25/1/13 se les impidió el acceso a la radio y por medio de un escribano público se les notificó que se daba por finalizado el vínculo contractual. En síntesis, reclama: 1) daños y perjuicios generados en el incumplimiento contractual, 2) lucro cesante, y 3) el derecho de solicitar eventualmente el resarcimiento de los importes que deba afrontar por despidos. Fundó su pretensión en derecho y ofreció prueba. A fs. 295 se presentó LS4 Radio Continental S.A contestó demanda, y solicitó su íntegro rechazo con costas. Luego de realizar una negativa de todos y cada uno de los hechos invocados, desligó su responsabilidad negando adeudar a la sociedad actora importe por ningún concepto. Ofreció prueba. II. La Sentencia de Primera Instancia: El sentenciante hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por EM Producciones SRL contra LS4 Radio Continental S.A a quien condenó a pagar - dentro de los diez días posteriores a la fecha en que quede firme esta sentencia- la suma de \$144.536,29 con más los intereses fijados e imponer las costas a la parte demandada. III. Los Recursos: Ambos contendientes quedaron disconformes con el acto jurisdiccional y lo apelaron a fs. 478 (?EM Producciones?) y fs. 482 (?Radio Continental?). Sostuvieron los recursos que originaron la intervención de este Tribunal con las expresiones de agravios de fs. 489/494 (?EM Producciones?), respondidos por la demandada a fs. 503/505 y fs. 498/501 (?Radio continental?), contestados por la actora a fs. 507/511. IV. La decisión: Conforme quedó trabada la litis en los presentes obrados no existe controversia respecto a que las partes celebraron un contrato de coproducción (fs. 162), ni que existieron pautas publicitarias en el programa. a. Apelación de EM Producciones SRL: i. En primer lugar, me avocaré a examinar los agravios de la actora quien se quejó por considerar que, si bien en la decisión se reconoció la existencia del contrato, los graves incumplimientos de la demandada, entre ellos la falta de pago, se equivocó al fijar el monto de condena. Por ello, reclamó sea elevado a la suma de \$651.252. Explicó que, ?para alcanzar el monto de condena se limita a lo informado por el perito contador (fs. 412) que señala que la actora facturó a

demandada la suma de ciento cuarenta y cuatro mil quinientos treinta y seis pesos con veintinueve centavos (\$144.536,29) sin que tal importe se encuentre saldado?. Esta parte se queja por el monto de condena porque se limita a lo dictaminado por el perito, sin embargo, no acompañó al expediente alguna otra prueba que justifique el monto que reclama en su agravio, ya que omitió incluso agregar la copia de las facturas que justifique su queja. Además, a fs. 416 el experto informó que no pudo compulsar los libros de su parte debido a que aquellos se extraviaron conforme surge del certificado de fecha 9/3/13. Es por ello que ciertos puntos periciales no han podido ser respondidos en la pericia. En consecuencia, el experto informó el monto respaldado por las copias de las facturas expuestas al momento de compulsar la documentación. Ahora bien, sabido es que la prueba tiene por objeto formar en el ánimo del juzgador la convicción necesaria acerca de la existencia o inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio, es decir, de los hechos conducentes para el logro de la solución del conflicto. Para alcanzar el resultado se servirá el magistrado, de las reglas de la sana crítica, que son ante todo, las directrices del correcto entendimiento humano en las que interfieren la lógica y la experiencia. El perito interviniente, mediante la aplicación de los conocimientos científicos que posee, colaboró con el tribunal para desentrañar la verdad de aquellos hechos controvertidos que el juzgador no era capaz de conocer sin su auxilio. Con tales aportes y las presunciones legales o judiciales que a través de las huellas o rastros que quedaron pudo el tribunal reconstruir el pasado y así decidir (CNCom. Esta Sala in re: ?Mora Marcelo Horacio c/ Yaquini Jose Jorge s/ sumario?, del 14/4/1992). En virtud de lo expuesto, resultan extraños ciertos puntos en el informe pericial, requeridos por la parte actora quien, teniendo conocimiento de la pérdida de sus propios libros requirió información que surgiría de ellos, por ejemplo: ?Detalle si surge de los libros facturas en concepto de publicidad a LS4 Radio Continental S.A? o ?si los libros son llevados en legal forma?. Repárese incluso que el certificado de extravío de libros contables tiene fecha 9/3/13, es decir, días antes de la audiencia de mediación. Sin embargo, correspondiendo a su parte facturar debió prever la negativa de la radio de informar los importes que percibía por publicidad. Si había extraviado sus libros, no agregó documentación respaldatoria, no ofreció prueba informativa dirigida a las empresas que contrataron las pautas publicitarias, en síntesis no pudo lograr la reconstrucción de los hechos en la extensión que pretendía. Por ello, bajo tales circunstancias, debió haberse esmerado en la producción de la pericia contable, como en aquella en poder de terceros a fin de demostrar sus derechos. Por ejemplo, en la prueba pericial contable podría haber solicitado el desglose de los importes correspondientes a la base imponible del libro IVA Ventas detallado en el Anexo I de dicho informe y tampoco lo hizo.

Tengo dicho que, la carga de la prueba es una distribución, no del poder de probar que lo tienen las dos partes; sino una distribución del riesgo de no hacerlo. Ella no supone pues ningún derecho del adversario sino un imperativo de cada litigante (Chiovenda, Giuseppe, ?Instituciones de Derecho Procesal?, T. III página 92 editorial 1954), y por consiguiente podemos concluir que quien no prueba los hechos que debe probar pierde el pleito (Couture, E., ?Fundamentos del derecho procesal civil?, página 244, Bs. AS., editorial 1973). Al actor le incumbe la prueba del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende. Frente lo mismo, el demandado puede invocar los hechos impeditivos, modificativos o extintivos para fundar su defensa (conf. C.N.Com., esta Sala, mi voto, ?in re?: ?Ascensores Ibel SRL c/ Harrods Bs As Ltda. s/ Sumario? del 23-12-92 y art. 377 Cpr.). En este contexto, -y a partir de las pruebas producidas y la trama fáctica que se verificó- surge que el actor no incorporó en los obrados -cuál era su carga procesal- la documentación que respaldaría la existencia del crédito reclamado en la extensión que afirma poseer. En definitiva, no logró demostrar que haya razón para elevarlo. Como ya se expresara en la sentencia, los jueces no tienen el deber de valorar todas y cada una de las pruebas producidas, sino únicamente las que sean esenciales y decisivas en la causa y, pueden inclinarse hacia alguno elementos probatorios descartando otros (confr. CSJN, 22-5-1984, in re, ?Bianchini, Arnaldo c. Gore, Antonio; ídem, 10-5-1984, in re, ?Blanco Carrera, Ramona y o.c. Maldonado de Medina, bis ídem, 23-4-1991, in re ?Balzarotti, G. y otros?, entre otros). ii. En segundo lugar, se agravia del rechazo a la pretensión de lucro cesante. Solicitó que se revoque la sentencia y se condene a Radio Continental por lucro cesante en la suma de \$97.200. Sabido es que el lucro cesante, indemniza el daño que supone privar al damnificado de la obtención de beneficios a los cuales tenía derecho al tiempo en que acaece el evento dañoso y no por la pérdida de una mera expectativa o probabilidad genérica de beneficios económicos futuros. Consiste en ganancias dejadas de percibir sobre una base real y cierta y no sobre una base hipotética, como simple posibilidad general y vaga. La probabilidad de obtener ventajas económicas debe ser objetiva, debida y estrictamente comprobada mediante prueba directa de su existencia. En otras palabras: el rubro lucro cesante indemniza, no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio afectado la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho al tiempo en que acaece el eventus damni. El ordenamiento civil (arts. 519 y 1069) entiende el lucro cesante como la ganancia o utilidad de que fue privado el damnificado, es decir, la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz de un hecho lesivo (CSJN, in re, ?Sandler Héctor Raul c. Estado Nacional s. nulidad de resolución?, del 02-11-95), lo cual implica una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que el acreedor razonablemente hubiere podido obtener de no haberse producido el evento, de modo que el reclamo debe hacerse sobre una base real y cierta, y no sobre una pérdida probable o hipotética. Por tanto,

su reparación no se apoya en una simple posibilidad de ganancia y no constituye un enriquecimiento sin causa para el acreedor o una pena para el que debe abonarlo (CNCom., esta Sala, in re, "Carini Angélica c. Carrefour Argentina s. ordinario", del 08-09-06). Ahora bien, de la lectura de estas actuaciones surge que "EM Producciones" no produjo prueba suficiente que acredite el daño sufrido. Conclusivamente, se rechaza el rubro.

b. Apelación de LS4 Radio continental S.A:

i. Se agravio en primer lugar por la variación respecto al objeto del juicio en lo meritado en la sentencia. Se queja porque el litigio se inició bajo la formulación de un reclamo por incumplimiento contractual, daños y perjuicios pero nunca se hizo referencias al cobro de facturas adeudadas. Considero que no hubo dicha variación, debido a que, el incumplimiento contractual (motivo por el que se inició el litigio) se sustentó en la falta de cumplimiento de la cláusula octava del contrato de coproducción firmado y reconocido entre las partes (fs. 162). En dicha cláusula se estableció el porcentaje que se distribuiría entre las partes por las ventas que se realizaban en concepto de publicidad y que ellos se contabilizaban a través de facturas. En consecuencia, la falta de pago de los importes que de tal cláusula surgían generaron el incumplimiento contractual por el cual se promovió la demanda, por ello insisto que no existió variación respecto al objeto del juicio en la sentencia, aunque se hayan reconocido los importes facturados, ya que los conceptos a los que se alude en dicha cláusula se representaron mediante facturas.

ii. En segundo lugar se quejó porque el sentenciante juzgó como cierto lo informado en el dictamen pericial contable, pero sólo en lo referente a las facturas presuntamente no abonadas por la demandada. Se queja por el reconocimiento exclusivo de las facturas no abonadas por la demandada cuando según el propio informe pericial, también existían facturas adeudadas por la parte actora y éstas no fueron reconocidas en la sentencia apelada. Si la demandada no dedujo reconvencción por dichas facturas, ni opuso compensación de deudas, no puede en esta oportunidad quejarse por la falta de ponderación de las facturas mediante las cuales había saldo a su favor. Es que la actuación de Alzada posee dos límites. Uno referido a la consideración de los agravios, pues ese es el ámbito de su actuación jurisdiccional, límite que responde al principio *tantum devolutum quantum apelatum* (CNCom, esta Sala, in re, "Agostino Armando c. Gamma Systems S.A. s. ordinario", del 15.11.00). El recurso está primeramente determinado por los agravios proferidos, o lo que es lo mismo, el agravio es la medida de la apelación (art. 277 del Cpr.). En lo que atañe al segundo límite de la potestad del tribunal de revisión, el mismo tiene vinculación con la actividad previa del impugnante, ya que el contenido del recurso debe encontrarse enmarcado dentro de la aludida esfera previamente limitada cual es el planteo introductorio que tiende en la determinación del *thema decidendi*. Por regla general, no pueden ser sometidas a consideración del tribunal de apelación las cuestiones que no fueron oportunamente debatidas en la instancia anterior y por ello, no podrá fallarse sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de la anterior instancia, pues a la demanda nueva propuesta por vía de apelación, le faltaría el primer grado de jurisdicción (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Comentado", T. I, pág. 851). Es que lo contrario importaría el desconocimiento de la ley y de la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la C.N. Por último, el principio de congruencia consagrado en el art. 163 inc. 6 del C.P.N. importa que el contenido de la sentencia queda limitado por la pretensión y la oposición a la misma. Ello así, resulta inadmisibles todo intento posterior tendiente de alterar su contenido (art. 34 inc. 4° C.P.N.) ya que con ello quebraría la igualdad de las partes en el proceso (art. 34 inc. 5°), dejando en estado de indefensión a la contraria (Jaime Guasp, "Derecho Procesal Civil", Madrid, ed. Instituto de Estudios Políticos, 1956, T. I, p. 1524; Morello, Augusto Mario, "El principio de congruencia como límite a la decisión del juez en la sentencia", JA, sec. Doctr. 1972-247, Bs. As., y, en "Prueba, incongruencia, defensa en juicio", Bs. As. Perrot, 1977, Gelsi Bidart, Adolfo, "Juez y Derecho. Garantía y Proceso. En torno al principio de congruencia", en Rev. Jus., N° 35, pag. 19 y ss.) Queda así sellada la suerte del agravio.

iii. Por último, criticó que se lo haya condenado a abonar la totalidad de las costas del proceso. En cuanto a las costas considero que en ambas instancias deben ser a cargo exclusivo de la demandada. Solución compatible con el criterio objetivo del vencimiento (CPr., 68). En los supuestos de reclamo de daños, el hecho de que algún pedido indemnizatorio no fuese admitido no obsta a dicha conclusión, toda vez que las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia de que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (CNCom., esta Sala, in re: "Alba de Pereira, Victorina c. Morán, Enrique Alberto", del 29-03-94; ídem, "Pérez, Esther Encarnación c. Empresa Ciudad de San Fernando S.A.", del 02-02-99, ídem, "Maraco SRL c. HSBC Bank Argentina S.A.", del 07-08-06, entre otros). En el caso, además ha resultado sustancialmente vencida.

c. Costas Las costas del proceso se impondrán a la demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota (artículo 68 del CPR.).

V. Conclusión. Como consecuencia de todo lo expuesto propongo a mis distinguidas colegas confirmar la sentencia con costas. He concluido. Por análogas razones las señoras juezes de Cámara las doctoras Matilde Ballerini, Ana I. Piaggi, adhirieron al voto anterior. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron las señoras Jueces de Cámara, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, Matilde Ballerini, y Ana I. Piaggi. Es copia fiel del original que corre a fs. 438/47 del Libro de Acuerdos Comerciales. Sala B. Buenos Aires, 28 de junio de 2016. Y

VISTOS: Por los fundamentos del Acuerdo que precede, se resuelve: confirmar la sentencia con costas. Regístrese por secretaría,

notifíquese y devuélvase.  
PIAGGI

MATILDE BALLERINI  
010315E

MARÍA L. GÓMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDERO ANA I.