

//tencia N° 72

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIK GONZALEZ

Montevideo, diecinueve de marzo de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados "**BIBERBERG Y SAUL S.R.L. C/ NUVO COSMETICOS S.A. DAÑOS Y PERJUICIOS. CASACION**", IUE: 2-40/2011, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva No. 76/2014 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva No. 18 del 6 de mayo de 2013, la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Civil de 1o. Turno falló:

"haciendo lugar parcialmente a la demanda condenando a la parte demandada al pago de los daños ocasionados referidos en el considerando IV) y de los generados por la publicidad engañosa, más reajuste e intereses legales, todo lo que habrá de liquidarse por el procedimiento del art. 378.1 del CGP, desestimando en lo demás. No haciendo lugar a la reconvención planteada. Sin especial condenación (...)" (fs. 420-428 vto.).

II) Por sentencia definitiva No. 76 del 30 de abril de 2014, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3o. Turno falló:

"Revocando parcialmente la Sentencia impugnada, en cuanto impuso condenar a la demandada al pago de los rubros determinados en su dispositivo, y en su lugar desestimando la pretensión respectiva.

Confirmándola en lo restante.

Sin especial condenación en el grado (...)” (fs. 478-486).

III) Contra dicho fallo, la parte actora interpuso el recurso de casación en análisis (fs. 489-502) por entender que el Tribunal infringió los arts. 140 y 141 del C.G.P., el art. 514 del C. de Comercio y los arts. 1262, 1661 y 1664 del C. Civil.

En tal sentido, expresó, en síntesis, los siguientes agravios:

a) A diferencia de lo que entendió la Sala, sí existió una compraventa perfeccionada en la que se acordaron cosa y precio. El tribunal ad quem valoró en forma errónea la prueba (verificándose un absurdo evidente) y vulneró el derecho aplicable, extrayendo las conclusiones ilógicas de que la actora no estaba en condiciones de cumplir con lo acordado en las tratativas y de que no existió negocio de compraventa.

b) En materia de publicidad engañosa, el daño se prueba in re ipsa, emergiendo de la aplicación de las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece. La situación de publicidad engañosa se configuró por la publicación de un producto fabricado por Biberberg y Saúl S.R.L. con la marca de un competidor directo (TEKA), cuando dicho producto debió haberse individualizado con la marca ETERNITY. Esto constituyó una práctica de competencia desleal. El daño ocasionado por la publicidad engañosa consistió en que el consumidor adquirió el producto sin saber que era fabricado por el compareciente,

lo que determinó que la publicidad con la que éste se podría haber visto beneficiado se perdió, no se tuvo.

IV) Sustanciada la impugnación, la parte demandada evacuó el traslado conferido, abogando por su rechazo (fs. 506-512 vto.).

V) Franqueado el recurso (fs. 514), los autos fueron recibidos en este Alto Cuerpo el 31 de julio de 2014 (fs. 518).

Por auto No. 1.432 del 11 de agosto de 2014, se dispuso el pasaje de los autos a estudio (fs. 519 vto.).

Atento a que el entonces Sr. Ministro de la Corporación Dr. Julio César Chalar se declaró inhibido de oficio para conocer en el presente expediente (fs. 521), se realizó el correspondiente sorteo de integración, recayendo el azar en la Sra. Ministra de Tribunal Dra. María Cristina Cabrera (fs. 526), a quien se le cursó el expediente para su estudio (fs. 527).

Al término del estudio sucesivo, se acordó la presente sentencia en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, integrada y por unanimidad, desestimará el recurso de casación interpuesto, en virtud de los fundamentos que expondrá a continuación.

II) Inicialmente, corresponde desestimar las consideraciones que realizó la recurrente en relación con la invocada competencia desleal que le atribuyó a su contraparte, en la medida en que tal cuestión fue desestimada en el Considerando VIII de la sen-

tencia de primera instancia (fs. 426 vto.-427) y dicha decisión fue confirmada sin discordia en segundo grado.

Como ha expresado este Colegiado en múltiples oportunidades, la ratio legis del art. 268 del C.G.P. –con la redacción dada por el art. 37 de la Ley 17.243– radica en impedir que se revisen en el grado casatorio aspectos de la controversia sobre los cuales recayeron pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en dos instancias. Por ello, la Corporación entiende que aquellas cuestiones involucradas en el objeto de la litis y a cuyo respecto la decisión de primer grado fue confirmada en segunda instancia se encuentran exiliadas del control en sede de casación (cf. sentencias Nos. 24/2003, 37/2003, 578/2004, 38/2005, 26/2008, 1.851/2011, 852/2012, 263/2013 y 892/2014, por citar simplemente algunas).

Los únicos puntos que fueron revocados por el tribunal de alzada están vinculados con los daños supuestamente producidos por la publicidad engañosa y por la no comercialización de las colchas “Málaga” y “Rosina”. Por consiguiente, solo los agravios referidos a estas cuestiones resultan admisibles y serán analizados en los próximos Considerandos.

III) Con relación al lucro cesante derivado de la existencia de publicidad engañosa, el agravio no es de recibo.

Según la impugnante, el Tribunal incurrió en error en la valoración de la prueba, al consignar que no advertía, en forma clara, cuál es el daño que debe ser resarcido en carácter de lucro cesante por la publicidad engañosa. Según la promotora, el daño ocasionado por dicha publicidad emerge acreditado in re ipsa, surgiendo de la aplicación de las reglas de la experiencia común.

Contrariamente a lo aducido por la recurrente, este Colegiado considera que la prueba del mentado daño no surge in re ipsa. En otras palabras: la mera comprobación de la existencia de publicidad engañosa no alcanza para tener por probado el daño que invocó la accionante.

Entonces, al no existir prueba concreta que defina la existencia del perjuicio alegado (ad debeat), fue incorrecta la decisión de la Sra. Jueza a quo de diferir la cuantificación del daño (quantum debeat) a la vía de liquidación prevista en el art. 378 del C.G.P.

Se advierte, asimismo, que la estrategia argumental de la recurrente siempre giró en torno a la pretendida acreditación in re ipsa del daño, además de hacer referencias genéricas a las normas que regulan la publicidad en la Ley de relaciones de consumo (fs. 496-500), pero no hizo el menor esfuerzo para delimitar en qué consistiría o en qué se traduciría ese perjuicio.

A su vez, debe destacarse que la regulación de la publicidad en las relaciones de consumo surge de la Ley 17.250, en la cual se definen la publicidad engañosa y sus consecuencias jurídicas (arts. 24 a 27 de la referida Ley).

El art. 24 de la Ley mencionada es claro al definir el sujeto pasivo del perjuicio que genera la publicidad engañosa, que no es otro que el consumidor final, lo cual resulta obvio, ya que el instituto tuitivo regulado en el citado instrumento legal busca proteger la situación de un sujeto jurídico específico, a saber: el consumidor final.

Según el art. 2 de la Ley 17.250, consumidor es toda persona física o jurídica que

adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. A su vez, dicha norma establece que no se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.

La Suprema Corte de Justicia considera que, sobre la base argumental expuesta en la demanda (una contratante empresaria -en consecuencia, no un consumidor final-), la actora jamás podría reclamar un lucro cesante, pretensión que, en todo caso, sí podría sumar a alguna de las acciones marcarias correspondientes, como, por ejemplo, el cese de uso indebido de la marca; pero no corresponde ingresar en tales tópicos porque no fueron invocados en el sustrato fáctico propuesto por la reclamante. En este punto, debe destacarse que la única acción marcaria de cese de uso de la marca "Eternity" fue desestimada en ambas instancias, por lo que tal cuestión quedó exiliada del control en sede de casación, por imperio de lo establecido en el art. 268 inc. 2 del Código ritual.

IV) En cuanto al lucro cesante derivado de la no concreción de la venta de las partidas de colchas "Málaga" y "Rosina", los agravios no resultan de recibo, aunque por fundamentos diversos a los expresados en la sentencia de segunda instancia.

La Corporación no tiene el honor de coincidir con la Sala en punto a que el contrato de compraventa relativo a la citada mercadería no se perfeccionó.

En primer lugar, corresponde poner de relieve que el no perfeccionamiento del

contrato ni siquiera fue sostenido por ninguna de las partes, quienes concordaron en alegar su existencia, pero se imputaron, recíprocamente, incumplimientos.

De la serie de correos electrónicos que se cursaron los litigantes -los cuales fueron relevados en forma prolija por la decisora de primer grado-, no puede inferirse que éstas se hubiesen estancado en el período precontractual de las tratativas.

La negociación o período de tratativas del contrato principal de compraventa de las colchas comenzó en el mes de enero de 2010, conforme surge de los e-mails que lucen a fs. 49-64, en los cuales se traduce la búsqueda de acuerdos en diferentes aspectos que conforman el contrato.

Según el esquema de compras acordado con Biberberg, Nuvó envió dos correos electrónicos encargando la compra de la referida mercadería: a) con fecha 19 de febrero de 2010 se encargó la compra de 1.200 unidades de colchas "Rosina" de una plaza (cod. 57844); la entrega de las muestras se haría el 6 de julio de 2010 y la producción se iniciaría a partir del 9 de agosto de 2010 (fs. 45); y b) el 26 de febrero de 2010 Nuvó encargó la compra de 3.600 unidades de colchas "Málaga" de dos plazas (cod. 575835); la entrega de las muestras se pactó para el 26 de julio de 2010 y la producción se haría a partir del 23 de agosto de 2010 (fs. 47).

En este contexto, a diferencia de lo que consideró el Tribunal, la compraventa de la mercadería en cuestión (colchas de una plaza denominadas "Rosina" y colchas de dos plazas llamadas "Málaga") se concretó -aun en sus aspectos secundarios o accesorios- los días 19 y 26 de febrero de 2010, respecti-

vamente, conforme surge de los correos electrónicos glosados a fs. 45 y 47. Luego, a partir de fs. 65, figuran incorporados los correos electrónicos en los que se aprecia el deterioro de la relación comercial entre las partes.

Sobre este tema en concreto, corresponde citar la sentencia No. 81/2003 de este Alto Cuerpo, pronunciamiento en el cual se analizaron las características de la etapa precontractual y cómo se llega al contrato definitivo. En dicha oportunidad, la Suprema Corte de Justicia expresó:

"(...) Haciendo una interpretación textual del cruce de comunicaciones entre las partes, se advierte que no existía coincidencia con el objeto de la negociación de modo tal que aplicando el artículo 1.267 del C. Civil no puede existir perfeccionamiento del contrato (...).

Sobre este tema se ha pronunciado Gamarra quien expresa que 'Además, el artículo 1.267, que interpreta como rechazo de la propuesta el caso en que el destinatario de la misma la modifica 'en cualquier sentido', está indicando que el contrato no se forma aunque la discrepancia se refiera a un aspecto accesorio o secundario. Porque el empleo del pronombre indeterminado ('cualquier') significa que, sea cual fuere el aspecto sobre el cual recae la discrepancia, el mismo tiene relevancia para impedir la formación del contrato' (Tratado de Derecho Civil, 3a. Edición, tomo 11, pág. 24). Además, según releva el magistrado de primera instancia y el miembro discordante del Tribunal de Apelaciones, la propia actora en la contestación a la carta enviada por la demandada expresa su disposición de complementar lo relativo a la negociación en trámite (fs.

3), por lo que si la negociación debía continuar el negocio no estaba cerrado (fs. 343).

La interpretación no debe limitarse a elementos textuales, sino que debe reconstruir la voluntad de los acordantes en base a hechos exteriores que prueben la real intención de la partes. La Corte, citando a Gamarra, ha expresado que la interpretación de los contratos no puede limitarse a su tenor literal porque su objeto es la manifestación de voluntad de los contratantes y ésta se compone tanto por las palabras empleadas como por todas las circunstancias que pesan en la voluntad de los mismos (sent. No. 56/93). La reunión realizada el 4 de agosto de 1998 y el proyecto de contrato realizado por la Escribana Díaz (fs. 50) acreditan que no existía acuerdo ni siquiera en los elementos principales de la convención. Y ello sin perjuicio de que a pesar de existir acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, si hay diferencias en los puntos secundarios o accesorios, igualmente en nuestro derecho el contrato no se perfecciona (Cfr. Gamarra, ob. cit., pág. 23)".

En base a los parámetros que acaban de citarse, en el caso, se puede afirmar sin hesitación que las partes concretaron la compraventa de la mercadería mencionada, incluidos sus aspectos secundarios o accesorios, razón por la cual no puede sostenerse -como lo hizo el tribunal ad quem- que la relación culminó en sede de tratativas. Tanto es así que a fs. 31-33 figura el telegrama colacionado certificado que la demandada le mandó a la actora, por medio del cual el 6 de abril de 2010 le solicitó que cumpliera el contrato relativo a las colchas "Málaga" y "Rosina". Como se puede apreciar, esta comunicación es de fecha bastante anterior al correo electrónico del 10. de julio de 2010,

en el cual la accionante anunció que tenía disponibles las muestras de dichos productos.

Lo que sí se verificó con posterioridad a la concreción del contrato (según los correos electrónicos de fechas 19 y 26 de febrero de 2010; fs. 45 y 47) fue el incumplimiento de la promotora en los justos términos explicitados por la accionada, relativos a la entrega tempestiva de los productos para incluirlos en los catálogos de las vendedoras.

En sentido contrario a lo sustentado por la Sra. Jueza a quo, la Corporación estima que la parte actora no se encontraba en condiciones de cumplir a tiempo lo estipulado, ya que, en el e-mail de fs. 75 enviado por su abogada a la demandada respecto de los productos cuya compraventa se pactó, anunció tener las "telas según muestra" recién el 10. de julio de 2010, cuando se había pactado la primera entrega para el 9 de agosto de ese año. Por lo tanto, como señaló la demandada, cabe entender que, razonablemente, el tiempo no era suficiente para confeccionar los catálogos de venta en los que exhibir la mercadería ni para elaborar las partidas convenidas de dichos productos a fin de poder tenerlos entregados al 9 y 23 de agosto respectivamente.

En este punto, es pertinente recordar lo que enseña Gamarra en cuanto a que:

"(...) La esencialidad del plazo se refiere a la especial relevancia e influencia que ejercita sobre los efectos del contrato; toda la doctrina está de acuerdo en que la prestación debe cumplirse en cierto momento, porque si lo fuera en otro distinto, no aportaría la utilidad que el acreedor tuvo en cuenta (...)" (Gamarra, Jorge, Responsabilidad Contractual. El incumplimiento, Tomo I, pág. 239), (cf. sentencia No. 15/2014 de la Corporación).

Así, pues, el incumplimiento de la actora constituye un obstáculo para el éxito del reclamo efectuado por estos rubros. Y no corresponde ingresar en esta etapa a analizar la pretensión deducida en vía de reconvención que sobre este mismo punto hizo valer la demandada, porque ésta no esgrimió ningún agravio al respecto y porque, aunque sí lo hubiese hecho, se trata de una cuestión que resultó excluida de la casación por imperio de lo previsto en el art. 268 inc. 2 del C.G.P., al haber sido desestimada en ambas instancias y sin discordia en la segunda.

V) La correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (art. 688 del C. Civil y arts. 56.1 y 279 del C.-G.P.).

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, integrada y por unanimidad,

FALLA:

DESESTIMASE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO, SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

NOTIFIQUESE A DOMICILIO Y, OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.