

## RESPONSABILIDAD POR HECHOS INVOLUNTARIOS

BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES ~ COSTAS ~ DAÑO MORAL ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ DELITO ~ EQUIDAD ~ INDEMNIZACION ~ INIMPUTABILIDAD ~ INTERESES ~ IURA NOVIT CURIA ~ PRINCIPIO DE LA DERROTA ~ RESPONSABILIDAD OBJETIVA ~ ROBO ~ TASA DE INTERES

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I

Fecha: 12/02/2008

Partes: **Lehocky, Víctor Antonio y otros c. Arreces, Pedro Ezequiel**

Publicado en: LLBA 2008 (abril), 311 - RCyS 2008, 507, con nota de Edgardo I. Saux; Félix A. Trigo Represas; LA LEY 20/10/2008, 5, con nota de Edgardo I. Saux; Félix A. Trigo Represas; LA LEY 2008-F, 119, con nota de Edgardo I. Saux; Félix A. Trigo Represas;

Cita Online: AR/JUR/77/2008

Hechos

Los habitantes de una vivienda promovieron demanda de daños y perjuicios contra un familiar que, amenazado de muerte por delincuentes, se presentó con éstos en el bien, donde los malvivientes robaron distintos efectos. Sostuvieron que el demandado obró con abuso de confianza porque pudo haber conducido a los delincuentes a su vivienda y prefirió hacerlo a un domicilio de terceros. La demanda fue parcialmente admitida y el juez fijó una indemnización de equidad. Apelaron ambas partes. La alzada modifica parcialmente la sentencia en cuanto a las costas y a los intereses.

Sumarios

- 1 - Corresponde confirmar la sentencia que condenó al accionado a abonar una indemnización de acuerdo al art. 907 del Código Civil, pues está probado que habiendo sido amenazado por delincuentes, tuvo una intervención directa aunque no voluntaria en la comisión de un delito, al haberse presentado en la vivienda de los actores y permitir con ello el ingreso de los malvivientes, quienes sustrajeron efectos del lugar.
- 2 - La ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1752) ha introducido en el sistema legal un nuevo factor de responsabilidad, ya que la equidad es suficiente para imponer el deber de responder del daño causado por un sujeto inimputable en razón de carecer de voluntad, conforme surge del art. 907 del Código Civil.
- 3 - El factor de atribución de responsabilidad de acuerdo al art. 907 del Código Civil es de carácter objetivo, pues prescinde de la culpa para atribuir responsabilidad, desde que no puede considerarse culpable a quien no es capaz de voluntad y por lo tanto es inepto para determinar su conducta.
- 4 - Tratándose de la responsabilidad establecida en el art. 907 del Código Civil, el elemento "daño" debe conjugarse con un factor de responsabilidad eventual, que estará dado por el criterio judicial de apreciación de la relación entre el patrimonio del autor y la condición personal de la víctima, que imponga objetivamente la solución de equidad.
- 5 - El factor objetivo de responsabilidad del art. 907 del Código Civil difiere fundamentalmente del riesgo, no obstante que ambos prescinden de la culpa, en tanto el primero depende de la apreciación del juez en solución de especie y el segundo está impuesto necesariamente por la ley en solución de género.
- 6 - Si el daño causado por el demandado al actor es encuadrable en el art. 907 del Código Civil, es improcedente indemnizar el daño moral, en tanto ello está vedado por el art. 1067 del mismo ordenamiento.
- 7 - Es procedente imponer las costas de primera instancia al demandado vencido, ya que si bien el reclamo inicial no prosperó tal como fue impetrado sino por otro principio como el de "iura novit curia", ello es posible en el entendimiento de que los jueces deben aplicar el derecho a los hechos invocados o probados, aunque aquél no hubiera sido alegado o lo fuese erróneamente.
- 8 - Los intereses correspondientes a una indemnización de daños y perjuicios deben aplicarse, con posterioridad al 6 de enero de 2002, a la tasa efectiva anual que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires para giros no cubiertos —sin autorización— en cuentas corrientes.

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia.— Lomas de Zamora, febrero 12 de 2008.

1ª) ¿es justa la sentencia dictada? 2ª) ¿qué corresponde decidir?

1ª cuestión.— El doctor Taberneró dijo:

I. La Sra. Juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial número cinco de este Departamento Judicial, dictó sentencia a fs. 220/227 admitiendo parcialmente la demanda promovida por

Víctor Antonio Lehocky, Ana María Friggeri, Héctor Marcelo Caruso, Andrea Alejandra Lehocky y Víctor Maximiliano Lehocky contra Pedro Ezequiel Arreses, como consecuencia del hecho ocurrido el 10 de febrero de 2002 en circunstancias en que el demandado, amenazado de muerte por delincuentes, se presentó con ellos en el inmueble que habitaban los actores, donde los malvivientes robaron distintos efectos. Fijando en concepto de indemnización de equidad la suma de pesos cuatro mil doscientos (\$ 4.200) para cada uno de los accionados con más los intereses que determinó. Rechazando el reclamo deducido en concepto de indemnización por daño moral y asimismo rechazando la demanda promovida por Vicenta Berto Torres viuda de Friggeri contra el accionado por el mismo suceso. Impuso las costas en el orden causado y difirió la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes.

A fs. 228 apeló la actora, concediéndosele el recurso, libremente a fs. 229 y a fs. 230 lo hizo el demandado, concediéndosele libremente el recurso deducido a fs. 234.

A fs. 241/243 vta. expresó agravios el demandado y a fs. 245/256 lo hizo la actora. Ambas presentaciones merecieron la réplica de la contraria, luciendo a fs. 267/271 la presentación de la demandada y a fs. 272/273 la de la actora.

A fs. 274 se llamaron autos para sentencia por providencia que se encuentra consentida.

## II. Antecedentes de la causa

A fs. 16, mediante letrado apoderado, los actores promovieron demanda contra Arreses Pedro ezequiel, por daños y perjuicios con causa en el hecho ocurrido el 10/2/02.

Refirieron que en esa fecha, en horas de la noche, hallándose en su domicilio de la calle ... de Monte Grande, resultaron ser víctimas de robo en el interior de la vivienda, ello por cuatro sujetos que munidos de armas, ingresaron a dicha propiedad, mediante la intervención del demandado, quien fue reducido previamente por los malvivientes y exigido de dar dirección y franquear el acceso a distintas viviendas.

Expresaron que los daños materiales, morales y las lesiones psicológicas de los actores, fueron causados por el proceder negligente e imprudente del Sr. Arreses, quien pudo conducir a los delincuentes a su propia vivienda, a la de su madre o a su comercio de joyería y sin embargo los condujo a domicilios de terceros, en un claro abuso de confianza.

A fs. 30, también mediante la intervención de letrado apoderado, contestó el accionado, quien negando los alcances de lo reseñado en la demanda brindó su propia versión de los hechos acaecidos. Dijo que el 10 de febrero de 2002 se encontraba, aproximadamente a las 22 horas, en la calle Esquíu a la altura del ... de la localidad de Quilmes con el propósito de visitar a la familia Giudice. Que habiendo estacionado su camioneta Mercedes Benz, dominio ..., se le detuvo a la par un automóvil del que descendieron tres personas armadas, quienes mediante golpes de todo tipo y amenazas, lo introdujeron en la parte trasera de su propio vehículo, ante la mirada del Sr. Giudice, quien radicó la denuncia. Así, la camioneta emprendió la marcha, apoyada por el otro vehículo donde se desplazaba el cuarto delincuente.

Refirió que en el interior de su vehículo fue despojado de sus valores y exigido de conducir a los malvivientes a su domicilio. Que corroborado por los mismos que el aquí accionado residía en un barrio cerrado –con seguridad permanente– nuevamente lo agredieron, de hecho y de palabra, exigiéndole que les indicara otro domicilio donde pudiera franquearles la entrada para perpetrar su robo. Que en esa circunstancia indicó la dirección de su madre, domicilio que tampoco fue aceptado por estar ubicado en un edificio de departamentos. Que en esa instancia refirió el lugar de su comercio de joyería, el que también fue rechazado por los delincuentes por presentar riesgo potencial para los mismos.

Indicó que en esa circunstancia, volvieron a agredirlo, y que le negaron la posibilidad de intentar conseguir dinero pidiéndoselo a un amigo mediante la utilización del teléfono, luego de robar en la casa del amigo al que aludiera (Fatone) y no conformes con el producido de ese hecho delictivo, nuevamente fue golpeado y ante el riesgo grave e inminente que corría su propia vida los condujo a lo de su primo Víctor Lehocky, con la esperanza de que el mismo y su familia no hubiesen regresado a la vivienda, ya que había estado con los mismos en el departamento de la madre del ahora accionado, quien festejaba su cumpleaños, hasta momentos antes de ser secuestrado por los maleantes.

Que ello no fue así, ya que la familia se encontraba en el interior de la vivienda, franqueó la entrada y el robo fue consumado.

A fs. 43 se procedió a la apertura a prueba de estos actuados, proveyéndose la ofrecida por las partes a fs. 47/48. Producida la pertinente, a fs. 219 vta. se llamaron autos para sentencia, dictándose el pronunciamiento respectivo a fs. 220/227.

## III. De los agravios:

### a) De la demandada:

Se agravia por el progreso de la acción, argumentando que la sentencia recurrida, no ha evaluado correctamente la configuración de los extremos previstos en el art. 907 del CC.

Refiere que carece de fundamento jurídico la aplicación de resarcimiento de equidad dispuesto en estos autos. Que procesalmente no se probaron los extremos que fundarían ese resarcimiento y que, sustancialmente, de la propia sentencia surge la falta de equidad constituida por hacer que el demandado deba sufrir plenamente las consecuencias de un delito ajeno y además resarcir a otras víctimas del mismo delito.

Sostiene que desde el punto de vista de la coherencia y fundamentación de la sentencia falta una adecuada relación entre los hechos y razones que se exponen en sus considerandos y las consecuencias que de ellos se derivan.

### b) De la actora:

Cuestiona la valoración de las probanzas efectuada por la a quo, al tiempo que realiza su propio análisis de las pruebas colectadas. Concluye afirmando que el demandado prefirió llevar el peligro y el daño a gente extraña a sus intereses afectivos y materiales.

Sostiene que el accionado se colocó por su imprudencia en situación de riesgo delictual y teniendo opciones respecto del tercero a quien causaría un daño para evitar el riesgo, prefirió a los actores.

Con relación al estado de necesidad, dice que tampoco se cumplió la ecuación postulada por la Sra. Juez de anterior grado, quien señala que el daño sufrido debe ser menor que el que se ha pretendido evitar, puesto que el demandado privilegió su vida o su integridad, sin medir que con su accionar puso en juego seis vidas y sus respectivas integridades.

Postula que el accionar del demandado se encuadra más en el fundamento del art. 1070 del CC, que en el de la norma del art. 907 del mismo Cuerpo Legal.

Se agravia por el rechazo de la indemnización por daño moral, sosteniendo que la misma ha de prosperar, ya que es claro que dicho resarcimiento procede también como derivado de los "hechos ilícitos que no son delitos". Se agravia por la baja suma indemnizatoria que la Sra. Juez fijó para atender al daño psíquico que presentan los actores.

Argumenta que el perito no expresó en su dictamen, que las incapacidades psicológicas que padecen los actores sean reversibles. Por ello peticiona que se eleven los montos acordados.

Se alza contra la imposición de costas que se efectuó en el orden causado, apartándose el sentenciante del principio objetivo de la derrota para imponerlas, sin que exista fundamento para eso.

Se agravia de la tasa de interés fijada –tasa pasiva– propiciando que se aplique la tasa activa del Banco de la Provincia de Buenos Aires para giros no autorizados al descubierto en cuentas corrientes, ello desde el 10/2/2002 y hasta el real e íntegro pago.

IV. Consideraciones preliminares:

Las quejas en sus recursos mezclan críticas a lo resuelto en el fallo que impugnan, trayendo argumentos simplistas y subjetivos, aunque de los escritos en cuestión se desprende la existencia de agravios, aunque como se confunde en dichas presentaciones el concepto de "agravio" y "argumento" me veo obligado al planteamiento de esta cuestión previa.

La Excma. Suprema Corte, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de "agravio" del de "argumento".

Esta Sala, siguiendo la doctrina legal de la Excma. Suprema Corte, tiene dicho que debe ser considerada "agravio" toda crítica dirigida a las denominadas "cuestiones esenciales", que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse como "argumento" toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas "cuestiones esenciales". Los argumentos no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (SCBA Ac 32953 del 12/VI/84, Ac. 42311 del 31/X/89, Ac. 43836 del 20/XI/91, Ac. 43658 del 17/III/92, Ac. 50762 del 7-III.95, Ac. 54992 del 19/X/96, Ac. 67337 del 1/VII/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00 y otros).

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y de la contestación; es decir sobre las cuestiones esenciales cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso. No debe dejar de advertir –al analizarlo cuidadosamente– que se ha omitido separar cada aspecto de la cuestión debatida, como tampoco que la resolución aparezca sin fundamento porque la parte dispositiva no guarda congruencia con los considerandos que la preceden.

Ingresando al planteamiento de las recurrentes, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (CSN noviembre 8/1981, "Dos Arroyos SCA c. Ferrari de Noailles", en "Actualización de Jurisp.", N 1440, LA LEY, 1981-D, 781; CALZ Sala I Reg. Sent. Def. 32/90m 172/00 entre muchas otras).

Tales cuestiones esenciales son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que –por su naturaleza– influyen preponderantemente en el fallo: las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (SCBA. Ac. 21917, DJBA T III, p. 15, ídem Ac. 35221 "Ramos de Pagella c. Escot", 22/4/86).

Efectuadas estas consideraciones previas y haciendo aplicación de la "doctrina amplia", en cuanto a la valoración de los recursos deducidos, pasaré a continuación a tratar las quejas planteadas por las recurrentes.

V. Consideración de las quejas.

a) De la parte demandada:

1) Del progreso de la acción:

Un nuevo factor de responsabilidad ha introducido la ley 17.711 en el sistema legal. La equidad es suficiente para imponer el deber de responder del daño causado por un sujeto inimputable en razón de carecer de voluntad. Tal es lo que resulta de la reforma introducida al art. 907.

Este factor de responsabilidad es también de carácter objetivo, pues prescinde de la culpa para atribuir responsabilidad, desde que no puede considerarse culpable a quien no es capaz de voluntad y por lo tanto es inepto para determinar su conducta (Bustamante Alsina, Jorge. "Teoría General de la Responsabilidad Civil. Novena Edición ampliada y actualizada" Abeledo Perrot. Set. 2004. p. 461).

El análisis de la culpa significa ingresar en el terreno del fundamento mismo, del "sustractum", de la esencia de la responsabilidad civil. En ese andarivel, el art. 1067 expresa que "no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código... sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia". El Código entonces, siguió la tradición francesa, que consideraba la culpa como una especie de "pecado jurídico" (en el gráfico lenguaje de Jossierand). Quien no ha cometido culpa no es responsable; se la exige porque sin culpa la acción no es perfectamente humana; las acciones del hombre que no derivan de su culpa no son daños injustos sino "infortunios". Así lo expresaron nuestros autores clásicos (Aguilar, Hechos y actos jurídicos", I, N° 47 p. 285).

Tal posición tiene un indiscutido sentido moral, pues en principio la conducta humana debe juzgarse según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético (Llambías, Jorge J. "El derecho no es una física de las acciones humanas" LA LEY, 107-1015; Bustamante Alsina, "Teoría" N° 746).

A partir de la súbita irrupción del maquinismo en el mundo industrial, con sus víctimas diarias, "el éxodo rural y el predominio del espíritu urbano, la mayor densidad de población, con sus lógicos y necesarios razonamientos; el empleo siempre creciente de fuerzas nuevas y, sobre todo, el espíritu de ganancia que llega a ser cada vez más el fin esencial de la actividad humana, son circunstancias todas que han contribuido a formar un estado de conciencia colectivo, de acuerdo al cual ningún daño debe quedar sin su condigna reparación" (Acuña Anzorena, "Estudios sobre la responsabilidad civil". La Plata, 1963, p. 21).

A partir de la reforma introducida por la ley 17.711, el intérprete ya no se limita a buscar "el" fundamento de la responsabilidad civil, sino los "diversos" fundamentos, según el modo en que el daño se haya producido.

El elemento daño debe conjugarse en este caso con un factor de responsabilidad eventual, que estará dado por el criterio judicial de apreciación de la relación entre el patrimonio del autor y la condición personal de la víctima, que imponga objetivamente la solución de equidad.

El hecho será a partir de ese momento un acto ilícito potencial con atribución de responsabilidad a su autor por razones de equidad.

Este factor objetivo de responsabilidad difiere fundamentalmente del riesgo, no obstante que ambos prescinden de la culpa, pues el primero depende de la apreciación del juez en solución de especie, y el segundo está impuesto necesariamente por la ley en solución de género. Además la equidad puede conducir a una reparación parcial, en tanto que el riesgo creado obliga al resarcimiento integral del daño. (Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit. p. 463).

Ya ha dicho esta Sala, en un caso de características similares, que existen supuestos en los que a pesar de no concurrir antijuridicidad, el derecho estima que deben establecerse consecuencias dirigidas a "compensar al titular del interés sacrificado" (v. De Cupis A. "El Daño", trad. de la 2ª edición italiana, Bosch, Barcelona, 1975, p. 93). Tal es la razón de haberse introducido en nuestro derecho la indemnización de equidad del daño involuntario en el segundo párrafo del art. 907 del Código Civil (Llambías y colab., "Código Civil Anotado", T. II ps. 32/34). Sin distinguir el carácter de inimputable del agente desde la perspectiva del art. 921 y cons. del Código Civil, concluye el voto en que la equidad exige que se otorgue a la víctima del hecho producido involuntariamente una indemnización destinada a compensar, al menos en parte, el daño producido por el accionar del demandado (conf. De Cupis A., "Leggitima difesa putativa e responsabilità civile" en su "Teoria e pratica del Diritto Civile", 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1967, Págs. 477/487) (esta Sala I RSD 198/05 sentencia del 16/6/2005).

En los presentes actuados, ambas partes relatan del mismo modo, los acontecimientos del 10 de febrero del 2002.

El propio demandado declara en la causa penal N° 291.661 a fs. 10 que: "...se traslada hasta la calle Rojas al ... de este medio. La cual es la casa de su primo Víctor Lehocky, diciéndole que actúe con naturalidad, obligando a que llame a la puerta por lo que lo atiende al dicente la esposa de su primo Ana Frigeri y al abrir la misma éstos se introducen con el dicente diciéndoles a todos que era un asalto, tomándolo a su primo sustrayéndole dos cámaras fotográficas y también dinero, sustrayéndole un arma que éste tenía...".

Evidentemente nadie le imputa al accionado el hecho delictivo de robo, ni siquiera se trata en el caso de efectuar una valoración respecto de la conducta asumida por el mismo en la circunstancia vivida por ambos litigantes; sin embargo, probado como ha quedado el daño y la intervención directa —aunque no voluntaria— del accionado en la causación del daño a los actores, el agravio vertido no puede tener recepción favorable.

Consecuentemente propicio desestimar la queja vertida por el demandado.

b) Común a Ambas Partes:

1) Encuadre jurídico del caso:

Se agravia en el punto la actora y también tangencialmente lo desliza la accionada al expresar agravios, quejosa la actora por la aplicación al caso de la normativa contenida en el art. 907 del Código Civil y cuestionando los alcances de dicha norma la accionada.

Sostiene la actora que la conducta del accionado se encuadra más en el fundamento de la normativa del art. 1070 del Código Civil, que en la norma del art. 907 del mismo Cuerpo Legal.

En una forzada interpretación del texto del artículo 1070, parece pretender la actora que el accionado hubo de haber acreditado la involuntariedad del acto causante del daño.

Ya nos referimos al punto en la cuestión anterior, mas cabe agregar que el vicio en la voluntad del demandado —quien está acreditado que se encontraba sometido por los malvivientes— jamás fue materia de debate, tal como se plasmaron los hechos, tanto en los escritos constitutivos de este proceso cuanto de lo que emerge de la causa penal tramitada.

Por otra parte, respecto a la crítica de la actora apelante, en relación a la valoración de la prueba, reiterada jurisprudencia de esta Sala, indica que es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través

de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimientes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del art. 384 y con. del Código Procesal (CALZ Sala I RSD 389/07 entre muchos otros).

Si bien el reclamo inicial no prosperó tal como fue planteado, según las pretensiones de los litigantes al fundar el derecho del que pretendían valerse; resulta atinado el encuadre jurídico que, en virtud del principio "iura novit curia" ha efectuado la Sra. Juez de anterior grado al caso sub examine.

Por ello, los agravios vertidos no pueden prosperar, lo que implica decir que voto por confirmar en el punto la sentencia apelada.

c) De la actora:

1) Del monto de la indemnización:

Erróneamente se queja la actora, expresando a fs. 252 que: "...la tercera queja se centra en la baja suma indemnizatoria que el a quo ha fijado para atender el daño psíquico que presentan mis mandantes. En efecto, sólo recepta el tema de la atención psicológica por espacio de dos años y con una sesión semanal...".

A esta altura del desarrollo, no puede caber duda alguna, respecto a que las sumas asignadas no lo han sido en el concepto pretendido, sino, como claramente expresa la Sra. Juez a fs. 225 vta. "En base a estos antecedentes, a las características del hecho que diera lugar al padecimiento, a los fundamentos de la indemnización a que antes se aludiera y haciendo aplicación del principio de equidad que la sustenta y de la manera que habrá de soportarse la reparación de acuerdo al mismo, estimo justo...".

Ahora bien, cuestionada la cuantía asignada vuelvo a la cita del precedente de esta Sala (RSD 198/05 del 16/6/05), donde oportunamente expresáramos que, al estatuir la ley que los jueces "podrán" disponer, ha dado la facultad en sentido total, en cuanto no solamente cabe aceptar o negar el resarcimiento basado en estas razones, sino que ese resarcimiento concebido puede no cubrir todo el daño causado (Orgaz, "La culpa", N° 13, ac. 3, p. 44).

No por ello parece admisible que apenas tenga contenido de "socorro" a la víctima del daño, como se ha pretendido, al considerar que el precepto se refiere a "un resarcimiento", lo que implicaría meramente "algún" remedio para el infortunio del damnificado y que en caso de duda, el juez deba inclinarse por la menor indemnización (Llambías "Parte General", II N° 1424 ter. b p. 308, apoyándose en Acuña Anzorena, que hacía hincapié en un "deber de asistencia", no como sanción, en Salvat, "Fuentes de las obligaciones", IV, 1718).

El punto de partida debe ser la equidad, aplicada a la idea de indemnización y no de socorro a la víctima, pues aunque no sea "el" resarcimiento sino "uno", éste no debe ser desnaturalizado en su esencia reparadora, aun cuando si alejado de todo criterio sancionatorio (Messineo F. "Manual de derecho civil y comercial", Tr. S. Sentís Melendo Bs. As. Ejea 1954).

Por ello, en la confluencia de las dos directivas (indemnización equitativa), resulta más admisible la idea de la obtención de un equilibrio de intereses, o sea, mantener dentro de lo posible el equilibrio vulnerado por el hecho involuntario (Mosset Iturraspe "Responsabilidad por daños", I, m. 100, p. 252; Garrido Roque F. y Adorno Luis "Reforma del Código Civil, Ley 17.711 comentada", 2ª ed., Bs. As., 1971, I p. 104).

La discrecionalidad judicial asienta en las particularidades del caso y no de pauta fija, tal como se promovía en el Anteproyecto de 1954 y por la cual Llambías criticaba la solución vigente (v. "Parte General", II, P. 310, nota 18 N° 1424 quater, p. 312; Brebbia, "Hechos y actos jurídicos", I, N° 8, p. 172).

En esta inteligencia de principios, resulta mi propuesta confirmar el andamio y alcances de la indemnización dispuesta en los términos del art. 907 del Código Civil, desestimando el agravio vertido.

2) Del daño moral:

Nuevamente interpreto que yerra la actora al efectuar la queja respectiva al rechazo de la pretendida indemnización por daño moral.

Sostiene la apelante que su reclamo debería prosperar porque es claro que el resarcimiento por daño moral procede también como derivado de los "hechos ilícitos que no son delitos".

Si bien lo afirmado es cierto, no puede ser de aplicación al caso traído al decisorio.

Ya advertía la Sra. Juez de grado, siguiendo un razonamiento que comparto plenamente, que en la situación han sido inocentes tanto el autor del perjuicio como el damnificado, ya que, en verdad, dañador y dañado son dos víctimas del mismo hecho.

También puntualizaba que el daño ocasionado en estado de necesidad no comprende la reparación de este concepto.

Más allá de las afirmaciones que realizara el quejoso, pretendiendo exponer que la acción del accionado no responde a aquellas que orbitan dentro del "estado de necesidad", no puedo perder de vista que el único hecho ilícito del que dan cuenta estos obrados es del robo que perpetraron los malvivientes.

He de seguir mi exposición, en correlato con lo que expresara al efectuar el tratamiento de la primera queja que planteara el demandado.

En ese orden de ideas, es del caso reiterar que con relación al daño ocasionado por el demandado, no ha de calificarse su conducta desde la óptica de la culpabilidad lo cual por aplicación de la normativa emergente del art. 1067 del Código Civil, veda la posibilidad de admitir el reclamo por daño moral tal como pretende el quejoso.

Por ello, el agravio vertido por la actora en este punto deberá desestimarse.

3) De las costas:

Es principio recibido que constituye un interés del Estado que la utilización del proceso no se resuelva en un daño para quien tiene razón. En consecuencia, más que una sanción al litigante que pierde, constituyen las

costas una indemnización a la contraria por los gastos que ha debido hacer para que se reconozca su derecho (Chiovenda, "La condena en costas", Madrid, 1928, p. 232. La Ley v. 66, p. 202; JA 1952 v. II p. 303; CSJN 17/11/94, LA LEY, 1995-D, 926 N° 1631. Esta Sala I RSD 198/05 sentencia del 16/6/2005).

No obstante la enfática consagración inicial, admítase en diversas disposiciones, por vía de excepción, la facultad judicial de eximir al vencido —total o parcialmente— de la condena. Es pues el hecho objetivo con atenuaciones. Pero debe repararse en que el ejercicio de tal facultad ha de ser excepcional y de interpretación restringida (SCJBA DJBA V. 22, p. 769; LA LEY, V. 48 p. 417; JA 1947, V. III, p. 405; A y S, 1956, v. V, p. 406).

Es que la moderna doctrina procesal ve las costas con prescindencia de conceptos civilistas como el de culpa o sanción, y aun de riesgo, y que funda la imposición como un medio de obtener que el derecho controvertido sea reconocido en su integridad; que la vencedora obtenga el cabal resarcimiento de los gastos que le ocasionó el litigio, o, como se ha dicho y repetido reiteradamente, que el derecho salga incólume del pleito (De la Colina "Derecho y Legislación Procesal", 1910 V. I, p. 477; Chiovenda, "Principii" v. I. p. 901 y "La condena en costas", Madrid 1928, p. 314).

En el caso que se trae al decisorio, prodúcese objetivamente la derrota que exige el instituto, al margen de no haber prosperado el reclamo inicial tal como fuera impetrado sino por otro principio como el de "iura novit curia", en el entendimiento que los magistrados deben aplicar el derecho a los hechos invocados o probados, aunque aquél no hubiera sido alegado o lo fuese erróneamente y que no empece al carácter de derrotado del demandado; todo lo cual hace a mi propuesta de modificar la sentencia apelada e imponer las costas de la instancia de origen al demandado perdidoso (arts. 68, 164 inc. 6° CPCC SCBA L 36.331 S 26/8/1986 y esta Sala I en RSD 198/05 del 16/6/05).

4) De los intereses:

La Ley de Convertibilidad (23.928), en el mismo título en que reafirma el nominalismo y con el propósito de terminar con la inflación y lograr la estabilidad económica, prohíbe "toda forma" de actualización monetaria con posterioridad al 1° de abril de 1991 (art. 7°). En efecto, aun cuando el citado artículo impone el sistema nominalista y éste, obviamente, se aplica a la "obligación de dar una suma determinada de australes", de inmediato enfáticamente dispone: "En ningún caso" se admitirá la actualización monetaria, "cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor...". No hay lugar a duda sobre el alcance de la ley "toda deuda". Lo dispuesto en los arts. 8° y 10 reafirma con claridad esta comprensión amplia, abarcativa de cualquier clase de deuda; tanto es así que sus principios repercuten sobre la cosa juzgada y sobre los efectos temporales de los actos jurídicos. Así, entonces, la tésis nominalista que insufla el régimen monetario vigente en el país, destinada a suprimir la inflación y la inestabilidad económica, impide una interpretación en pugna no sólo con los fundamentos del proyecto que remitió al Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, sino con la diafanidad del texto de la ley, que cuando es claro y preciso debe ser interpretado estrictamente con prescindencia de cualquier otra consideración (SCJBA Ac. 59636 S 18/11/97).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha expresado que la modificación introducida por la Ley 25.561 mantuvo la redacción del art. 7° de la Ley 23.928, quedando vigente, en consecuencia, la prohibición de toda actualización monetaria, indexación de costos de repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa (SCBA B 49.193 bis del 2 de octubre del 2002, "Fabiano Julio E. c. Pcia. De Bs. As. (P. Ejec.) Inc. de determinación de indemnización").

No obstante, el sistema de convertibilidad ha quedado desarticulado notoriamente en otros aspectos, especialmente en la doctrina sentada por la Casación Provincial (Ac. 43.858 del 21/5/91, "Zgonc Daniel R. c. Asociación Atlético Villa Gesell"), por lo cual resulta necesario que la tasa de interés moratorio resulte más equitativa y razonable a las nuevas circunstancias apuntadas por la parte actora y a los efectos de no envilecer su crédito.

De allí que esta Sala propone, en determinados casos, que con posterioridad al 6 de enero de 2002, los condenados deban abonar intereses a la tasa efectiva anual que cobra el mismo Banco para giros no cubiertos —sin autorización— en cuentas corrientes (CALZ Sala I RSD 204/02; 444/05 y 419/06 entre otras).

En atención a ello, y siendo que el presente caso es de adecuación a la propuesta seguida por esta Sala, propongo hacer lugar a la queja vertida y modificar el decisorio atacado en el sentido expuesto.

En virtud de las razones y fundamentos expuestos, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales, por no ser íntegramente justo el decisorio apelado, voto por revocarlo parcialmente conforme se ha expuesto en punto a la imposición de costas y la tasa de interés aplicable, confirmándolo en lo demás y así lo propongo al Acuerdo.

Voto por la negativa.

Los doctores Igoldi y Basile dijeron que, por compartir la fundamentación dada, votan también por la negativa.

2ª cuestión.— El doctor Tabernerero dijo:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada —imponiendo las costas de la instancia de origen a la accionada perdidosa (art. 68 del CPCC) y modificando la tasa de interés aplicable al monto sentenciado— y, confirmar en lo demás el decisorio cuestionado. Asimismo corresponde imponer las costas de la Alzada a la demandada apelante, quien continúa perdidosa (art. 68 CPCC), y proceder en su oportunidad a la regulación de los honorarios profesionales correspondientes, de conformidad con lo normado por la ley 8904.

Así lo voto.

Los doctores Igoldi y Basile expresan que, por compartir los fundamentos, votan en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente sentencia.

En el Acuerdo celebrado quedó establecido que la sentencia apelada no es íntegramente justa y debe revocarse parcialmente —en punto a la imposición de costas y a la tasa de interés aplicable— y confirmarse en lo demás.

Que las costas de la Alzada deben imponerse a la demandada apelante, conforme lo normado por el art. 68 del CPCC y, que oportunamente deberá procederse a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes.

Por ello y fundamentos consignados en el Acuerdo, consideraciones y citas legales: 1°) Revócase parcialmente la sentencia apelada, imponiéndose las costas de la instancia de origen al demandado perdidoso (art. 68 del CPCC) y ordénase que el monto de condena se actualice tomando como pauta a esos fines, el índice correspondiente a la tasa efectiva anual que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires para giros no cubiertos –sin autorización– en cuentas corrientes, vigente en los distintos períodos de aplicación, desde el 10/2/2002 y hasta la fecha del efectivo pago. 2°) Confírmase en lo demás, conforme fuera materia de recursos y agravios, la sentencia recurrida. 3°) Con costas de Alzada a la demandada apelante, quien continúa perdidosa en la cuestión central (art. 68 Cód. Proc.). 4°) Difiérese para su oportunidad la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes (ley 8904). Regístrese. Notifíquese y, consentida o ejecutoriada, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen. – Norberto Horacio Tabernero. – Carlos Ricardo Igoldi. – Norberto Horacio Basile.

#### MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD ENTRE AUSENTES.-

Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán (CFedTucuman) ~ 2003/07/03 ~ Vallejo, Jorge y otra c. Telecom Argentina S.A.

2ª Instancia. - San Miguel de Tucumán julio 3 de 2003.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor Wayar, dijo:

I) Para analizar la cuestión litigiosa, cabe consignar los siguientes antecedentes de la causa:

1º) Con fecha 22 de diciembre de 1995 (según consta a fs. 5), el contador Daniel Ochoa en su carácter de gerente de Telecom Argentina S. A. remitió al doctor Jorge Vallejo una notificación puntualizándole una serie de condiciones de adquisición, con motivo de las gestiones que se llevaban adelante tendientes a la compra, por parte de Telecom, de una superficie de una hectárea en la localidad de Chuscha destinada a la instalación de equipamiento de esa Compañía telefónica.

2º) Con fecha 15 de enero de 1996 Jorge Vallejo, mediante telegrama con aviso de entrega (fs. 6), le comunica a Telecom que acepta la oferta de compra. Luego, con fecha 1º de febrero de ese año, Vallejo le solicita a Telecom, mediante telefonograma (ver fs. 9) que precise el lugar de la hectárea adquirida y que designe la escribanía que intervendría en la escritura y el agrimensor que debía confeccionar los planos.

3º) En respuesta a esta última comunicación, Telecom contesta por carta documento de fecha 7 de marzo de ese año 1996 que "... no resultó posible progresar en las gestiones encaradas para adquirir una fracción de terreno de su propiedad, por cuanto el objeto de esa posible compra fue finalmente desaprobado por sus técnicos -entre varias alternativas- por no verificarse en el inmueble las condiciones imprescindibles y necesarias requeridas desde el punto de vista técnico-operativo" (ver fs. 11).

4º) Ante esa negativa, los esposos Jorge Vallejo y Julia María López de Vallejo promovieron acción sumaria en contra de Telecom Argentina S. A. por la que reclamaron el cumplimiento de las obligaciones contractuales que -dicen- asumieron las partes según lo relatado.

5º) Con fecha 10 de diciembre de 2001, se dicta sentencia en primera instancia (ver fs. 189/194), en cuyo mérito se resuelve hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, se ordena a la demandada dar cumplimiento con lo pactado, concediéndole un plazo de quince días para el otorgamiento de la escritura y el pago del precio, con costas.

6º) Contra ese decisorio se alza la empresa demandada, interponiendo recurso de apelación a fs. 196. Elevada la causa, expresa agravios a fs. 203/218. Corrido el pertinente traslado, el apoderado de los actores contesta agravios a fs. 219/229, quedando los autos en estado de ser resueltos.

II) A partir de la lectura y análisis de los agravios contenidos en el recurso interpuesto y ponderando el mérito de los argumentos expuestos por la parte actora en su responde, abordaré el tratamiento de los tópicos que han sido materia de apelación, con arreglo al siguiente plan de exposición: a) En primer lugar cabe verificar la actuación del contador Daniel Ochoa, que suscribió la nota de fs. 5 en nombre de Telecom, para determinar si actuó legitimado para hacerlo; b) Luego se verá si la nota de fs. 5 contiene la constancia de una mera tratativa preliminar o precontractual, no vinculante para Telecom o si se trata de una oferta contractual, stricto sensu, para lo cual será necesario analizar si reúne los requisitos propios de tal acto, en los términos de los arts. 1144, 1148 siguientes y concordantes del Cód. Civil; c) Por haber sido motivo de concreto agravio, se analizará en particular si en la especie la parte postulada como oferente obró con "intentio iuris", es decir, con intención actual de obligarse; d) Luego se considerará si la aceptación fue emitida en tiempo útil, dado que el apelante dice en sus agravios que la pretendida aceptación habría sido extemporánea; e) Por último, emitiré opinión sobre las costas.

III) En primer lugar, cabe analizar el agravio referido a la "falta de representatividad" del contador Daniel Ochoa, agravio que si bien es el último que esgrime el apelante en su escrito, corresponde -por razones de método- que sea tratado en primer término, pues de su suerte dependen las restantes, cuestiones involucradas. El apelante resume este agravio, afirmando que Ochoa habría suscripto la nota de fs. 5 sin tener otorgado a su favor "ningún poder de representación" de Telecom Argentina e invoca, al respecto y en particular, los arts. 58 y 268 de la ley de sociedades 19.550 (en adelante LS).

Este primer agravio debe ser desestimado, en razón de los siguientes fundamentos:

1º) Es verdad que, como lo afirma el apelante, el primer apartado del art. 58 de la LS sienta el principio rector en materia de administración y representación societaria en los siguientes términos: "El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social..." Ahora bien, en relación con el asunto que aquí se debe dirimir, cabe dejar establecido que la interpretación de ese principio rector debe hacerse teniendo especialmente en cuenta la necesidad de proteger a los terceros que de buena fe contrataron con una persona que -si bien ni en el contrato ni por la ley ha sido designada "representante"- asumió en el caso concreto la representación societaria. Esa protección es necesaria sobre todo, tratándose de terceros que confiaron en la persona que invocó una condición de representante y, de acuerdo con las circunstancias del caso, se presentaba bajo la apariencia de ser una representación regularmente acordada por la sociedad representada. Aplicando tales premisas al caso de autos, se puede afirmar que respecto de las relaciones internas entre la empresa Telecom y el contador Daniel Ochoa, los actores de este juicio son "terceros" que -desde que no se ha probado que hubiesen obrado de mala fe- debe reputarse como de buena fe y en su mérito, deben ser tutelados.

2º) Es más, luego de sentar el principio antedicho, el art. 58 LS dispone a renglón seguido que las obligaciones asumidas por el representante, "aun en infracción de la organización plural", son vinculantes para la sociedad si se asumieron, entre otros supuestos, en virtud de "contratos entre ausentes".

Del párrafo transcrito, se deducen dos importantes conclusiones aplicables al sub-júdice:

a) Aun si se admitiera, por hipótesis, que la actuación del representante tuvo lugar en infracción a la "organización plural", es decir, sin la respectiva autorización de la sociedad, esa "infracción" no impide -en los casos previstos en la misma norma- que la sociedad quede

obligada respecto del tercero que contrató con quien asumió el rol de representante del ente social (Cfr. Ricardo Nissen, Ley de sociedades comerciales, t. 4, p. 342, Abaco, Buenos Aires).

b) Entre los supuestos en que la sociedad queda de todos modos obligada se menciona la hipótesis del contrato "entre ausentes". En el caso traído a consideración de esta Cámara se trata, precisamente, de un contrato que debe ser calificado "entre ausentes" pues, aún considerando cuanto hay de relativo en la clasificación de las declaraciones entre ausentes y entre presentes, lo cierto es que la declaración de Ochoa fue emitida en la ciudad de Buenos Aires el 22 de diciembre de 1995 (según resulta de fs. 5) y la declaración de Vallejo fue emitida en Tucumán el 15 de enero de 1996 (fs. 6); es decir, media entre ambas declaraciones una distancia geográfica y una distancia temporal, distancias que son, en este caso, jurídicamente relevantes. Para justificar esa relevancia jurídica, baste considerar que fue precisamente en razón de la distinta vecindad -distancia geográfica- que esta causa quedó radicada en el fuero federal (ver dictamen fiscal de fs. 50 y resolución de fs. 51). En consecuencia, mediando entre las distintas declaraciones una distancia temporal y geográfica jurídicamente relevante, le cabe la calificación de "entre ausentes".

c) A partir de las premisas antedichas, se impone concluir que, habiendo tenido lugar la actuación de Ochoa en un contrato "entre ausentes", aun cuando tal actuación se hubiese verificado en infracción a la organización plural, su declaración es vinculante para la sociedad, por aplicación del art. 58 LS.

3º) La interpretación del art. 58 LS, finalmente, permite afirmar que toda irregularidad existente entre Telecom y el contador Ochoa respecto de las facultades de éste para obligar a la primera, resultan inoponibles a los terceros contratantes. Esa inoponibilidad sólo hubiese cedido, si se hubiese probado que el tercero tenía "conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural", tal como lo dispone el art. 58 primera parte in fine de la LS. Está claro que en autos no sólo no se ha probado tal cosa, sino que de la lectura de la contestación de demanda y de la expresión de agravios, resulta que ni siquiera se afirmó que Vallejo conocía la "falta de representatividad" de Ochoa. Dicha ausencia de representatividad queda así reducida a mero alegato carente de todo respaldo probatorio, prueba que -por otra parte- le incumbía a la apelante (art. 377, Cód. Procesal). Cabe añadir que, en el caso, no es posible ni siquiera invocar presunción de conocimiento, pues la ley (art. 58, LS) requiere "conocimiento efectivo".

4º) La interpretación del art. 268 de la LS arroja idéntica conclusión. En efecto: superados los estrechos márgenes de la teoría del mandato (tal como se desprendía del art. 346 del Cód. de Comercio), la cuestión de la representación societaria se resuelve hoy de acuerdo con las pautas que ofrece la llamada teoría del órgano (cfr. Zaldívar, Manovil, Ragazzi, Rovira, San Millán, Cuadernos de Derecho Societario, t. I, p. 297, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980). En consecuencia, si bien está claro que en materia de sociedades anónimas el presidente es su representante natural (art. 268, LS), en tanto los directores son sus administradores (art. 255, LS), también está claro que la ley ha querido proteger a los terceros que contratan con ella y con ese propósito le ha asignado un mayor margen de legitimidad a los representantes para favorecer así a los terceros que hubiesen confiado en la apariencia de la legalidad con que - como en este caso- puede presentarse ante ellos una determinada persona asumiendo o invocando el carácter de "representante" (cfr. Diego E. Rangugni, Representación social, mandato y apariencia, nota a fallo, en LA LEY, t. 1998-D, 2). En otros términos, los terceros no pueden verse perjudicados por las eventuales impugnaciones que el Directorio de una sociedad anónima pueda formularle a uno de sus agentes, negándole aptitud o poder para representar a la sociedad, cuando con anterioridad le ha permitido llevar adelante gestiones o tratativas previas y hasta formular ofrecimientos y la impugnación recién aparece cuando se le imputa a la sociedad una determinada obligación.

5º) De la nota agregada a fs. 5 resulta que el contador Ochoa actuó, según el sello aclaratorio de su firma, como "Gerente de Administración y Servicios Op. y Gestión red troncal U. Negocio red" y, en tal carácter, la apariencia de que estaba legitimado para obrar en representación de Telecom resulta a mi juicio incuestionable. Esa apariencia se refuerza, si se tiene en cuenta que según la ley, un gerente puede ser autorizado por el Directorio (órgano de administración)

o por el Presidente si está habilitado para ello, para representar a la sociedad; siendo así, el tercero bien pudo presumir que la autorización existía. En autos, si esta autorización era inexistente, como alega el apelante en sus agravios, debió demostrarlo (art. 377, Cód. Procesal).

Finalmente, si bien un representante de la sociedad no puede obligarla cuando su actuación excede o es completamente ajeno al objeto social, no es ésta la situación ocurrida en autos, pues está probado que las gestiones realizadas por el gerente Ochoa sí estaban relacionadas con la actividad propia de la empresa Telecom, en tanto se trataba de la adquisición de un inmueble para la instalación de equipos relacionados con el servicio telefónico, que es el servicio esencial que presta la empresa demandada.

Por los fundamentos expuestos, propongo desestimar el agravio que ha sido materia de análisis.

IV) De acuerdo con el plan de exposición trazado al comienzo, corresponde ahora verificar si en la nota de fs. 5 se ha concretado una mera tratativa preliminar o precontractual, no vinculante para Telecom, o si se trata de una oferta contractual, *stricto sensu*. El apelante afirma entre sus agravios que la declaración de Ochoa (nota de fs. 5) no es una oferta porque le faltan los requisitos esenciales para ser tal, a saber: a) no es completa; b) la cosa está indeterminada; c) no habría intención actual de obligarse (*intentio iuris*).

Para emitir opinión sobre este agravio -fundamental para resolver la cuestión litigiosa- se requiere efectuar un análisis de los hechos ventilados en la causa, a la luz de los postulados, principios y reglas de la teoría contractual con particular referencia a los capítulos relativos a la formación del contrato entre ausentes, discriminado, por un lado, el perfeccionamiento y los requisitos de la oferta y por otro, la virtualidad y los efectos de la aceptación.

a) Se ha de considerar, en primer lugar, que la oferta es un acto jurídico unilateral que consiste en una "declaración de voluntad del que asume la iniciativa el contrato" (cfr. Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, n° 19, p. 91, Valencia, 1992, traducción de Blasco Gascó y Prats Albentosa). Se supone que la emisión de la oferta cierra el ciclo precedente durante el cual pudieron tener lugar tratativas preliminares y marca el inicio del proceso de formación definitiva del contrato que ha de concluir, en su caso, con la aceptación del destinatario de la oferta. Por eso se afirma que las tratativas preliminares se extienden hasta el momento en que uno de los futuros contratantes emite una oferta. En consecuencia, las tratativas precontractuales sólo pueden ser individualizadas por vía negativa: son tales, todas aquellas declaraciones -relacionadas con el posible y futuro contrato que se quiere celebrar- pero que no son idóneas para constituir una oferta en estricto sentido jurídico. La cuestión radica entonces en determinar cuándo y por qué, una de esas declaraciones es idónea para constituir una oferta, es decir, para dejar atrás las tratativas e iniciar el proceso de formación definitiva del contrato. Para decidir esa fundamental cuestión, es necesario comprobar si la declaración que se examina reúne los requisitos de idoneidad que, según la teoría del contrato, debe contener toda oferta: ser completa, estar dirigida a persona determinada y haber sido emitida con *intentio iuris*.

Pero antes de entrar a analizar si, en el caso que aquí se considera, están o no reunidos los indicados requisitos, cabe explicar por qué he sostenido al comienzo de este párrafo, siguiendo la definición de Galgano, que la oferta es la declaración de quien "toma la iniciativa" para cerrar el contrato. Se tendrá presente que así como es cierto que las tratativas preliminares pueden ser iniciadas por cualquiera de las partes, la oferta también puede ser emitida por cualquiera de ellas, aunque la parte que la emita no haya sido la iniciadora de las tratativas. Por lo tanto, cuando se dice que quien emite la oferta toma la iniciativa, se entiende que esa iniciativa se refiere a la etapa de formación definitiva del contrato. Por otra parte, se dice que el oferente es el iniciador, en el sentido de que para que el contrato se entienda perfeccionado, siempre será necesaria una última declaración de la otra parte, que es la "aceptación". Por ello se afirma también que la oferta es una declaración que "se postula penúltima".

En el caso traído a consideración de esta Cámara, es indudable que se han verificado tratativas preliminares, tal como se desprende del texto de la nota enviada a Vallejo por el contador Ochoa (fs. 5) en la que éste alude a "las gestiones que iniciáramos para adquirirle una superficie de 1 (una) hectárea en Chuscha...". Es más, la cuestión a dirimir consiste, precisamente, en determinar si la declaración de fs. 5 -emitida por el postulado como "comprador"- es una mera continuación de esas tratativas preliminares o si tuvo virtualidad jurídica suficiente para cerrar la etapa de las tratativas e iniciar el proceso de formación definitiva del contrato, es decir, se tratar de decidir si la declaración de Ochoa constituyó o no una oferta.

b) Para verificarlo, ya se dijo que es necesario determinar si esa declaración reúne los requisitos que debe contener una oferta, cuestión de la que me ocuparé en los párrafos que siguen. Pero para poder comprobar si concurren o no esos requisitos, antes es fundamental determinar la naturaleza del contrato que, en su caso, habrían celebrado las partes y cuyo cumplimiento se persigue en esta demanda, pues según sea la naturaleza de ese contrato, serán juzgados los requisitos de la oferta.

No existe entre las partes una puntual controversia sobre la naturaleza del contrato. La parte actora en su demanda afirmó que el contrato que se habría celebrado es un "boleto de compraventa de inmueble" (fs. 46) y la parte demandada, en su responde, aunque niega haber celebrado un contrato, se refirió siempre a un "compromiso de venta" (fs. 70 vta.) expresión que, en el contexto de su discurso, bien puede ser interpretada como sinónimo de "boleto". De acuerdo entonces con los términos en que ha quedado trabada la litis en la alzada, cabe dejar sentadas, como cuestiones que servirán de introducción al análisis, dos afirmaciones de importancia: 1ª) las partes controvierten sobre si existió o no un boleto de compraventa de inmueble; 2ª) en la sentencia de primera instancia se decidió admitir que se celebró un boleto de compraventa, y se lo consideró como contrato de compraventa definitivo y no como un "preliminar" de compraventa. En su lugar, me ocuparé de fundar esta segunda afirmación (infra, Considerando VI, c)

c) Determinada la naturaleza del contrato sobre cuya existencia las partes controvierten, cabe entrar, ahora sí, a verificar si la declaración de Ochoa es o no una oferta de boleto de compraventa, comenzando con el requisito de la "completividad". Al expresar agravios, en efecto, la apelante sostiene que el instrumento donde consta la declaración de Ochoa no puede ser considerado una oferta por no ser completa.

Propongo que este agravio sea desestimado en mérito a los siguientes fundamentos:

1º) Es sabido en doctrina que una declaración sólo es considerada "oferta" cuando es completa. Pero, para que sea completa, no es necesario que contenga puntillosamente todas y cada una de las cláusulas del contrato que está destinada a formar; es suficiente que contenga los elementos típicos o esenciales del negocio expresados de tal manera que el destinatario de la oferta conozca a ciencia cierta cual es el contrato que habrá de celebrar y cuales serán los efectos jurídicos que lo vincularán con el oferente.

2º) En ese sentido, una oferta debe ser reputada completa, tratándose de una compraventa, cuando el proponente u oferente se dirige al destinatario de su propuesta manifestándole que quiere comprar, indicándole la cosa y fijando el precio que pagará por ella. En el caso de autos, cuando los esposos Vallejo recibieron la nota de Ochoa supieron que Telecom quería comprarles una hectárea en Chuscha y que pagaría por ella la suma de sesenta mil pesos (\$ 60.000,00). Con esas menciones, los destinatarios de la oferta estuvieron en condiciones de aceptarla y así lo hicieron, admitiendo con esa aceptación que consideraron que la declaración de Ochoa era "completa".

3º) Una declaración no deja de ser completa aunque al mencionar uno de los elementos esenciales, por ejemplo la cosa, no se la individualice puntual y minuciosamente, siempre que se hubiese previsto en la misma declaración -aun por vía indirecta- el procedimiento para su determinación o que este procedimiento resulte de la ley. En este sentido, si lo comprado es

una cosa a elegir entre varias de la misma especie y la elección corresponde a quien ha formulado la propuesta, mal puede sostener esta misma parte que la cosa no está individualizada cuando ha dejado la elección a su propia decisión.

4º) Tampoco una declaración dejará de ser completa aunque se omita mencionar en ella elementos no esenciales o cláusulas accesorias máxime cuando, como en este caso, la propia ley se encarga de suplir las menciones que las partes pudieron omitir.

5º) La apelante pretende que la declaración de Ochoa no es completa a partir del último párrafo de la nota que éste remitió a Vallejo (punto c, in fine, de la nota de fs. 5) donde dice: "... su demarcación se realizará en sitio una vez acordada las condiciones de la compra y venta". Sin embargo, del texto íntegro de esa declaración, considerando que se admitió que se está ante una oferta completa, se desprende que la palabra "acordada" utilizada en ese párrafo, estando dirigida a quien debía aceptar la propuesta, se uso como sinónimo de "aceptada". Con esa inteligencia, se entiende que allí se estipuló que la demarcación a la que se refiere Ochoa se haría una vez "aceptada" la oferta.

d) El principal agravio que levanta el apelante está relacionado con la supuesta falta de determinación de la cosa. Sostiene que en su declaración Ochoa se refirió a "una hectárea" situada en una propiedad de los actores que comprende una superficie de 2.200 hectáreas, razón por la cual -afirma- la cosa cuya compra supuestamente se ofertaba no estaba individualizada ni determinada.

Propongo que este agravio también sea desestimado, por los siguientes fundamentos:

1º) La hipótesis planteada en autos es la de la venta de una "parte" de un inmueble mayor. En doctrina se suelen examinar dos variantes con que puede presentarse la hipótesis en cuestión: 1ª) la primera variante se presenta cuando se indican los límites de la fracción vendida, con lo cual esa fracción será considerada como si fuera un inmueble determinado, susceptible de ser mensurado con total independencia del resto del terreno del que forma parte; 2ª) la segunda variante tiene lugar cuando no se indica ninguno de los límites de la fracción, pero sí se señala con toda precisión la superficie que abarca la porción vendida.

2º) Teniendo en cuenta que en el asunto que aquí se examina se ha vendido "una hectárea" situada dentro de los límites de una propiedad mayor (integrada por más de 2.000 hectáreas) ubicada en Chuscha, es evidente que se está ante la segunda variante de las dos señaladas en el párrafo precedente. En efecto, no se han fijado los límites de la fracción vendida, pero se ha indicado su superficie.

3º) Con muy buenas razones, la doctrina de los autores ha entendido que la indicación de la superficie de la porción vendida -dentro de un terreno de mayor extensión- es suficiente para "determinar" la cosa objeto del contrato. Por cierto que esa misma doctrina no desconoce que se afronta el problema de saber donde se encuentra localizada la fracción vendida, pero propone resolver tal problema mediante la aplicación de las reglas contenidas en los arts. 601 y siguientes del Cód. Civil referidas a las obligaciones de dar "cosas inciertas no fungibles" (De acuerdo con esta afirmación: Borda, Contratos, t. I, n° 415, Abeledo Perrot, Buenos Aires y López de Zavalía, Teoría de los contratos. Parte Especial, t. I, § 51, VII, 2, p. 169, de la 2ª edición, Zavalía, Buenos Aires, 1985).

4º) Queda así asimilada la hipótesis planteada en autos a la de una venta de cosa incierta no fungible, sólo individualizada por la mención de la superficie de la fracción vendida, como perteneciente a un terreno de mayor extensión. En nuestro derecho -también en derecho comparado- se admite que la venta de cosa incierta queda perfecta desde que las partes convienen sobre la cosa y el precio, en el entendimiento de que la individualización del objeto vendido sólo se realizará en el momento en que se produzca la elección de la cosa o, en su caso, su entrega o tradición (Cfr. Jorge Peirano Facio, Contratos, t. I, p. 461, ediciones "Del Foro", Montevideo, 1996).

5º) No se vea un obstáculo para la aplicación de las reglas de las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles en la circunstancia de que, en este caso, el objeto vendido sea un inmueble. En efecto, una obligación de dar una cosa incierta no fungible se caracteriza porque la cosa objeto del contrato pertenece, junto con otras cosas similares, a una misma especie o género, pero dentro de esa especie o género, cada individuo representa características propias que los diferencian de los otros individuos, razón por la cual no son intercambiables entre sí. Se entiende que, en sub-júdice las distintas hectáreas de la extensa propiedad de los esposos Vallejo pueden ser similares, pero no serán iguales. Sin embargo, esta circunstancia no impide que si vendieron "una hectárea" hayan vendido una cosa determinada o determinable por elección posterior.

6º) Por aplicación de las reglas de los arts. 601 y siguientes del Cód. Civil, correspondía que la fracción vendida sea individualizada a los efectos del cumplimiento de la obligación. El derecho de elección corresponde, por regla general y en principio, al deudor (art. 601); sin embargo, podrá corresponder al acreedor cuando así se hubiese estipulado en el contrato. En el caso traído a consideración de esta Cámara, tal como está probado por la instrumental de fs. 9, la propia parte deudora de la entrega de la cosa (los esposos Vallejo) confirieron al acreedor (Telecom) la facultad de elección de la fracción vendida. Por lo tanto, si el propio comprador que ofreció comprar, tenía la facultad de elegir la cosa, no puede alegar luego que la cosa comprada está indeterminada, pues dependía de su sólo arbitrio hacer cesar esa incertidumbre eligiendo la hectárea.

e) Cabe dejar establecido, además, que la oferta emitida por Ochoa estuvo dirigida a persona determinada (art. 1148, Cód. Civil). Si bien este extremo no ha sido controvertido, bien vale señalarlo para despejar toda duda acerca de que la "parte" destinataria de la oferta fueron los esposos Vallejo, pues ambos integraron un único "centro de interés" vendedor pluri-personal.

V) Corresponde ahora examinar los dos últimos agravios expuestos por Telecom. En primer lugar, se verá si la declaración de Ochoa trasunta la voluntad de obligarse, es decir, si fue emitida con *intentio iuris*, puesto que la apelante, al exponer sus agravios, sostuvo que mediante esa declaración Telecom no tuvo real intención de obligarse. En segundo lugar se indagará si la aceptación enviada por los esposos Vallejo se hizo en tiempo útil o si fue extemporánea, como lo sostiene la apelante.

V.1. Con respecto al agravio referido a la ausencia de *intentio iuris*, propongo que sea también desestimado, por lo siguiente:

1º) Cuando la doctrina afirma que una declaración -para ser "oferta" contractual- debe emitirse con *intentio iuris*, alude a que esa declaración debe ser seria. Mediante tal aseveración se busca negar el carácter de "ofertas" a todas aquellas declaraciones emitidas en broma, con fines publicitarios o seguidas de una cláusula o leyenda que denuncie su carácter no vinculante como por ejemplo, cuando se le adiciona la frase "sin compromiso".

2º) De la lectura de la nota de fs. 5 no es posible inferir -de acuerdo con el sentido común- que se trate de una declaración en broma o que se haya hecho con fines publicitarios. De ninguno de sus párrafos se desprende que el emisor de la oferta ha querido que su declaración sea no vinculante. Por el contrario, interpretado el texto como lo haría un "hombre medio", según se dice cuando se coteja un comportamiento concreto con las pautas de la buena fe objetiva (art. 1198, Cód. Civil), se colige que Telecom, por intermedio de Ochoa, propuso concretamente a los esposos Vallejo comprarles una hectárea en Chuscha fijando el precio en sesenta mil pesos. Nada pudo hacer suponer al destinatario, que no se trataba de una oferta "seria", jurídicamente vinculante para el emisor.

3º) Para sostener que la declaración de Ochoa no contenía una intención actual de obligarse, la apelante insiste en que al tiempo en que fue emitida no estaba todavía individualizada la cosa comprada. Al respecto, cabe remitir a los argumentos ya expuestos acerca de la determinación del inmueble, por tratarse de una cosa incierta no fungible.

V.2. Con respecto al tiempo en que fue enviada la aceptación, el apelante lo esgrime como agravio, pues juzga que la aceptación fue tardía. Dice el apelante, en efecto, que no hubo inmediatez entre oferta y aceptación, pues según su parecer, la aceptación debió ser enviada de inmediato. Afirma que si la oferta fue enviada y recibida el 22 de diciembre de 1995 y la aceptación fue despachada el 15 de enero de 1996, la aceptación habría sido tardía (art. 1151, Cód. Civil).

Entiendo que este agravio también debe ser desestimado, por las siguientes razones:

1º) Como bien lo ha entendido el a quo, la declaración de Ochoa (fs. 5) debe ser considerada como oferta simple, en el sentido de que su eficacia no estuvo supeditada a una determinada modalidad, es decir, no se emitió bajo condición o plazo. En consecuencia, no tenía el destinatario un plazo determinado para manifestar su aceptación.

2º) Por cierto que aun en el supuesto de oferta simple, su duración no puede ser ilimitada en el tiempo; se supone siempre que -de acuerdo con las pautas que proporciona la buena fe objetiva (art. 1198)- la aceptación debe formularse dentro de un plazo razonable, medido según las circunstancias. Para decidir si la aceptación fue despachada en tiempo razonable es necesario, primero, precisar desde cuando la oferta quedó perfeccionada, porque sólo a partir de entonces es susceptible de ser aceptada.

3º) Según la tesis que insinúa el apelante, la oferta habría quedado perfecta en la fecha misma de su emisión, el 22 de diciembre de 1995; por ello afirma que desde esa fecha debe computarse el tiempo que los esposos Vallejo tardaron en aceptarla. Pero esta tesis es inadmisibles, porque equivaldría a sostener que en nuestro derecho imperaría para la validez de la oferta la teoría de la exteriorización, es decir, se tendría por perfeccionada la oferta desde que la voluntad del oferente se exteriorizó quedando plasmada, como en este caso, en un papel. Ninguna norma de nuestro ordenamiento le daría sustento a esta afirmación que, además, no contribuye en nada a resolver los problemas que plantea la contratación entre ausentes.

4º) También el apelante insinúa (puesto que no lo ha probado) que la oferta fue despachada en la misma fecha de su emisión (22/12/95) con lo cual parece situar el momento de perfeccionamiento de la oferta, ya no en el de la exteriorización, sino en el de la expedición. Esta tesis -la teoría de la expedición- cuenta con respaldo doctrinario porque se funda en la norma del art. 1154 que si bien se refiere a la aceptación, es generalizable a la oferta, tiene - en el caso concreto que aquí se analiza- un obstáculo importante. En efecto, admitiendo por vía de hipótesis que la oferta quedó perfeccionada cuando fue expedida, esto es, despachada y que esto ocurrió el 22 de diciembre de 1995, cabe presumir que el destinatario no pudo recibirla sino pasados cuatro o cinco días de esa fecha. Esa presunción se funda en que el 22 de diciembre de 1995 fue un día viernes y que la Navidad de ese año se celebró el subsiguiente lunes 25, con lo cual es razonable suponer que hasta el día martes 26 por lo menos, la oferta no fue efectivamente enviada al destinatario. Esta comprobación impide considerar como fecha de perfeccionamiento de la oferta el 22 de diciembre.

5º) Pero hay todavía más. Las particularidades de la presente causa -señaladas en el párrafo precedente- autorizan a sostener que resulta más conveniente y justo considerar que el momento de perfeccionamiento de una oferta entre ausentes tiene lugar cuando la respectiva declaración es receptada (teoría de la recepción) por el destinatario y recién a partir de ese momento, debe computarse el tiempo útil para su posible aceptación.

6º) Como conclusión de las consideraciones precedentes, estimó que la letra el art. 1151 Cód. Civil invocado por el apelante, no resulta lesionado si se admite que la aceptación remitida por los esposos Vallejo el 15 de enero de 1996 ha sido enviada en tiempo razonable, en atención a que la oferta no tenía plazo de vigencia y a las demás circunstancias del caso. Entre las circunstancias que cabe computar se debe mencionar la omisión de requerir en la misma nota que contenía la oferta, una respuesta "urgente", si tal hubiese sido la necesidad del proponente.

VI) Cabe ahora entrar a considerar el contenido de la condena impuesta en primera instancia a la empresa demandada, en razón de que ese contenido también ha sido materia de agravio. En su parte dispositiva, el fallo dice: "..., Ordenar el cumplimiento de las condiciones pactadas en relación al contrato de compraventa analizado ut-supra, concediéndole un plazo de 15 días para el otorgamiento de la Escritura Pública traslativa de dominio, que deberá pasarse por ante un Escribano a elección del comprador, y abono del precio pactado, correspondiendo se ejecuten a posteriori todos los actos convenidos".

El fallo transcripto merece una serie de observaciones de importancia:

a) En primer lugar, se advierte que el a quo ha ordenado el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio. Esa orden debe entenderse dirigida a ambos contratantes y no únicamente a la parte demandada, porque según resulta de su propia naturaleza, la obligación de escriturar es indivisible irregular, en el sentido de que su cumplimiento exige la concurrencia de ambas partes, máxime teniendo en cuenta que la "parte" vendedora es pluripersonal (cfr. L. Barassi, *Teoría generale delle obbligazioni*, t. I, n° 53, Giuffrè, Milano, 1943).

Pero no radica allí la cuestión más importante. Lo relevante es que, tratándose de una compraventa inmobiliaria, la escritura no podrá ser otorgada si, previamente, no se procede a la elección de la fracción vendida. Luce entonces evidente la omisión en que incurrió el a quo al no mencionar esta elección en la parte dispositiva de su pronunciamiento. No se trata de un mero trámite, pues aplicándose al respecto el régimen previsto para las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles (arts. 601 y sigtes., Cód. Civil), debe observarse el régimen allí previsto, régimen que presenta ciertas particularidades. Así, correspondiendo la elección al acreedor, éste debe proceder a efectuarla dentro de un plazo razonable que debe ser fijado en la sentencia; si vencido ese plazo, la elección no se ha hecho, entonces el acreedor perderá el derecho de elegir y la cosa podrá ser elegida por el deudor (cfr. Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 444, Abeledo Perrot, Buenos Aires). Producida la elección, la obligación queda convertida en una de dar una cosa cierta y determinada y, en esa condición, es recién factible el otorgamiento de la escritura. Corresponde, entonces, modificar la sentencia en este punto, y emplazar al acreedor (Telecom) a elegir la hectárea comprada, bajo apercibimiento de perder su derecho a hacerlo, y luego, recién establecer el plazo para la escrituración ante el escribano que el propio acreedor designe.

b) Además, no es justo que el comprador, a quien se le ordena suscribir la escritura, no tenga derecho a entrar en posesión material de la cosa comprada. Este derecho no puede ser inducido de la "condena" a escritura, porque según el sistema imperante en nuestro derecho, la tradición traslativa además de requerir la celebración de un acuerdo traslativo (acuerdo que queda plasmado en la escritura), requiere también de hechos materiales traditivos, que se traducen en hechos posesorios (cfr. arts. 2378, 2379, 2380 y concordantes, Cód. Civil). La sentencia ordena el pago del precio pero no la entrega de la cosa, como si esta entrega debiera presumirse indebidamente de la celebración de la escritura, incurriendo así en una condena asimétrica, que debe ser aclarada.

c) Por último, ya se dijo que la sentencia condena a Telecom a pagar el precio pactado. Si a ello se suma, que también condenó (por elipsis) a la entrega de la cosa para evitar la asimetría, se tiene que, en definitiva, la sentencia ordena el cumplimiento del contrato de compraventa de inmueble, de donde se sigue que el contrato objeto de juicio habría sido tratado por el a quo como contrato definitivo y no simplemente como preliminar. No se me escapa que la parte actora, al exponer agravios, se ha esmerado en afirmar que el contrato objeto de este juicio no fue una compraventa definitiva sino un mero preliminar, pero lo hace con el propósito de superar el agravio referido a la indeterminación de la cosa, pues según su discurso jurídico, esa indeterminación debía cesar al tiempo de la celebración del definitivo (escritura). Pero de la lectura de la sentencia apelada se podría deducir que el a quo consideró que estaba analizando una compraventa definitiva. Esto explica la condena al cumplimiento de las obligaciones propias de la venta: entrega de la cosa y pago del precio, pues si hubiese considerado que se trataba de un mero "preliminar" debió ser rotulado como compraventa nula por defecto de forma (arts. 1184, 1185 y concordantes, Cód. Civil). Y siendo compraventa

nula, las obligaciones derivadas de ella debieron ser tratadas como obligaciones naturales (art. 515 inc. 3º, Cód. Civil), esto es, inexigibles por carecer de acción. Pero el a quo soslayó el problema (que no es objeto de discusión en la presente causa) al ordenar la escrituración y el cumplimiento de las demás obligaciones resultantes de la venta.

VII) Queda por analizar una última cuestión, vinculada a la posibilidad de que Telecom, ante la postura asumida de negar la celebración del contrato, decida no cumplir con la obligación de escriturar que se le impone. Se ha de tener presente que la de escriturar es considerada por la ley como una obligación "de hacer" (art. 1187, Cód. Civil); en cuanto es incoercible, es decir, no puede ser compelido por la fuerza a cumplir, si se niega a un cumplimiento voluntario y espontáneo. Precisamente por eso, el art. 1187 del Cód. Civil tiene dispuesto que, en caso de negativa a escritura, la obligación de escriturar se resuelve "en el pago de pérdidas e intereses". No se me escapa que la doctrina más autorizada, al interpretar este texto, afirma que es posible la subrogación del remiso a escritura por el juez interviniente. En el caso de autos, la parte actora en su demanda no ha solicitado esta intervención por subrogación, en consecuencia, no cabe sino hacer funcionar la previsión legal del art. 1187 que deja como única salida ante el incumplimiento, la resolución por pérdidas e intereses. Estimo que así debe resolverse.

Por los fundamentos que han quedado expuestos, propongo que la presente causa se resuelva de la siguiente manera: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 196. II) Confirmar la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2001 (fs. 189/195, reformando el punto I) de su parte dispositiva, que quedará redactado en los siguientes términos: "I) Hacer lugar a la demanda por cumplimiento de contrato promovida por Jorge Vallejo y Julia López De Vallejo, en contra de Telecom Argentina S. A. En consecuencia, ordenar el cumplimiento de las condiciones pactadas en relación al contrato de compraventa analizado, concediéndole un plazo de 15 días a Telecom Argentina S. A. para que proceda a elegir la hectárea que ofreció comprar, bajo apercibimiento de que si no lo hace, lo hará en su lugar la parte vendedora. Disponer que en el plazo de 30 días a partir de la elección de la hectárea vendida, las partes otorguen escritura pública traslativa de dominio, que deberá pasarse por ante un Escribano a elección del comprador, debiendo la parte vendedora entregar la posesión de la hectárea comprada y la parte compradora pagar el precio pactado, correspondiendo asimismo que se ejecuten a posteriori todos los actos convenidos, bajo el apercibimiento de que en caso de incumplimiento de la obligación de escriturar, la obligación se resolverá en la de pagar pérdidas e intereses en los términos del art. 1187 del Código Civil". III) Costas a la parte vencida (art. 68, Cód. Procesal). IV) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Tal mi voto.

A idéntica cuestión planteada los doctores Cossio de Mercau, Mender y Sanjuan, adhieren al voto que antecede, por compartir sus fundamentos y conclusiones.

En mérito al acuerdo realizado, se resuelve: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 196. II) Confirmar la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2001 (fs. 189/195, reformando el punto I) de su parte dispositiva, que quedará redactado en los siguientes términos: "I) Hacer lugar a la demanda por cumplimiento de contrato promovida por Jorge Vallejo y Julia López de Vallejo, en contra de Telecom Argentina S.A. En consecuencia, ordenar el cumplimiento de las condiciones pactadas en relación al contrato de compraventa analizado, concediéndole un plazo de 15 días a Telecom Argentina S.A. para que proceda a elegir la hectárea que ofreció comprar, bajo apercibimiento de que si no lo hace, lo hará en su lugar la parte vendedora. Disponer que en el plazo de 30 días a partir de la elección de la hectárea vendida, las partes otorguen escritura pública traslativa de dominio, que deberá pasarse por ante un Escribano a elección del comprador, debiendo la parte vendedora entregar la posesión de la hectárea comprada y la parte compradora pagar el precio pactado, correspondiendo asimismo que se ejecuten a posteriori todos los actos convenidos, bajo el apercibimiento de que en caso de incumplimiento de la obligación de escriturar, la obligación se resolverá en la de pagar pérdidas e intereses en los términos del art. 1187 del Código Civil". III) costas a la parte vencida (art. 68, Cód. Procesal). IV) Diferir la regulación de los

honorarios profesionales para su oportunidad. - Ernesto C. Wayar. - Marina Cossio de Mercau.  
- Raúl D. Mender. - Ricardo M. Sanjuan.

## EL SILENCIO COMO MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD

En la ciudad de Mendoza a los **seis** días del mes de **mayo** de dos mil cinco, reunidos en la Sala de Acuerdos de la Primera Cámara Civil de Apelaciones, los Dres. Ana María Viotti, Ricardo Catapano M. y Alfonso G. Boulín, trajeron a deliberación para resolver en definitiva la causa n° **111.721/37.278**, caratulados: "**RÍOS ARTURO ERNESTO C/SOMECA S.A. P/COBRO PESOS**", originaria del Quinto Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venidos al Tribunal por apelación de fs. 201, contra la resolución de fs.195/198.-De conformidad con lo ordenado en el art. 160 de la Constitución Provincial, planteándose las siguientes cuestiones a resolver:**1a. Cuestión:** ¿Es justa la sentencia?, **2a. Cuestión:** Costas.-

Practicado el sorteo de ley arrojó el siguiente orden de votación: **Dres. Viotti, Boulín y Catapano.-**

**SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. ANA MARÍA VIOTTI DIJO: I.-** Que a fs. 201, la parte demandada promueve recurso de apelación contra la sentencia de fs. 1295/198 que hace lugar a la demanda por cobro de pesos deducida por el Sr. Arturo Ernesto Ríos contra SOMECA, S.A..+

Al expresar agravios a fs. 214/216, el apelante manifiesta su desconformidad con la sentencia de primera instancia, en cuanto admite la demanda por el cobro de una suma en concepto de alquiler de una pared de un inmueble para fines publicitarios, cuando el contrato de locación no ha sido probado en autos. Agrega que nunca hubo acuerdo de voluntades sobre los elementos esenciales del hipotético contrato, por lo que no existió contrato verbal, ni tampoco manifestación tácita de voluntad derivada de la tolerancia de la propaganda en la pared del inmueble, cuando el mismo fue vendido al actor.

Por otra parte, se agravia de la forma en que la Juez a-quo valora el testimonio del Sr. Posse de fs. 74/75, de donde no surge probado el contrato. Concluye, que la sentencia, da por probada la relación locativa en base a presunciones sin fundamento fáctico ni jurídico.

Afirma que el actor, adquirió el inmueble en 1.984, existiendo en esa época, el cartel y recién reclamó el pago de los cánones en 1.995, cuando el negocio empezó los trámites para su cierre, entendiendo que este silencio es manifestación tácita de voluntad de que nunca existió tal contrato.

En subsidio, se agravia del monto del canon fijado por la sentencia recurrida, impugnando la prueba informativa rendida, porque tal medio de prueba, no está admitido en nuestro régimen procesal y objetando la forma en que se diligenció esa prueba. Sostiene que la contestación de Cartelería Carrió, carece de idoneidad probatoria, ya que no tiene fundamentación, ni referencias a operaciones concretas.

Concluye, que la sentencia de primera instancia, hace una errónea valoración de la prueba, no aplica los principios de la sana crítica y omite la consideración del artículo 206 C.P.C., solicitando el rechazo de la demanda y en subsidio, la disminución del canon, en base a las observaciones formuladas al impugnar la pericia.

A fs. 2197224, contesta la parte actora solicitando el rechazo del recuso planteado por las razones que allí expone, y a fs. 225, se llama autos para sentencia, practicándose el sorteo de la causa.-

**II.-** El artículo 1198 del Código Civil, reformado por la ley 17711, dice que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión, plasmando el aspecto ético u objetivo de la buena fe, es decir, la buena fe-probidad. La jurisprudencia ha dicho que: "Si bien la noción de buena fe es una de las más difíciles de aprehender en el derecho privado, cabe utilizarla en su dimensión objetiva, esto es, concebida como una directiva del ordenamiento jurídico que impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la interpretación, celebración y ejecución de los negocios jurídicos, con rectitud y honradez" (L.L. 1978-D-378).

Por aplicación de este principio, en los actos entre vivos, aun cuando algunas de las partes o ambas, haya obrado de manera deshonesto o desleal, igual debe interpretarse el negocio con pleno respeto a las exigencias de la buena fe, atribuyendo a la manifestación de voluntad el sentido que razonablemente le asignaría una persona honorable y correcta.

Además, la buena fe, es una directiva general, un "estándar jurídico", cuya característica es la ductibilidad, la flexibilidad y su aptitud de adaptación, por lo que no tiene un contenido exacto e invariable, sino que requiere una determinación específica en cada caso concreto, teniendo en cuenta lo que los sujetos "verosíblemente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión". Ello importa por una parte, atender a los usos del tráfico, entendiéndolo por tales, las prácticas habituales en los negocios de una misma clase y por lo general, dentro de un determinado círculo o ambiente. Ello se explica, porque razonablemente, se cree y confía en una manifestación de voluntad en ese caso concreto conforme el significado usual que ordinariamente tiene en casos análogos, de manera que no otro es el sentido que "verosíblemente" se ha podido atribuir al negocio obrando con probidad. De este modo se realiza el llamado "principio de confianza".

Por otra parte, se exige tanto en el declarante como en el eventual receptor de la declaración, una inteligencia del acto acorde con la que es dable obtener obrando con "cuidado y previsión", de modo que cabe afirmar que la buena fe está ligada a una conducta diligente, que habrá de ser valorada conforme a las circunstancias del caso y la calidad de las personas (arts. 512 y 902 del C.C.), con lo que se realiza el denominado "principio de responsabilidad".

Sobre la base de la buena fe como directiva fundamental de interpretación de los actos jurídicos, se logra la conciliación de los intereses de quienes intervienen en el acto, así como se satisface la necesidad de seguridad del tráfico jurídico y se introduce un factor moralizante de las relaciones a que ese tráfico da lugar, razón por la cual a este criterio rector se subordinan todas las demás reglas de interpretación, contenidas en los artículos 217 a 220 del Código de Comercio, aplicables en materia civil en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 del C.C. (conf. Garibotto Juan Carlos, Teoría General del acto jurídico, Bs., As., Depalma, 1991, págs. 57/59; Cifuentes, Santos, Negocio Jurídico, Bs. As., Astrea, 1986, págs. 241 y sigs.).

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. 1.976, 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.

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.,952, 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).

Conforme las normas de la sana crítica aplicadas a la prueba testimonial, la doctrina y la jurisprudencia, han anunciado diversas directivas cuya observancia facilita una adecuada crítica de las declaraciones y permite por ende, el enjuiciamiento más exacto posible acerca de su credibilidad y eficacia. Dichas directivas, se relacionan fundamentalmente con las circunstancias personales del testigo, la naturaleza de los hechos sobre los cuales declara la razón de ciencia enunciada como fundamento de la declaración y la concordancia entre las respuestas.

Respecto de las circunstancias personales del testigo, la crítica del testimonio debe computar por un lado, los rasgos individuales de aquél y por el otro lado, las relaciones que pueda tener con las partes o con el litigio, es decir, el análisis de todos aquellos móviles internos que son susceptibles de determinar una deformación de la verdad, como son el parentesco, la afectación o aversión y el interés material o moral en que la causa sea resuelta en cierto sentido.

En lo que atañe a la naturaleza de los hechos, la labor crítica del Juzgador, debe atender primordialmente a la mayor o menor verosimilitud de aquéllos, así como también a la mayor o menor facilidad con que pueden percibirse y recordarse.

La razón de ciencia que el testigo enuncia como fundamento de sus declaraciones posibilita al Juez, inferir si aquél prestó efectivamente los hechos o si por el contrario los conoce a través de meras referencias.

Por último, respecto a la concordancia, la crítica del testimonio, se dirige a determinar la existencia de armonía o contradicciones entre las respuestas dadas por un mismo testigo, por distintos testigos propuestos por la misma parte y por de los testigos propuestos por cada una de las partes y en relación con otras pruebas.

Sentados estos principios fundamentales que rigen la carga de la prueba y la apreciación de los elementos probatorios rendidos, corresponde analizar la situación concreta de autos, adelantando que la Juez a-quo, ha realizado una correcta interpretación en base a las reglas de la sana crítica, al concluir sobre la existencia del contrato de locación de la pared del inmueble del actor para espacio publicitario.

En primer lugar, considera que en autos, existe principio de prueba por escrito, conforme lo dispuesto por el artículo 1.191 del Código Civil, que corrobora lo declarado por el testigo Posse, sobre la existencia del contrato de locación de espacio publicitario.

En efecto, la parte actora, acompañó con la demanda, una propuesta de contrato de locación con fines publicitarios, que en copia obra a fs. 3, suscripto por el Sr. Jorge Verzini que para esa época se desempeñaba como gerente de SOMECA, S.A, y a fs. 51, se agregó un borrador de tal propuesta, suscripto y corregido por el citado gerente, que fue admitido como prueba.

Al contestar la demanda, la empresa niega la autenticidad de firma de tal instrumento de fs. 3 y al declarar como testigo a fs. 73, el Sr. Jorge Mario Verzini, niega la firma del documento de fs. 3, pero al ser preguntado sobre si confeccionó el borrador de la nota, que se le exhibe en original, manifiesta que no se acuerda, lo que constituye una respuesta ambigua y poco creíble, porque nadie a quien se le muestra un documento donde consta que fue confeccionado por el testigo y tiene correcciones manuscritas, puede no acordarse de haberlo redactado y corregido. Lo normal, es que si la firma estampada en el mismo, y las correcciones manuscritas no le pertenecían, hubiera negado categóricamente su autenticidad, como lo hizo con el de fs. 3.

El artículo 919 del Código Civil, otorga al **silencio** opuesto a actos o a una interrogación el valor de **manifestación de voluntad** cuando haya una obligación de explicarse por la ley y un supuesto de tal obligación legal de expedirse es el **reconocimiento de la firma de los instrumentos privados** (arts. 1.026, 1.028 y 1.031 C.C.), reglamentado por el artículo 183 del C.P.C., al disponer que la persona a quien se atribuye una firma impugnada, sea citada para formar un cuerpo de escritura, a los fines de la pericia caligráfica y si no concurriese o se negare a escribir sin impedimento legítimo, se tendrá al documento por reconocido.

Ahora bien, en el caso en examen, ante la negativa de la demandada de la autenticidad del instrumento atribuido a su gerente, Sr., Jorge Verzini, la parte actora ofreció a fs. 52, la prueba pericial caligráfica, que fue admitida a fs. 56, fijándose a fs. 136, fecha de audiencia para que el Sr. Jorge Verzini, concurriera a formar cuerpo de escritura, el 22 de febrero de 2.001, providencia notificada en el domicilio real a fs. 139, el 05 de diciembre de 2.000. A fs. 145, existe constancia de la incomparecencia de las personas citadas a la audiencia fijada.

El hecho de que con posterioridad la parte actora haya insistido con la citación al Sr. Jorge Verzini y se haya hecho efectivo el apercibimiento del artículo 179 del C.P.C., respecto de la prueba pendiente, no quita a la incomparecencia de quien debidamente citado, no concurrió a formar el cuerpo de escritura, el efecto dispuesto en los artículos 919 C.C., y 183 C.P.C.

Ello así, la documentación acompañada por la parte actora (fs. 3 y 51), respecto de la propuesta de utilización del inmueble para fines publicitarios, constituye un principio de prueba por escrito, corroborado con el testimonio del Sr. Carlos Roque Posse de fs. 74/75, debidamente apreciado por la Juez a-quo, en base a las reglas de la sana crítica.

En definitiva, cabe concluir que en autos, ha quedado acreditada la existencia de un contrato de locación de la pared de un inmueble de propiedad del actor, para fines publicitarios, y la falta de pago por parte de la firma locadora del canon, durante los años en que utilizó la pared del inmueble con publicidad del comercio de la demandada. Ello así, se debe rechazar el agravio de la demandada respecto de la falta de prueba del contrato de locación.

En subsidio, la apelante se agravia del monto fijado en concepto de precio de la locación, considerando excesivo el monto fijado.

En primer lugar, cabe tener en cuenta, que las objeciones de la apelante respecto de la improcedencia de la prueba informativa a Cartelería Carrió rendida, resultan extemporáneas, por cuanto la demandada consintió la resolución de fs. 56, que admitió la totalidad de las pruebas ofrecidas por las partes.

Al margen de lo expuesto sobre la improcedencia formal del planteo, el artículo 181 del C.P.C., admite como medio de prueba, todos los no prohibidos por la ley en general y el artículo 206 del citado cuerpo legal, fija la forma de diligenciar los medios de prueba idóneos y pertinentes, no previstos por la ley. Ello así, el pedido de informe a una agencia de publicidad sobre el valor locativo de un espacio publicitario, constituye una prueba idónea que puede ser apreciada por el Juzgador de acuerdo a las reglas de la sana crítica, junto con el resto de las pruebas rendidas.

El apelante critica el monto de la condena, por considerar que la Juez a-quo no ha tenido en cuenta las observaciones a la pericia formuladas a fs. 106, reiterando su reclamo de que se fije el monto, en base a las impugnaciones efectuadas oportunamente. En el escrito de fs. 106, la demandada al observar la pericia, se limitó a manifestar su disconformidad con el monto fijado de \$ 180, por considerar que el inmueble en cuestión, no guarda relación con el de calle Catamarca y José Federico Moreno, al que se asignó un canon de \$ 250.

La Juez a-quo, en la sentencia, tuvo en cuenta que tanto el informe de Cartelería Carrió de fs. 85, como la pericia de fs. 97/98, hacen referencia a los valores vigentes a la fecha de su expedición, mientras que la realidad económica del país en la época en que se desarrolló la relación locativa que se extinguió en febrero de 1.995, era completamente distinta, analizando concretamente la actividad comercial a la que se dedicaba la demandada, para fijar el canon locativo en \$ 300 mensuales. Ninguna de estas consideraciones, ha sido motivo de análisis y crítica por parte de la recurrente, que como ya se dijo, se limitó a remitirse a lo manifestado al impugnar el informe pericial a fs. 106 lo que torna improcedente el agravio. Por todo lo expuesto precedentemente se debe rechazar el recurso de apelación promovido a fs. 201 por la parte demandada y confirmar la sentencia de fs. 195/198 en todas sus partes. Así voto.

Los Dres. Alfonso G. Boulín y Ricardo Catapano Mosso, adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

TASA DE INTERES ~ USURA

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II(CNFedCivyCom)(SalaII)

**Fecha:** 16/08/1996

**Partes:** Mademat S.R.L. c. Banco Mercantil Argentino y otro.

**Publicado en:** LA LEY1997-C, 725

**Cita Online:** AR/JUR/3304/1996

**Texto Completo:** 2ª Instancia. -- Buenos Aires, agosto 16 de 1996.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor Vocos Conesa dijo:

I. A fs. 199/207 la firma "Mademat S.R.L." promovió la demanda de autos, primeramente enderezada contra el Banco Rural Argentino y luego desistida, contra el Banco Mercantil Argentino S.A. y el Banco Central de la República Argentina por repetición y reintegro de intereses y débitos ilegítimamente incluidos en su cuenta corriente N° 876/9 entre los meses de agosto de 1984 y junio de 1986, ambos inclusive. Reclamó, en total, la suma de AA 262.108,45 (valores de junio de 1987), con más su actualización monetaria, intereses y costas.

Expuso, al respecto, que en agosto de 1984, solicitó autorización para girar en descubierto en la cuenta corriente aludida y que ella le fue otorgada verbalmente, sin escrito en el que se estableciera --como hubiera correspondido (OPASI-I, 6.3.4.)-- las condiciones del crédito y las tasas de interés aplicables. Ello no obstante, el hoy fallido Banco Rural Argentino no le debitó tasas muy superiores a las que debían ser observadas a tenor del art. 565 del Cód. de Comercio (aplicable por no mediar fijación convencional, conforme con lo dispuesto en el art. 796 del mismo Código), y, además, los saldos de la cuenta bancaria fueron alterados mediante débitos de gastos y comisiones --identificados con las siglas C. 13 a C. 16-- que no fueron pactados en momento alguno, contrariando así la norma del citado art. 796.

Dijo la actora, asimismo, que los intereses fueron capitalizados "mensualmente", pese a lo previsto en el art. 795 del Cód. mercantil, y que se liquidaron intereses sobre intereses, prescindiendo del art. 623 del Cód. Civil.

De ese modo, aprovechando la falta de información completa y adecuada que el banco estaba obligado a proporcionar la buena fe con que actuó el cliente, la empresa "Mademat S.R.L." --imposibilitada de negociar libremente dado el carácter de contrato de adhesión del que nos ocupa-- sostuvo que por efecto de las tasas exorbitantes, la indebida capitalización mensual, la concurrencia de anatocismo y el aprovechamiento de la buena fe del cuenta correntista se configuró una situación de usura, donde el saldo deudor crecía constantemente pese a los continuos depósitos que se realizaban en la cuenta bancaria. Y si bien admitió la actora que no cuestionó, en su momento, los extractos y resúmenes bancarios, interpreta que este extremo no es suficiente para legitimar una situación contraria al orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 21 y 953 y concs., Cód. Civil).

A fs. 236 la demanda fue ampliada contra el Banco Central de la República Argentina (hasta entonces citado como tercero) y a fs. 238 contra el Banco Mercantil Argentino S.A.

II. A fs. 313/318 el Banco Mercantil Argentino S.A. pidió el rechazo de la demanda, por varias razones.

En primer término, señaló que había sido y era totalmente ajeno a la relación entre "Mademat S.R.L." y el "Banco Rural Argentino S.A.", pues por contrato que celebró con este último, el Banco Mercantil sólo había adquirido determinados créditos de la cartera del Rural (uno de ellos: el saldo deudor de la cuenta corriente de la actora) y en ese contrato se estipuló como condición esencial que únicamente asumía los pasivos incluidos en el Anexo V (donde naturalmente, dado su saldo, no figuraba la c/c de Mademat).

Tras esa defensa --que mantuvo a lo largo de todo el expediente-- afirmó que no existía el pasivo denunciado por la demandante, por cuanto: a) existió acuerdo escrito, y no sólo verbal, por el que la actora aceptó la tasa de interés que fijó el Banco Rural Argentino S.A. y se sometió a ella (no a la que percibía el Banco de la Nación Argentina); b) ni "Mademat S.R.L." se hallaba en estado de necesidad cuando solicitó la apertura de la cuenta corriente bancaria ni medió, por tanto, aprovechamiento de él por parte del Banco Rural Argentino S.A.; c) en todo caso, la comparación de las tasas de interés debía ser efectuada entre la que aplicó el banco anterior y la que por similares operaciones (giros en descubierto) percibía el Banco de la Nación Argentina; d) es falso que no se pactara la capitalización mensual de los intereses según se comprueba con la "Cláusula Complementaria" de fs. 284; y e) "Mademat S.R.L." consintió los extractos y resúmenes bancarios, por manera que sus saldos fueron definitivos.

Y concluyó el Banco Mercantil Argentino, en definitiva, con la afirmación de que la actora aceptó, al

igual que la tasa de intereses compensatorios, el tipo punitorio, por lo que resultaba improcedente e impugnaba las liquidaciones contenidas en la demanda.

III. El Banco Central de la República Argentina (en adelante: BCRA) se presentó a fs. 340/342 en calidad de tercero citado --y no de demandado, como correspondía, según la presentación de fs. 236 y resolución de fs. 237-- y negó haber incurrido en negligencia en el ejercicio del poder de policía que le compete. Manifestó que los giros en descubierto no estaban sometidos a bandas máximas de intereses, siendo la "usura" --que no se habría dado en el caso-- el límite de las tasas.

(Acoto que por error, al reseñar los términos de la litis, el a quo tomó como contestación del BCRA el escrito de fs. 351/355, cuyo desglose fue ordenado a fs. 356 en razón del desistimiento de fs. 240).

Lo cierto es que el Banco Central se defendió, en concisos términos, mediante la pieza de fs. 340/342, donde --como ya dije-- negó la responsabilidad que se le imputó por incumplimiento de los deberes de contralor de las entidades financieras.

IV. El magistrado de primera instancia, en el pronunciamiento de fs. 662/667, consideró que en las solicitudes del crédito "Mademat S.R.L." --en proceder libre y sin coacción-- aceptó las condiciones contractuales que impuso el Banco Rural Argentino S.A.: intereses compensatorios y punitorios sobre saldos deudores, forma de capitalización, plazo de cancelación, gastos y comisiones. Y, tras recordar que la falta de impugnación de los resúmenes bancarios creaba una "presunción iuris tantum" de aceptación del extracto (OPASI-I, 1.1.2.3.3.), ello no impedía, según el a quo, su posterior certificación en un juicio de conocimiento. Considerando, empero, la naturaleza de la pretensión de la actora --que llevaba a revisar "errores de derecho" y no simples errores de cálculo o duplicación de partidas--, el sentenciante ponderó que las registraciones habían sido conformadas, por lo que rechazó la demanda, con costas; conclusión ésa que, a su juicio, lo relevaba de estudiar lo atinente a la legitimación pasiva del Banco Mercantil Argentino S.A., la responsabilidad imputaba al BCRA, y la realidad o no de la existencia de tasas de interés contrarias al orden público y de débitos improcedentes por no haber sido convenidos (art. 796, Cód. de Comercio).

V. El fallo fue apelado por la actora, cuya expresión de agravios de fs. 684/687 motivó las réplicas del BCRA y del Banco Mercantil Argentino S.A. a fs. 688/689 y 690/693, respectivamente. Median, además, recursos que se vinculan con las regulaciones de honorarios, cuyo examen practicaré la sala en conjunto --de ser necesario-- al finalizar este acuerdo.

VI. Me permito disentir con la decisión alcanzada en primera instancia, pues creo que el andamiaje formal de la sentencia se ha impuesto por sobre la justicia de la solución que el caso exige, que deriva de la ley de las circunstancias que lo especifican. Así procuraré demostrarlo, en los desarrollos que siguen, desde mi concepción del Derecho como el objeto de la Justicia.

El aspecto primordial de la tarea de los magistrados, según palabras de la Corte Suprema, es la preocupación por la Justicia y el deber de atender, en la realización del Derecho, antes que a un criterio excesivamente formal, a la vigencia de los principios amparados por la Constitución y que surgen de la necesidad de proveer al bien común (confr. Fallos: 295:157 --La Ley, 1976-C, 380).

En numerosos precedentes el Alto Tribunal ha destacado la trascendencia de aquella preocupación en el ejercicio de la función de los jueces, sin la cual la augusta misión de dar a cada uno lo suyo se transforma en una mecánica aplicación de principios y normas desentendidos de su finalidad, que es lo más propiamente jurídico de ellos (confr. Fallos: 259:27; 293:401; 295:316, 961; 296:65 --La Ley, 1976-B, 436, 33.516-S; 1977-A, 448;237--, entre muchos otros).

**Me parece oportuno recordar, en ese orden de ideas, un párrafo de la doctora Kemelmajer de Carlucci, dotado de su habitual lucidez y que coloca las cosas en su exacto quicio: "nada contrario al orden público y a las buenas costumbres puede tener amparo judicial; no hay orden público sino buenas costumbres, por lo que, aun cuando la liquidación (se adhiere al tema "intereses", aunque desde ángulo distinto al del sub lite) no haya sido observado el tribunal no puede aprobarla si sus**

**rubros no se concilian con la moral y las buenas costumbres" (confr. su voto "in re": "Banco Caudal S.A. c. Vázquez", del 26/3/96, SC Mendoza, sala I, publicado en LA LEY, 1996-C, 714, fallo n° 94.543; referidos específicamente al tema, fallos de la CNCom., sala C, 28/5/85, íd. sala D, 9/10/87; 29/9/89, LA LEY, 1990-A, 510, entre otros).**

Es desde ese ángulo que la presente causa debe ser estudiada y decidida. Y es que la solución fundamental del litigio no pasa por definir las razones por las que "Mademat S.R.L." aceptó ciertas condiciones del Banco o no impugnó los extractos mensuales.

No es ese el extremo ponderable para adjudicar a cada uno lo suyo.

**Porque la aceptación o no de las condiciones imputas y la omisión de impugnar los resúmenes de cuenta no pueden ser elevadas al nivel de causa jurídica incommovible del enriquecimiento inmoral a costa de otros con marginación del respeto al bien común que impone el hecho de vivir en sociedad. Y porque la impunidad de la injusticia constituye un grave daño para el patrimonio moral de la comunidad toda. Repito las palabras de la Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza: "nada contrario al orden público y a las buenas costumbres puede tener amparo judicial".**

El punto decisivo en autos está en comprobar si fueron aplicadas o no tasas usurarias en la cuenta corriente de "Mademat S.R.L."; y no si éstas fueron consentidas o toleradas al tiempo de contratar. No se puede prescindir, sin renuncia conciente a la verdad, que en este tipo de contrataciones de "letra pequeña" la voluntad del contratante débil se encuentra acotada frente a estipulaciones que le son impuestas y que no puede discutir (porque entonces no contrata) en un marco normal de libertad. Creo que este un hecho tan público y notorio que es difícil que alguien no haya experimentado, en carne propia, la prepotencia contractual del económicamente poderoso.

Si medió usura, entendida como el préstamo de dinero a intereses excesivos (confr. J. J. Llambías, "Tratado de Derecho Civil Obligaciones", t. II-A, p. 366; L. M. Rezzónico, "Estudio de las Obligaciones", 9ª ed., p. 448; B. J. Aldazabal, "Intereses. Límites a la posibilidad de pactarlos. Daño. Lesión. Abuso del derecho", JA, 1994-III, p. 328 y sigtes., etc.), corresponderá enervar sus efectos, desde que la cuenta corriente bancaria no puede ser legitimada cuando conforma el vehículo de la expoliación y de la iniquidad.

**Cuadra examinar, entonces, si el Banco --en su condición indiscutible de parte fuerte en el contrato-- respetó el orden público, la moral y las buenas costumbres, que son los pilares básicos sobre los que se cimenta el ordenamiento jurídico positivo (arts. 21, 953 y concs., Cód. Civil).**

VII. Se presentan dos posibilidades de hecho diferentes, aunque no conducen de suyo a soluciones distintas: a) que entre "Mademat S.R.L." y el "Banco Rural Argentino S.A.", al ser abierta la cuenta corriente bancaria con acreditación en descubierto, se hubiese pactado las tasas de intereses compensatorios y punitivos (art. 796, Cód. de Comercio); y b) que en dicha ocasión no se hubiera convenido el tipo de interés aplicable (art. 565, Cód. de Comercio).

Advierto, al respecto, que en la solicitud de crédito comprendida en el período que abarca la demanda (agosto 84-junio 86; ver doc. de fs. 283) no se precisa, en momento alguno, la tasa de interés y solamente se prevé que el Banco podrá, a su exclusivo arbitrio, reajustar tasas y comisiones a partir del momento (en que) él mismo lo decidiera. Y en igual sentido se expidió el perito contador Hugo L. Fraga en el incuestionado dictamen de fs. 404/407 vta. (acoto que esta peritación no fue objeto de observación alguna ni tan siquiera de un pedido de explicaciones --art. 473, Cód. Procesal--), donde afirma que no hay tasa especificada en las solicitudes de crédito de fs. 275/283 sino sólo conformidad para que las que pudiesen ser pactadas, quedaran bajo la posibilidad de libre reajuste por parte del Banco (confr. fs. 405 vuelta).

La autorización de un "eventual" reajuste no comporta, estrictamente, la fijación concreta de la tasa de interés aplicable. Más, colocándonos en la mejor hipótesis para el banco, esto es, interpretando que existió una autorización tácita, es indiscutible a la luz del sentido común que ella no podía tener el alcance de otorgar a la institución crediticia la facultad de traspasar las fronteras de la razonabilidad y dar conformidad

para el cobro de tasas contrarias al orden público y a las buenas costumbres o, dicho en otros términos, para que incurriera en "usura" insusceptible de cuestionamiento.

**Recuérdese que el propio BCRA, a fs. 340/342, dijo que los giros en descubierto no estaban sometidos a "bandas máximas", pero precisó prístinamente el límite de las tasas: la usura.**

Nada justifica, en tales condiciones, suponer que "Mademat S.R.L." otorgó al Banco Rural Argentino S. A. carta blanca para violar los basamentos éticos de la sociedad en el ámbito de las relaciones bancario-mercantiles.

Tampoco encuentro que en la "solicitud de cuenta corriente" del 23/7/81 o en la "cláusula complementaria" se hubiese estipulado una tasa concreta. De todos modos, si a dicha cláusula de fs. 284 se le asignara ese alcance --en tanto alude a un interés compensatorio igual a la tasa más elevada que cobre el Banco por sus operaciones ordinarias--, los términos del problema no cambian: si la tasa aplicada en la cuenta corriente de "Mademat S.R.L.", pactada o no, es conciliable con el orden público, la moral y las buenas costumbres.

¿Cómo saberlo en autos?

No es por cierto difícil.

Se ha pretendido, no obstante, que los informes bancarios que obran en autos privan de fundamento a la posición de la actora. Juzgo, sin embargo, que el examen de esos informes a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 386, Cód. Procesal) no aporta elemento decisivo alguno.

Según tres bancos (son harto escasos los materiales traídos al juicio), no se cobraban tasas uniformes (ver fs. 482, 497 y 510 no computo el de fs. 448 pues se refiere al año 1988). El Banco Río, empero, es categórico acerca de que en el período solicitado la tasa de interés para descubiertos en cuenta corriente era fijada por el Banco Central de la República Argentina, por lo que no existía la clasificación de operaciones con acuerdo o sin acuerdo (confr. fs. 456/457, punto 2). Y aunque el BCRA afirmó a fs. 340/342 que la tasa en descubierto no tenía "banda máxima", esta aseveración debe ser ponderada con particular cautela, tanto porque el BCRA es demandado en autos (y no un tercero ajeno) como porque no aportó elemento alguno de juicio en sustento de aquélla.

Otras incoincidencias desmerecen la eficacia suasoria de esta prueba informativa: a) Banco de Galicia: la tasa era superior cuando no había autorización para girar en descubierto; b) Citibank: con acuerdo o sin él, a todos se aplicaba la misma tasa; c) tres bancos, aparte del Rural, capitalizaban "mensualmente", pero es obvio que tan ínfimo número de instituciones no es prueba eficaz de la realidad imperante en la actividad bancaria, y, por lo demás, el Banco de la Nación Argentina hizo saber al juzgado que él no acumulaba intereses (confr. fs. 459/460).

Los informes a los que he hecho referencia, y no hay otros, no permiten arribar a conclusión alguna exenta de incertidumbre.

Existe, en cambio, otra prueba que sí posee importancia definitoria para juzgar el tenor de las tasas que le fueron impuestas a la actora: el dictamen contable del perito Hugo L. Fraga (Anexos de fs. 402/403 e informe de fs. 404/407 vta.). La peritación aludida, en efecto, tiene singular fuerza convictiva no solamente por lucir adecuada fundamentación técnica sino también porque ninguna de las co-demandadas formuló la más mínima observación o impugnación a sus datos, importando señalar que tampoco solicitaron al experto aclaración o explicación de especie alguna, como podrían haberlo hecho si un punto les resultaba poco claro (art. 473, Código de rito). Me atenderé, por consiguiente, a las comprobaciones técnicas del contador Fraga, cuyo dictamen valoro según las llamadas reglas de la sana crítica (arts. 386 y 477 del citado Código).

**Bien; en el Anexo I de fs. 402 ("Análisis del desarrollo de la cuenta corriente") se observa la**

**notable diferencia, o en exceso, de las tasas que aplicó el Banco Rural Argentino comparadas con las que percibía el Banco de la Nación Argentina. Dará algunos ejemplos: a) set. 84: 67,49 %; b) oct. 84: 85,08 %; c) dic. 84: 101,8 %; d) julio 85: 52,44 %; e) abril 86: 73,60 %; f) mayo 86: 91,67 %; y g) julio 86: 87,10 % (todos esos porcentajes se extraen mediante la conocida fórmula de matemática-financiera: división de la tasa mayor por la menor, por 100 menos 100).**

Reitero: trátase de datos que no fueron observados por las partes.

Partiendo de lo expuesto, se abren dos posibilidades ya insinuadas: 1ª) no se pactó tasa y entonces correspondía aplicar la del Banco de la Nación Argentina (art. 565, Cód. de Comercio), lo que obviamente no se hizo; o 2ª) **se estipuló tasa, y en este supuesto se incurrió en una desproporción y exorbitancia injustificables, en usura contraria a la moral, al orden público y a las buenas costumbres (arts. 1, 953 y cons., Cód. Civil).** En cualquiera de las hipótesis, es evidente que los excesos apuntados comportaron un enriquecimiento decididamente ilegítimo del banco, correlativo al empobrecimiento del cliente, por lo que se impone su devolución al actor como medio de enervar los efectos de la violación del orden público y restituir al resultado del contrato bancario el efecto sinalagmático destruido por la usura.

Y repito, una vez más, el párrafo de la doctora Kemelmajer de Carlucci: "nada contrario al orden público y a las buenas costumbres puede tener amparo judicial" (LA LEY, 1996-C, 714, fallo N° 94.543).

VIII. Importa poner de relieve que el contador Fraga, como lo explica en su dictamen, expurgó la cuenta corriente de los débitos que no fueron expresamente pactados (art. 796); solución que aparece como correcta no bien se tiene en cuenta que no le fue proporcionada documentación respaldatoria de los débitos por comisiones y gastos (confr. fs. 40 vta.) y que es principio legal que "Las constancias contables deben complementarse con la documentación respectiva" (art. 43, Cód. de Comercio). Cabe ponderar además que, al contestar el cuestionamiento del BCRA --cuando le fue preguntado si se aplicó a la cuenta corriente la operatoria convenida-- el perito señaló: "De la documentación que he tenido a la vista surge que el Banco aplicó débitos bancarios por gastos, comisiones e intereses según su entender" (fs. 407 "in fine" y vta.), ignorándose en el expediente cuál fue el criterio empleado y, por tanto, si tales débitos estaban o no justificados.

Para concluir, encuentro bueno destacar que ni el Banco Mercantil Argentino S. A. ni el BCRA observaron el dictamen contable ni solicitaron explicaciones acerca de eventuales intereses punitivos; tema al que tampoco hicieron referencia en sus alegatos (confr. fs. 652/654 y 655/660 ni en sus presentaciones en segunda instancia. De allí que no sea pertinente incursionar en esa materia (arts. 277 y 278, Cód. Procesal), máxime si se merita que ninguna de las co-demandadas interrogó al perito contador sobre su devengamiento.

En síntesis, no existiendo razones jurídicas atendibles para prescindir de la peritación contable --con las enmiendas que trataré luego-- y habida cuenta de lo que señalé antes sobre el nivel de las tasas de interés debitadas por el Banco Rural Argentino a "Mademat S.R.L.", resulta incuestionable que en el caso medió transgresión al orden público y a las buenas costumbres (art. 953, Cód. Civil), por manera que se está en presencia de una conducta insusceptible de convalidación y relativamente a la cual carece de relevancia jurídica el hecho de haberse omitido la impugnación u observación de los extractos o resúmenes mensuales emanados del banco.

**Como señala M. A. Cadenas Madariaga, "la mejor tradición jurídica argentina es clara en el sentido de respetar la libertad en materia de tasas de interés, pero resguardando siempre el orden público, y las buenas costumbres, con la consiguiente sanción de la usura. Esta tradición se encuentra en Vélez Sársfield, en cuya concepción se combinan armoniosamente el principio de la necesaria libertad para el funcionamiento de los mercados de capitales, con la sanción de la usura, y la contemplación de situaciones de excepción (conf. "Las tasas de interés. Análisis jurídico y económico", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 65).**

IX. Sentado lo que antecede, es menester introducir algunas breves enmiendas a la peritación de fs. 404/407 vta. en tanto las respuestas del contador Fraga se adecuan a los interrogantes que le formuló la

actora pero se aparta de extremos probados y de doctrina del tribunal. Dichas enmiendas pueden ser resumidas en las siguientes: 1º) deberá ser computada, cuando correspondiere, la capitalización mensual de los intereses pues así fue estipulado (confr. "cláusula complementaria" de fs. 284 y "ficta confessio" según pliego de fs. 602, a la 2ª; ver, asimismo; declaraciones de los testigos P. H. Perugia -fs. 484, primera ampliación-- y S. I. Noceti --fs. 485, también a la primera ampliación--); ello, como es natural, aplicando la tasa prevista en el art. 565, Cód. de Comercio; 2º) la indexación de los saldos deberá ser practicada con arreglo al índice de precios al por mayor, nivel general (doctrina del fallos plenario "Agrocom", del 26/2/85 -Adla, 1995-B, 165--), y se extenderá hasta la "fecha de corte" de la ley 23.928; y 3º) se liquidará intereses a la tasa anual del 6 % desde la notificación de la demanda hasta el 1/4/91 y de allí en adelante, sobre el capital (sin los accesorios), a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones habituales de descuento a 30 días, plazo vencido (confr. causa "Grossi, Juan J. c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro", sentencia del 8/8/95 -- La Ley, 1996-A, 226-- y sus citas, y muchas posteriores).

La recomposición deberá ser efectuada, en lo posible, por el mismo contador H. L. Fraga, quien recibirá por esta tarea una remuneración adicional.

X. La actora imputó al BCRA el incumplimiento de los deberes de contralor de las entidades financieras, con particular referencia al accionar del Banco Rural Argentino S.A. (hoy su quiebra); imputación que fue basada, en el caso, en la falta de observación de la cuenta corriente bancaria de "Mademat S.R.L."

Estimo, con relación a este aspecto de la contienda, que no han sido probados fehacientemente los extremos que justifican la responsabilidad extracontractual alejada --no inferible, de por sí, del resultado de la cuenta corriente--. Y es que a la demandante incumbía, conforme con lo dispuesto en el art. 377 del Cód. Procesal, demostrar que el BCRA incurrió en culpa; que, como consecuencia, de esa actitud negligente se derivó para la actora un daño irreparable.

Corresponde tener en cuenta, al respecto, que no acreditó Mademat S.R.L. haber formulado denuncia alguna de irregularidades al BCRA en orden al funcionamiento de su cuenta corriente; que la actora, según vimos, no observó los extractos mensuales del Banco Rural; que, al parecer, los giros en descubierto no estaban sometidos a bandas "máximas" de interés, situación que --en términos generales-- pudo explicar la adopción de un criterio amplio en la esfera administrativa para ponderar el nivel de la tasa; y que, en definitiva, lo referente a los límites que impone el orden público constituye un problema jurídico complejo, cuya dilucidación compete fundamentalmente al Poder Judicial.

Así las cosas, no encuentro que la accionante haya demostrado, más allá de toda duda, el incumplimiento que achaca al BCRA ni que él, de haber existido, haya sido la causa eficiente de la deformación de los saldos de la cuenta corriente bancaria de Mademat S.R.L.

Propicio, en consecuencia, que la demanda contra el Banco Central de la República Argentina sea rechazada, bien que con las costas de ambas instancias según el orden causado por tratarse de una solución opinable en un tema jurídico preñado de aristas difíciles (art. 68, 2ª parte, Cód. Procesal).

XI. El Banco Mercantil Argentino S.A., desde la contestación a la demanda, viene sosteniendo que es totalmente ajeno al debate por cuanto él se limitó a adquirirle al Banco Rural Argentino S.A. determinados "activos" (entre los que se contaba el "saldo deudor" de la cuenta corriente de "Mademat S.R.L.") y sólo asumió --como condición esencial del contrato entre ambas instituciones crediticias-- los "pasivos" incluidos en el anexo V (donde no figuraba la cuenta corriente de la actora).

El a quo hizo referencia marginal al tema en sentido favorable a la tesis del Banco Mercantil, pero, por el alcance y fundamentos de su decisión, no lo trató en profundidad. De ello quéjase la actora, quien sostiene que el Banco Mercantil Argentino S.A. --al adquirir activos y pasivos de la sucursal Martínez del Banco Rural Argentino S.A.-- tomó a su cargo los derechos y obligaciones que se vinculaban con aquéllos, por lo que no debía ser eximido de responsabilidad.

Cierto es, en primer término, que no medió fusión ni absorción en los bancos aludidos. Mas no se

requiere la concurrencia de una u otra de esas conformaciones jurídicas para que el Banco demandado sea responsable en el sub lite.

XII. El Banco Mercantil Argentino S.A., en efecto, adquirió un conjunto de créditos del Banco Rural Argentino S.A. y asumió expresamente sólo los pasivos del Anexo V. Es claro, no obstante, que por un deber de prudencia elemental (art. 512, Cód. Civil) debió examinar el contenido de las cuentas de las que se hacía cargo y su proyección económica, tanto individual como colectivamente, pues no hacerlo lo exponía a eventuales sorpresas: tener que enfrentar --como aquí acontece-- el cambio del saldo de una cuenta corriente, situación imposible de descartar en un negocio de la envergadura del concretado por los bancos (confr. ejemplar de fs. 516/541).

Por su propia condición de institución crediticia, el Banco Mercantil no podía ignorar que al adquirir a otro banco una "cartera de créditos" (Anexo IV, saldo al 30/6/86) la operación implicaba un álea representada por eventuales variaciones, fruto posible y probable originado en causas de diverso orden: modificación de saldos por corrección de errores de cálculo, por duplicación de partidas, por rectificación de débitos inexactos, etc. Tampoco podía desconocer el Banco adquirente que la "cartera" no representaba un valor pético, desde que podía hallarse expuesta a un reclamo administrativo o judicial procedente enderezado a la rectificación de los saldos.

Si ello se valora, como corresponde, pronto se comprende la importancia que para el Banco Mercantil Argentino tenía la realización de un estudio cuidadoso de la composición de la "cartera de crédito" que adquiriría (doctrina del art. 902, Cód. Civil). Y si ese examen riguroso hubiese sido efectuado, es justo presumir que el adquirente podría haber advertido que en la cuenta corriente de "Mademat S.R.L." se había debitado tasas usurarias y que, por tanto, podía ser alcanzada por una acción judicial de rectificación. Es claro, sin embargo, que el BMA no advirtió la "usura" o que, anoticiado de ella, nada hizo para cohibir sus resultados: en uno u otro caso --toda vez que se hizo cargo de la cuenta de la actora-- por su rectificación debe responder. Porque, en última instancia, en cualquiera de las hipótesis planteadas lo cierto es que el gravamen que le ocasiona la sentencia correctiva reconoce como causa la conducta discrecionalmente asumida, extremo éste que torna inatendible las quejas que tienen un origen de esa especie (confr. Fallos: 252:208; 255:283; 258:299 --La Ley, 112-456; 116-296--, entre muchos otros).

Ante "Mademat S.R.L." responderá, pues, el Banco Mercantil Argentino; ello sin perjuicio, si se cree con derecho, a accionar contra el Banco Rural Argentino S.A. con fundamento en los términos del contrato de fs. 516/541.

Voto, por las razones precedentes, porque se confirme la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda contra el Banco Central de la República Argentina, bien que modificando el régimen de las costas que en esta relación procesal correrán por su orden en ambas instancias (art. 68, segunda parte, Cód. de rito) y porque se la revoque en cuanto desestimó la demanda contra el Banco Mercantil Argentino S.A. Propicio, en consecuencia, se haga lugar a la demanda promovida por "Mademat S.R.L." contra este último Banco, al que se condenará a pagarle a la actora --dentro del plazo de quince días hábiles-- el monto que surgirá de las enmiendas ordenadas en el consid. IX a la peritación contable de fs. 404/407 vta. y sus Anexos I y II de fs. 402 y 403, con intereses según lo establecido en el punto 3º) del mismo considerando y con las costas de ambas instancias (art. 68, primera parte, Cód. Procesal, que sigue el criterio objetivo del vencimiento o derrota).

La doctora Mariani de Vidal, por razones análogas a las aducidas por el doctor Vocos Conesa, adhiere a las conclusiones de su voto.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda contra el Banco Central de la República Argentina, bien que modificando el régimen de las costas -que en esta relación procesal correrán por su orden en ambas instancias (art. 68, segunda parte, Cód. de rito)--, y se revoca el pronunciamiento recurrido condenado al Banco Mercantil Argentino S.A. a pagarle a la actora, dentro del plazo de quince días hábiles, el monto que surja de las enmiendas ordenadas en el consid. IX a la peritación contable de fs. 104/407 vta. y Anexos I y II de fs. 402 y 403; con intereses según lo

establecido en el punto 3º) del mismo considerando y con las costas de ambas instancias (art. 68, primera parte, Cód. Procesal).

Una vez aprobada la liquidación el tribunal procederá a fijar los honorarios correspondientes a las dos instancias (art. 279, Cód. citado).

Déjase constancia de que la tercera vocalía de la sala se halla vacante. -- Eduardo Vocos Conesa. -- Marina Mariani de Vidal.

**Voces:** CUENTA CORRIENTE BANCARIA ~ INTERESES ~ TASA DE INTERES ~ USURA

**Tribunal:** Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II(C1aCivyComMardelPlata)(SalaII)

**Fecha:** 02/12/2003

**Partes:** Adrán, Graciela c. Banco Francés

**Publicado en:** LLBA2004, 205

**Cita Online:** AR/JUR/4231/2003

**Texto Completo:** 2ª Instancia. - Mar del Plata, diciembre 2 de 2003.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 589/598? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. - La doctora Zampini dijo:

I. El juez de Primera Instancia dictó sentencia e hizo lugar a la demanda de morigeración de intereses y compensación de deudas iniciada por Graciela Adran contra el Banco Francés y Río de la Plata S.A., fijando como saldo deudor de la primera por la utilización de la cuenta corriente 90-001635-1, Caja de Ahorro 90-004896-9 y la tarjeta Visa 0011909453, la suma de \$ 297,87, al 30/4/97, comprensiva del saldo deudor tanto en pesos como en dólares estadounidenses, a la que deberán adicionarse intereses al 24% anual hasta su efectivo pago. Impuso las costas a la demandada (art. 68, C.P.C.). Difirió la regulación de los honorarios profesionales (art. 51, ley 8904).

Apelan ambas partes: el demandado expresa sus agravios a fs. 614/616 haciendo lo propio la actora a fs. 618/622.

La entidad bancaria formula diversas consideraciones que atañen al vínculo contractual que celebrara con Graciela Adran; enfatiza la inexistencia de cláusulas abusivas y la absoluta buena fe de su parte. Aparte agrega sobre la condición que revisten ambas partes en la relación negocial y apuntala su queja en la ausencia de observaciones y/o impugnaciones, por parte de la actora, a los informes de evolución de sus cuentas, que de manera regular le fueron remitidos.

Con base en tales apreciaciones, concluye pidiendo la revocación del fallo, con costas.

La actora expresa agravios sobre diversos aspectos de la sentencia apelada.

En primer lugar, observa que el juzgador ha omitido pronunciarse sobre la nulidad de cláusulas abusivas solicitada en la demanda.

Sostiene que el sentenciante ha morigerado los intereses cobrados por la entidad bancaria a la tasa del 24% anual jurisprudencialmente admitida en este Departamento Judicial, sin considerar que, no existiendo tasa pactada, es otra la solución que corresponde en el caso, tal la propuesta en el plenario de este tribunal dictado en la causa "Banco Quilmes c. Ojea s. Ejecución".

También refiere que el tope admitido por la jurisprudencia local es del 16% por compensatorios y 8% por punitivos, por lo que la sentencia debe ser modificada reduciendo el porcentual a aplicar sobre los saldos acreedores de la entidad al guarismo primeramente indicado en función de no corresponder el cómputo de la mora.

Asimismo, se agravia de que no contemple la sentencia el cálculo de intereses sobre los importes que ordena repetir -y compensar- al banco demandado, los que deben ajustarse a la misma tasa prevista para el crédito de aquél.

Finalmente, señala que en el pronunciamiento se denomina erróneamente a la entidad demandada, cuya razón social es Banco Francés S.A., solicitando en tal sentido se subsane dicha mención en esta instancia.

II. Antes de pasar a analizar los agravios planteados, trataré los antecedentes de la causa.

A fs. 2/17 comparece Graciela Adran promoviendo demanda contra el Banco Francés del Río de la Plata S.A., a efectos de que se morigeren los excesivos y abusivos intereses lucrativos y punitivos, y se compense la deuda registrada por el banco con los montos cobrados en exceso que debe restituir a su parte. En capítulo aparte solicitó, asimismo, la declaración de nulidad de aquellas cláusulas contractuales de contenido abusivo.

A neutralizar dichas pretensiones se dirigió el responde de la entidad demandada, cuya contestación luce a fs. 61/67, presentación en la que se expidió sobre cada uno de los parciales que conformaron el reclamo solicitando su rechazo.

Sustanciado el proceso, en consideración a la actitud asumida por las partes en la etapa constitucional de la litis y al resultado de las distintas probanzas producidas -en particular, la pericia contable- dictó el magistrado de primera instancia pronunciamiento favorable a la demanda incoada, decisión que asentó en las siguientes bases:

a) que siendo el negocio que vincula a las partes de naturaleza contractual, resulta menester una interpretación integradora que contemple la real intención de los contratantes, para lo que deben ponderarse diversos factores que atienden al fin último que es obtener una justicia práctica, veloz y eficaz;

b) que abierta tal alternativa, y si bien se estima válida y legítima la cláusula del contrato de adhesión que impone al usuario la carga de impugnar los resúmenes de cuenta, no empece ello a la facultad de su cuestionamiento u observación posterior de acuerdo a lo dispuesto por el art. 790 del Cód. de Comercio, cuando en su aplicación dicha previsión contractual revela un proceder abusivo o contrario a la moral y las buenas costumbres;

c) que a ello cabe sumar la facultad morigeratoria que, al efecto, disponen los jueces, doctrinaria y jurisprudencialmente aceptada, potestad que en el caso corresponde ejercitar con el propósito de equilibrar la posición a que fue reducida la parte débil del negocio -en el caso el usuario de los servicios bancarios-, con notable detrimento de su derecho de propiedad constitucionalmente protegido, reduciendo en tal sentido, los gastos e intereses aplicados por el banco demandado conforme los alcances del peritaje contable producido en la causa, compensando los importes resultantes y fijando, finalmente, el saldo correspondiente.

Contra dicho pronunciamiento se alzan ambas partes cuyas quejas abordaré a continuación siguiendo el orden en que han sido propuestas.

Agravios del demandado. Insuficiencia del recurso. Falta de impugnación de los resúmenes.

En la pieza recursiva, se expone el apelante -en la perspectiva de su particular visión- sobre las alternativas de la contratación bancaria en el contexto socioeconómico actual, mostrando su disconformidad con lo decidido en la anterior instancia sin hacerse cargo de los argumentos centrales del pronunciamiento, dejando insatisfecha la carga de completar con rigor técnico, la crítica puntual de los aspectos del fallo que, según su entender, no son arreglados a derecho o a las constancias de la causa (arg. arts. 260, 262 y concs., C.P.C.).

Bastaría ello para desestimar el recurso traído, sin perjuicio de lo cual, con el ánimo de no cercenar la garantía que hace al pleno ejercicio del derecho de defensa (art. 18, Constitución Nacional), se pasa a considerar la cuestión relativa a los resúmenes de cuenta.

1. En primer lugar entiendo que es de aplicación al caso de autos, tratándose de una revisión, el art. 793 del Cód. de Comercio.

Precisamente la acción de revisión apunta a cuestionar partidas que presentan yerros relacionados con enfoques jurídicos como la aplicación de intereses desmedidos. En cambio la acción de rectificación tiene por objetivo visualizar errores materiales que, a título de ejemplo, señala el art. 790 del Cód. de Comercio (Peyrano, "Enfoque procesal de las acciones de revisión y de rectificación de la cuenta corriente bancaria", publicado en JA el 6/9/96; Gómez, Leo Osvaldo, "Rectificación y revisión del saldo de cuenta corriente bancaria", en LA LEY, Boletín del 8/2/94; Malagariga, Carlos, "Código de Comercio comentado", t. V., p. 184; Fernández, Raymundo y Gómez, Leo Osvaldo, "Cuenta Corriente Mercantil", Bs. As., Ed. Depalma, passim; Rosenbuch, Erwin, "La acción de rectificación de una cuenta corriente", JA, 68-118).

Sentado lo anterior, cabe preguntarse: ¿cómo juega la falta de impugnación de los resúmenes de cuenta remitidos por el Banco en los términos del art. 793 del Cód. de Comercio?

Dicha norma en su 2º parte señala que "... si en este plazo el cliente no contestara, se tendrán por reconocidas las cuentas en la forma presentada, y sus saldos, deudores o acreedores, serán definitivos en la fecha de la cuenta...".

"La comunicación A 3244 puntos 1. 5. 2.3 expresa "Se presumirá conformidad con el movimiento registrado en el Banco si dentro de los '60 días corridos' de vencido el respectivo período no se ha presentado en la entidad financiera la formulación de un reclamo".

Sin embargo, como se ha dicho, ello constituye una "presunción 'iuris tantum'" que no puede prevalecer frente a la obligación del Banco de mantener incólume los derechos del depositante, efectuando las liquidaciones de débitos y créditos no sólo en los plazos legales, sino en forma correcta (doct. Cámara Civil y Comercial Bahía Blanca, pub. en Rev. Jur. LA LEY, 1989-A, 520, cit. por Gómez, Leo-Gómez Bouquerin, en "Código de Comercio", p. 710).

Más recientemente y en respuesta al interrogante planteado en torno al valor del silencio del cuentacorrentista, traigo a colación lo expresado al respecto por la Corte provincial (Ac. 78.111, de fecha 10 de setiembre de 2003).

Dijo allí el Superior Tribunal, en el voto del doctor Héctor Negri que "...La aceptación de las condiciones impuestas por el banco en la apertura de una cuenta corriente, así como la omisión de impugnar los resúmenes de cuenta, no son causa jurídica incommovible del enriquecimiento inmoral a costa de otros, originado por la fijación de una tasa de intereses usuraria sobre el descubierto" (v. fs. 206 vta.).

**"Los conceptos vertidos por el a quo son coincidentes con lo resuelto por numerosos tribunales del país. 'Así se ha dicho que cuando las tasas de interés aplicadas por la entidad bancaria conducen a resultados incompatibles con las exigencias de la moral y las buenas costumbres, la carencia de impugnación por parte del cuentacorrentista en los términos del art. 793 del Cód. de Comercio, no implica conformidad con las mismas y que la nulidad absoluta de las tasas de interés que conduce a resultados incompatibles con la moral y las buenas costumbres impide aplicar lo dispuesto en el art. 793 del Cód. de Comercio, pues' 'la nulidad no puede ser materia de renuncia anticipada, ni cabe considerarla subsanada por una suerte de consentimiento tácito del obligado'" (conf. CNCom., sala C, marzo 31 de 1995 en La Ley, 1995-D, 803; CNCom., sala E, marzo 31 de 1999 en ED, 185-203). Se dijo también "La facultad de la justicia para reducir un interés que considera usurario se funda en el principio de que nada contrario al orden público y a las buenas costumbres puede tener amparo judicial. Ello así, incluso si la liquidación no fue observada, el tribunal no puede aprobarla si sus rubros no se concilian con la moral y las buenas costumbres..." (Suprema Corte de Mendoza, sala I, marzo 26-1996 en La**

Ley, 1996-C, 715).

**"Coincido con los conceptos reseñados y más allá del caso que nos ocupa, es una regla subordinante del derecho que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres (art. 21, Cód. Civil). Obviamente a estos dos principios deben acomodarse las leyes y la conducta de los particulares y los jueces en su potestad jurisdiccional pueden aún de oficio, intervenir en los acuerdos privados para preservar valores irrenunciables de las partes y de la sociedad..."**

Agrega por su parte el ministro De Lázari que "...la conformidad con el monto de los intereses liquidados en cuenta corriente, presumida por la falta de impugnación del saldo respectivo, ha sido enunciada por el tribunal en términos generales, sin referencia concreta a la hipótesis abusiva..."

Precisamente en ese contexto se inscribe el caso de autos, en donde se ha constatado el abuso resultante de la aplicación de los mecanismos estatuidos por el propio banco demandado, proceder que ha violentado la regla moral cuya observancia es deber de los jueces garantizar, no siendo óbice para ello, la ausencia de observaciones del cuentacorrentista en los términos del art. 793 del Cód. de Comercio, "desde que no puede ser aquella omisión, causa jurídica inconvencional del enriquecimiento inmorale a costa de otros" (en tal sentido, mi voto en causa 110.448 reg. 39-S, f° 148/155, sent. del 22/2/2000; compulsar además, CNac. de Comercio, sala A, sent. del 10/9/92, pub. en Rev. Jur. ED, 150-383; sala C, sent. del 31/3/95, pub. en Rev. Jur. LA LEY, 1995-D, 803; ídem sala E, sent. del 31/3/99, pub. en Rev. Jur. ED, 185-203; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sent. del 26/3/96, pub. en Rev. Jur. LA LEY, 1996-C, 715; ídem CNFed. Civil y Comercial, sala II, sent. del 16/8/96, pub. en Rev. Jur. LA LEY, 1997-C, 725; mismo tribunal y sala, sent. del 23/11/2000, pub. en Rev. Jur. ED, 195-499).

Una visión finalista del negocio no puede inhibir su indagación profunda y pormenorizada para el logro de una solución equitativa, que se ajuste al ordenamiento jurídico vigente y a los principios generales del derecho: allí donde se advierta el compromiso del orden público, visualizado en una conducta negligente y aún ilegal de la entidad bancaria en su rol profesional de las finanzas, debe admitirse la revisión sustancial de la cuenta (conf. Urtubey, Raúl Alberto, "Nuevos apuntes sobre la posibilidad de revisar la cuenta corriente bancaria", pub. en Rev. Jur. ED, ejemplar del 9/5/2003, N° 10.750, año XXI, en especial, doctrina y jurisprudencia allí citadas; Jorge W. Peyrano, "Enfoque procesal de las acciones de revisión y de rectificación de la cuenta corriente", publicado en JA el 6/9/96; Marcelo A. Soleme Murad, "El límite de la verdad formal (el certificado de saldo deudor de cuenta corriente bancaria)", publicado en La Ley, Córdoba, año 18 N° 6, julio 2001; Carlos Bollini Shaw, "La posibilidad de pedir la revisión de los extractos de cuenta corriente una vez transcurrido el plazo legal para impugnarlos", ED, 1/8/2003).

Me pregunto: ¿cuántos ciudadanos tienen información de que pueden impugnar los resúmenes recibidos?

Se necesita por parte de los Bancos información adecuada y veraz; condiciones de trato equitativo y digno; que el usuario conozca como opera la cuenta corriente ya que no puede otorgarse un tratamiento similar a sujetos que son diferentes en aspectos sustanciales: poder de negociación, experiencia y conocimiento (Mosset Iturraspe, Jorge, "Introducción al Derecho del Consumidor", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1986, p. 11, Rezzónico, Juan Carlos, "Principios fundamentales de los Contratos", Ed. Astrea, 1999, p. 376 y sigtes. citado por CNCom., sala B, 19/7/2001; Juan José Cosiello, "El Derecho del Consumidor y los contratos bancarios", publicado en LA LEY, 26/3/99; arts. 17, 18, 29, 31, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, arts. 3°, 20, 38 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.; art. 8°, inc. 1, y art. 21, inc. 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 3°, 7°, 8°, 37, inc. b, de la ley 24.240 y reglamentación del dec. 1798/94; res. 85/2003, "Derechos del Consumidor", publicado en ED, 11/11/2003; Raymundo, J. G., "Algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria").

**En el caso de autos se ha probado que los intereses aplicados son usurarios, ya que para el pago en pesos se ha establecido una tasa anual del 56,20 % para el período 12/95 y del 54,80 % para el período 4/97; para el pago en dólares período 12/95 y para el período 97 se ha fijado una tasa del 24,10 % (ver pericia de fs. 354/55 y explicaciones de fs. 370 y ampliación de fs. 410/412), quedando desvirtuada la presunción (Enrique M. Falcón, "Tratado de la Prueba", p. 1 y sigtes., t. 2, Editorial Astrea, Kielmanovich, Jorge L., "Teoría de la prueba y medios probatorios", p. 553 y sigtes.).**

El fallo es derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa; ha puesto, en definitiva, las cosas en su lugar, haciendo pie en lo dispuesto por los arts. 21, 953, 1071 y concs. del Cód. Civil, normas en cuya vigencia está interesado el orden público y cuya aplicación al caso en examen, no ha sido discutida por el recurrente.

Por los fundamentos expuestos se rechazan los agravios propuestos.

Primer agravio de la actora. Omisión de declarar la nulidad de cláusulas contractuales.

Pretende el recurrente que el juzgador ha omitido la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas del contrato que la vinculara negocialmente al banco demandado.

Ante todo, destaco que completando la genérica petición introducida en el escrito de demanda, en momento alguno la actora individualizó -con la precisión exigible a una presentación judicial- aquellas cláusulas que considera abusivas, circunstancia que no varió cuando a su disposición tuvo los documentos respectivos.

No obstante lo cual y atento la aplicación de la ley 24.240 que es de orden público, se ha constatado la concurrencia de un obrar abusivo que, al igual que en la determinación de la existencia de una cláusula de tal tipo, requiere una tarea interpretativa tendiente a desentrañar el sentido y alcance de lo contratado, su adecuación al contexto de lo convenido y

a lo que es de uso y práctica en similares circunstancias (art. 218 inc. 6, Cód. de Comercio); todo ello en la inteligencia que, tal proceder, debe hallar adecuado remedio en la necesaria observancia de la buena fe en la celebración de estos contratos, con el claro propósito de restablecer la relación de equidad, conforme el principio sustentado en el art. 1198 del Cód. Civil (conf. Farina, Juan M., "Contratos comerciales modernos", Ed. Astrea, ps. 157/160).

El vínculo que ha unido a las partes es lo que se denomina "Solicitud de Adhesión de Servicio Integral Francés", suscripto el 18/2/94 ("es decir cuando no se encontraba en vigencia la ley 25.065, como tampoco la ley 24.452 modificada por ley 24.760, publicada en B.O. el 13/1/97").

En la cláusula novena se establecen condiciones especiales: "Todas las sumas adeudadas por cualquier concepto deberán ser abonadas dentro de las 48 hs. de su deuda produciéndose en todos los casos la mora de pleno derecho quedando el Banco autorizado a debitarlas indistintamente del Servicio de Ahorro Combinado, de la cuenta corriente aún generando el descubierto o compensarla de cualquier suma o valor que por cualquier concepto o título exista en el Banco a nombre del usuario Titular, sus usuarios Adicionales y/o Codeudores. A esos efectos, los saldos en cuenta corriente, sistema de Ahorro Combinado y otros depósitos se entenderán líquidos y de plazo vencido para ser compensados sin limitación ni requisito alguno, todo lo cual es condición expresa. Dichos débitos efectuados en ningún caso importan novación quedando subsistentes y con plena vigencia de avales, fianzas, coobligaciones solidarias, privilegios y/o garantías reales que existan constituidas a favor del Banco".

"En el caso de producirse la mora el banco podrá percibir además, en concepto de gastos administrativos, un cargo cuyo porcentaje será determinado por el banco y, aplicado sobre el monto adeudado".

"En el supuesto de que el cliente no mantuviera cuenta corriente abierta con el Banco, éste podrá debitar la deuda de una cuenta especial que abrirá al efecto, a nombre del cliente y por cuenta y riesgo de éste, cuyo saldo deudor deberá ser cubierto dentro de las 48 hs. siguientes conforme a la última parte del art. 792 del Cód. de Comercio".

"Sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial y desde el momento en que se registren los débitos aludidos, la cuenta especial devengará automáticamente un interés compensatorio equivalente al máximo que cobra el Banco para descubiertos transitorios en cuentas corrientes".

"Dicho interés se percibirá sobre saldos deudores, y se seguirá devengando hasta la cancelación total con un interés moratorio al 50% del interés compensatorio".

"Sin perjuicio de lo establecido precedentemente, la utilización de la cuenta especial notificada por cualquier medio fehaciente y cuyo saldo deudor no sea cubierto por el cliente dentro del quinto día de su recepción, será considerado título que trae aparejada su ejecución en los términos del art. 523 inc.4 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación (o su equivalente si lo hubiera en las jurisdicciones provinciales), a cuyo fin se pacta expresamente dicha vía".

"Las personas obligadas no cerrarán las cuentas abiertas en el Banco mientras sus obligaciones no estén canceladas y/o pagadas en su totalidad. Asimismo si cualquiera de las cuentas corrientes abiertas en el Banco son cerradas por cualquier motivo o causa, automáticamente serán exigibles las obligaciones que el Usuario titular y sus Adicionales y/o Codeudores hayan generado como consecuencia de la utilización de los productos que integran el S.I.F., las que podrán ser debitadas de las mencionadas cuentas total o parcialmente, antes de su cierre definitivo".

"Todas las comisiones, gastos e impuestos que graven las operaciones de los productos incluidos en el S.I.F. serán a cargo del titular o titulares, los que podrán ser debitados indistintamente de cualquiera de ellas. Serán a cargo del titular o titulares los gastos u honorarios que se originen en la eventual cobranza judicial o extrajudicial de las sumas adeudadas o las garantías de las mismas".

Se ha incluido dentro del certificado de saldo deudor de cuenta corriente deudas por la utilización de la tarjeta de crédito cuando aun no estaba vigente la ley 24.760, por lo que la cláusula resulta abusiva en los términos de la ley 24.240 y reglamentación del dec. 1798/94.

Precisamente en la modificatoria al art. 793 del Cód. de Comercio (ley 24.760) se expresa: "Se debitarán en cuenta corriente bancaria los rubros que correspondan a movimientos generados directa o indirectamente por el libramiento de cheques. Se autorizan débitos correspondientes a otras relaciones jurídicas entre el cliente y el girado cuando exista convención expresa formalizada en los casos y con los recaudos que previamente autorice el Banco Central de la República Argentina".

Es decir, hoy conforme a la legislación vigente se requiere autorización expresa del cuentacorrentista para que se incluyan las deudas en el certificado de saldo deudor.

"Al momento de suscripción de la solicitud, la ley no estaba vigente" (Carlos Gilberto Villegas, "Tarjeta de crédito-ley 25.065", p. 449 y sigtes., p. 458 y sigtes.; CNCom., sala C, 24/8/87, "Banco de Caseros c. Arangro s/ Ejecución"; CNApel. Com., sala B, 5 de febrero de 1993, "Dinners Club S.A. c. Villanueva de Comen, Teresa", Rev. del Derecho Bancario y la Ac. Financiera, Año 2, mayo-agosto, 1992).

En este sentido esta sala ha dicho: "La posibilidad de autocrear títulos ejecutivos mediante la emisión de un certificado suscripto por el gerente y contador de la entidad otorgante (art. 793, Cód. de Comercio) sólo fue prevista por el legislador para los bancos y en el marco de un contrato de cuenta corriente bancaria. Por lo que, hasta tanto se sancione una ley que acuerde a los saldos deudores de contratos de tarjeta de crédito el carácter de títulos ejecutivos, no es admisible intentar su cobro por la vía ejecutiva, sea que se lo intente bajo el disfraz de las cuentas corrientes no operativas, como así tampoco por la vía convencional de una cláusula contractual (CC0102 MP 104203 RSI-162-98 I 12/3/98; CCPLN MP 106754 RSD-322-98 P 10/11/98; pub. en LLBA, 1998-1398, JA, 1999-I-754, ED, 181-217).

Nuestros tribunales vienen estableciendo hace décadas pautas tendientes a morigerar las consecuencias gravosas para el contratante débil (sobre todo cuando se trata de un usuario o un consumidor que procura satisfacer requerimientos personales) de una aplicación rigurosa del principio consagrado por el art. 1197 del Cód. Civil, las cuales fueron recogidas por las normativas de los arts. 37 y 38 de la ley 24.240.

**Dada la naturaleza y fines que persigue la ley mencionada, es considerada de orden público, lo que se establece expresamente en su art. 65; orden público que implica un conjunto de principios de jerarquía superior: políticos, económicos, morales y, algunas veces, religiosos, a los que se considera estrechamente ligados, la existencia y conservación de la sociedad.**

**Sirven ellos de límite a la autonomía de la voluntad, y a él deben sujetarse las leyes y la conducta de los particulares (conf. esta Cámara, sala II, causas 95.012, 100.799, entre muchas otras).**

En definitiva, se ha centrado en el caso la mirada en el proceder abusivo del proveedor del servicio que lleva a la nulidad de la cláusula, conforme art. 37 de la ley 24.240, ya que además de la inserción de cláusulas abusivas, interesa el comportamiento del proveedor, atendiendo -agrego por mi parte-, a una visión dinámica del negocio jurídico (Farina, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", p. 367 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000).

Ese ha sido el temperamento seguido por el juzgador quien, luego de evaluar las condiciones negociales en su registro operativo, ha concluido en la necesidad de encontrar un principio de equidad que el devenir de la relación hubo de quebrar -según muestra la prueba pericial contable producida en autos- en perjuicio de quien se ha visto, a consecuencia de ello, sumido en la más absoluta indefensión, siendo menester para contrarrestar dicha situación, aplicar en todo su alcance la directiva moralizadora que subyace a los arts. 21, 953, 1071, 1198 y concs. del Cód. Civil.

En otras palabras, el abuso se ha configurado en la especie al formalizarse el contrato y en el transcurso de la relación, poniéndose de manifiesto especialmente, en el lesivo resultado que según muestra la pericia contable aludida, derivó de la aplicación estricta de lo previsto en el convenio, circunstancia que motivó la revisión integral restableciendo el equilibrio alterado en la etapa de ejecución del contrato (arts. 21, 953, 1198 y concs. Cód. Civil).

Observamos diariamente el conflicto social que los ciudadanos tienen con las entidades financieras y es ahí donde deben intervenir los jueces para lograr la paz social en esta economía de mundo (Carlos Fernando Sessarego, "Abuso del Derecho", Ed. Astrea).

Por los fundamentos expuestos, se hace lugar al agravio planteado, declarándose la nulidad de la cláusula novena.

Segundo agravio de la actora. Por la aplicación en el caso del plenario dictado en la causa "Banco Quilmes c. Ojea".

Agravia al apelante, el recálculo de intereses con base en lo dispuesto por este tribunal en los autos caratulados "Banco de la Edificadora de Olavarría c. Pena". Sostiene en tal sentido que, en ausencia de pacto de intereses, corresponde aplicar la tasa pasiva que percibe el banco oficial, incrementada en un 50%, solución implementada a partir del plenario del epígrafe.

Existe en el caso de autos que la determinación numérica de las tasas correspondientes se encuentre librada a las directivas del banco en orden a las disposiciones vigentes en los distintos períodos de aplicación -conf. cláusula 3.3, del convenio glosado a fs. 11 de los autos que vienen por cuerda, caratulados "Banco Francés c. Adran s. Ejecución"-; tasas que, precisamente por alejarse en el contexto de esta causa de los límites impuestos por la jurisprudencia departamental, han sido reducidas -morigeradas-, junto a otros conceptos que se estimaron improcedentes, a más justos y razonables registros.

Tercer agravio de la actora. Por la aplicación del tope del 24% anual.

El fallo en crisis recepta lo previsto por este tribunal en pleno en la causa "Banco de la Edificadora de Olavarría c. Pena, Daniel Alberto y otro s. Ejecución", causa 95.421 sent. del 16/4/96 -pub. en ED, 167-372- en la que, como tope comprensivo de todo concepto, se fijó el porcentual destacado, sin distinciones sobre los intereses moratorios y/o punitivos.

El temperamento propuesto por la recurrente supone distinciones que no forman parte del decisorio aludido, por lo que no pueden aquí receptarse.

Pero, además parten de una circunstancia no acreditada en la causa: la improcedencia de incluir en las liquidaciones del banco un interés moratorio -punitivo, en rigor-, hipótesis que, más allá de la morigeración ordenada en la sentencia y que por la presente se confirma, no se condice con las conclusiones que informa el dictamen pericial contable producido, en particular, el complementario realizado a instancias del magistrado de primera instancia y consentido por todas las partes (piezas de fs. 348/355, explicaciones de fs. 370 y complementarias de fs. 393/412; arts. 34, 36, 375, 384, 458, 472, 473, 474 y concs., C.P.C.).

En este sentido se desestima el agravio.

Cuarto agravio de la actora. Por no ordenarse la liquidación de intereses sobre las sumas en exceso percibidas por el banco demandado.

Pretende la apelante que el a quo omitió ordenar la liquidación de intereses por los importes percibidos en exceso por el banco a la misma tasa y con idéntico tope al aplicado por aquel.

Por un lado, destaco que el saldo final que arroja el dictamen pericial contable antes aludido es favorable al demandado, y por otro, que del mismo no resulta, de acuerdo al informe de evolución de las diferentes cuentas, la existencia de períodos cuyo importe, una vez detraídos los conceptos cobrados en exceso, evidencien saldo acreedor para la actora, de suerte tal que pueda ser viable la liquidación de intereses pretendida (arg. y doct. arts. 375, 384, 472,

473, 474 y conscs., C.P.C.).

En última instancia, el punto debió ser sometido al dictamen del experto, lo que no fue pedido en el escrito de demanda, consintiendo la propia recurrente el resultado final que expone el dictamen de fs. 393/412, del que no encuentro fundamento razonable para apartarme (arg. y doct. arts. 375, 384, 472, 473, 474 y conscs., C.P.C.).

Por los fundamentos expuestos, se desestima el agravio propuesto.

Quinto agravio de la actora. Por la errónea denominación de la entidad demandada.

El punto bien pudo ser motivo de una aclaración en la anterior instancia, sin perjuicio de lo cual y por economía procesal, cabe adecuar el decisorio en el sentido apuntado por la recurrente, dejando constancia que el condenado es el Banco Francés S.A., antes denominado Banco Francés del Río de la Plata S.A., según resulta de los instrumentos agregados a fs. 58/60 y fs. 195/196.

Así lo voto.

Los doctores Oteriño y Dalmaso votaron en igual sentido por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. - La doctora Zampini dijo:

Corresponde confirmar el pronunciamiento de Primera Instancia en cuanto ha sido materia de apelación para las partes actora y demandada, con las siguientes modificaciones: 1. se deja constancia a pedido de la primera, que el condenado es el Banco Francés S.A., antes denominado Banco Francés del Río de la Plata S.A., según resulta de los instrumentos agregados a fs. 58/60 y fs. 195/196; 2. asimismo, se decreta la nulidad de la cláusula novena. Propongo que las costas sean soportadas por la accionada (art. 68, C.P.C.) y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31, ley 8904).

Así lo voto.

Los doctores Oteriño y Dalmaso votaron en igual sentido por los mismos fundamentos.

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, se confirma el pronunciamiento de Primera Instancia en cuanto ha sido materia de apelación para las partes actora y demandada, con las siguientes modificaciones: 1. se deja constancia a pedido de la primera, que el condenado es el Banco Francés S.A., antes denominado Banco Francés del Río de la Plata S.A., según resulta de los instrumentos agregados a fs. 58/60 y fs. 195/196; 2. asimismo, se decreta la nulidad de la cláusula novena. Las costas serán soportadas por la accionada (art. 68, C.P.C.). Se difiere la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31, ley 8904). - Nélide I. Zampini. - Rafael F. Oteriño. - Raúl O. Dalmaso.

**Voces:** BIEN DEL CAUSANTE ~ CESION ~ CESION DE DERECHOS ~ CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS ~ EFECTOS DE LA CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS ~ EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA ~ EXCEPCIONES ~ INMUEBLE ~ PETICION DE HERENCIA ~ SUCESION

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nominación de Santiago del Estero(CCivyComSantiagodelEstero)(1aNom)

**Fecha:** 05/07/2005

**Partes:** Pereyra, Elsa M. c. Rizolo, Luis A. y/u otros

**Publicado en:** LLNOA2006 (mayo), 464

**Cita Online:** AR/JUR/4406/2005

**Texto Completo:** 2ª Instancia.— Santiago del Estero, agosto 23 de 2005.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Qué decidir sobre las costas?

1ª cuestión.— La doctora de Zurita dijo:

Plataforma fáctica. A los fines de la resolución del recurso resultan relevantes los siguientes hechos: 1) Adelma Luna, en representación de sus hijos menores H. R. y V. Y. P., juntamente con sus hijos mayores Claudio Ramón, Marcela Josefina, Angel Roberto y Diego Andrés Paz, promueven acción por petición de herencia como sucesores hereditarios de Roberto Antonio Paz, ya fallecido, quién fuera excluido como heredero de su padre Andrés Angel Paz. La demanda la dirigen contra Antonio Gubaira S.R.L. a quien se considera legitimado pasivo por el art. 3423 del Código Civil, y luego la amplían (fs. 40) en contra de María del Valle Paz, declarada única y universal heredera de Andrés Angel Paz. Reclaman el reconocimiento del carácter de herederos de Roberto Antonio Paz, y, como consecuencia, la entrega del 50% del acervo hereditario de Andrés Angel Paz, integrado por un inmueble ubicado en Avenida Belgrano entre Pedro León Gallo y Francisco de Uriarte de la ciudad de La Banda de esta Provincia. Acompañan copia del Folio Real del bien, Matrícula 05- 17937, del que resulta registrado el dominio a nombre de Antonio Gubaira S.R.L. por adjudicación como cesionaria en el juicio sucesorio de Natividad del Jesús Paz y Andrés Angel Paz. 2) A fs. 67/70, la codemandada Antonio Gubaira S.R.L. contesta la demanda e interpone excepción de falta de legitimación pasiva. Manifiesta que es un tercero adquirente de buena fe y a título oneroso del inmueble relicto, a través de un acto de disposición realizado por la heredera declarada en el juicio sucesorio, y debidamente inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble. Estima que por ello los actores deben reclamar a la codemandada María del Valle Paz — que fuera su cedente— el precio percibido y/ o todo perjuicio que el acto le haya causado. Por su parte María

del Valle Paz comparece a fs. 71/72 y contesta la demanda. Expresa que el juicio sucesorio de su padre Angel Andrés Paz fue tramitado con pleno conocimiento de Roberto Antonio Paz — padre de los actores—, quien no compareció al proceso. Reconoce la calidad de herederos de los accionantes y opone excepción de falta de legitimación activa porque la acción para la que estarían legitimados aquéllos es la de división de la herencia y no la de petición de la misma. 3) A fs. 126/128 se glosa el testimonio de la sentencia recaída en la causa. En ella el a quo hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Antonio Gubaira S.R.L. También rechaza la excepción de falta de legitimación activa planteada por María del Valle Paz y hace lugar a la demanda de petición de herencia en su contra, condenándola a reintegrar al haber hereditario la parte proporcional del inmueble mencionado al accionar, o en su defecto, abonar la misma en dinero. Todo con costas. El fallo se sustenta en que la acción de petición de herencia sólo puede ser dirigida contra los herederos y no contra los terceros poseedores de la herencia, por lo que acoge la pretensión respecto de la codemandada María del Valle Paz y la falta de legitimación pasiva de Antonio Gubaira S.R.L. La sentencia es apelada por los actores. Los agravios. A fs. 148/150 la apelante vierte sus quejas. Cuestiona la sentencia en cuanto acoge la falta de legitimación pasiva de la Sociedad demandada. Argumenta que con la cesión de derechos y acciones hereditarios, se colocó al cesionario en el lugar, grado y prelación del cedente. Dice que aquel es un sucesor a título universal y no le alcanzan las disposiciones del art. 3430 del Código Civil, lo que determina que Antonio Gubaira S.R.L. debe ser alcanzado por esta acción. Además señala que ambos codemandados conocían la existencia de Roberto Antonio Paz por existir entre ellos vínculos de parentesco que no fueron negados. Por ello pide la revocación de la sentencia haciendo extensiva la condena a restituir a la Sociedad codemandada. Consideraciones legales. 1) El agravio que se trae a la Alzada está dado por la falta de legitimación pasiva de Antonio Gubaira S.R.L. declarada en la sentencia recurrida. Cabe recordar que esta Sociedad es cesionaria de la heredera declarada María del Valle Paz, codemandada en esta causa, contra quien prospera la acción de petición de herencia. El documento que instrumenta la cesión se glosa a fs. 53, y su presentación en el juicio sucesorio de Natividad del Jesús Paz y Andrés Angel Paz resulta de las constancias cuyas copias se agregan de fs. 54 a 62. 2) Aparece como troncal para decidir la queja del apelante, dilucidar si el cesionario de derechos hereditarios puede ser alcanzado por la pretensión deducida en esta causa. Cabe recordar que la petición de herencia es la reclamación que intenta quien, invocando su calidad de heredero del causante, pide su reconocimiento judicial como tal, con igual o mejor derecho que quien ha entrado en posesión de la herencia, y para concurrir o excluir al mismo en ella, así como la entrega de los bienes como consecuencia de dicho reconocimiento (conf. Goyena Copello, "Tratado del Derecho de Sucesión", T. III, p. 261). El art. 3422 del Código Civil establece: "El heredero tiene acción para que se le reintegren las cosas hereditarias, poseídas por otros sucesores universales del difunto, o de los que tengan de ellas la posesión". Esta norma reconoce como fuente a Aubry- Rau y al Código Civil Chileno, y ambos admiten que la acción puede dirigirse contra quienes poseen la herencia como sucesores universales del difunto y, también contra quienes resultaran causahabientes de los sucesores universales. De allí que gran parte de la doctrina compartía que adonde el art. 3422 citado dice "o de los que tengan de ellas la posesión", deba leerse "de ellos", atribuyéndose a Vélez Sarsfield un error gramatical o de copia. De este modo la legitimación pasiva en la acción de petición de herencia queda circunscripta a quienes posean las cosas u objetos de la herencia como derivación de una adquisición a título universal, incluyendo a los sucesores universales del difunto y a quienes de ellos, en ese carácter, hubieran recibido la posesión. Estos últimos son los cesionarios de los derechos sucesorios, que son sucesores universales por el objeto de su adquisición: el todo o una parte alícuota del patrimonio de otra persona (conf. art. 3263 del Código Civil). "La cesión de derechos hereditarios transmite, en principio, los derechos y las cargas de la herencia, pero no la calidad de heredero, por lo que la acción de petición de herencia puede ser ejercida contra quien posea como sucesor universal, ya sea contra quien posee un derecho análogo al que se atribuye el demandante, contra sus herederos, o contra sus cesionarios, sin perjuicio de que si la petición de herencia se dirigió contra este último, el pronunciamiento contra el poseedor deba repercutir en las relaciones engendradas por el acto de cesión" (CCiv. 1ª Cap., LA LEY, 49-933). 3) Surge del instrumento que se glosa a fs. 53, y de la documentación de fs. 59/62, que la heredera declarada María del Valle Paz, cede a favor de Antonio Gubaira Hnos S.R.L., un inmueble inventariado en el patrimonio del causante Andrés Angel Paz. Analizada la cesión se advierte con claridad que se trata de una transmisión a título singular de los derechos y acciones sobre un bien determinado, que, a la sazón, aún no se encontraba registrado dominialmente a nombre de la heredera cedente, pero que sin duda había ingresado en su patrimonio por la muerte del causante. No se trata entonces de un cesionario sucesor universal, que si bien no adquiere la calidad de heredero porque ésta no se transmite, ocupa el lugar patrimonial de aquél con relación a la universalidad o una parte alícuota de ésta. Nos encontramos en este caso, con un adquirente a título singular de un bien de la sucesión, y para ello no influye que sea el único bien del acervo hereditario. Al respecto la nota al art. 3423 del Código Civil determina de una manera expresa la diferencia que existe entre el cesionario universal y el poseedor a título singular de alguno o algunos de los bienes de la herencia, al expresar: "Hay una inmensa diferencia entre el adquirente de derechos sucesorios y el adquirente de objetos hereditarios singularmente considerados. El primero está sometido a la acción de petición de herencia, y el segundo a la acción de reivindicación como tenedor a título singular de los objetos hereditarios". En igual sentido cabe agregar, aplicándolo por analogía, lo que se infiere del precepto contenido por el art. 2764 del Código Civil. Este es igualmente el criterio expresado por Lafaille ("Sucesiones", t. 1, p. 234) cuando apunta: "Si un heredero, después de la declaratoria, o en virtud del art. 3410 del Código Civil, reclama contra el ocupante de un inmueble de la sucesión o que posee la herencia en su conjunto, y éste responde que posee la cosa porque la ha comprado o porque la ha recibido en donación, o porque ha prescripto, ahí no existe petición de herencia; habrá una acción reivindicatoria, una restitución derivada de cualquiera de las reclamaciones jurídicas que el Código admite, y la litis se trabará sobre los distintos títulos que cada uno invoque". Es que la acción intentada en esta causa, conforme surge de lo preceptuado por los arts. 3421, 3422 y

3423 del Código citado, persigue simultáneamente un doble objeto: establecer la calidad de la condición de heredero e invocar todas las consecuencias propias de la misma. De allí que el carácter específico de la petición de herencia, conforme lo enseñan Planiol-Ripert ("Las Sucesiones", t. 4, p. 380) es traer al pleito a las partes que pretenden ser herederos universales del causante. En consecuencia, para que proceda es imprescindible que ella se intente contra los que se encuentran en posesión de los bienes hereditarios, aun en el supuesto que se tratara de uno solo, y que los demandados, para no devolver los objetos que poseen, disputen al accionante su condición de heredero. 4) En el caso de autos, Antonio Gubaira S.R.L. invoca haber adquirido, a título oneroso, un inmueble de la sucesión. Reafirma su calidad de sucesor singular e invoca a su favor el art. 3430 del Código Civil. Este dispositivo legal se enrola en la doctrina llamada del "derecho aparente", y constituye una clara excepción a la regla del art. 3270 del mismo Código (nemo plus iuris), impuesta por la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico. Para la validez de los actos del heredero aparente deben concurrir los siguientes requisitos: a) debe tratarse de un acto de disposición de bienes inmuebles; b) título oneroso; c) que quien lo realice haya obtenido a su favor declaratoria de herederos o auto aprobatorio del testamento que le confiere vocación, es decir que la apariencia del carácter de heredero esté dada fundamentalmente por el reconocimiento judicial de tal carácter; y d) que el tercero adquirente sea de buena fe, que se caracteriza por la ignorancia de la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente se encontraban comprometidos. Dos de los requisitos mencionados resultan controvertidos en este caso: el carácter oneroso de la cesión, y la buena fe del adquirente cesionario. Respecto de los otros dos, medió una aceptación explícita de las partes sobre su concurrencia. En orden a la onerosidad de la cesión, el documento de fs. 53 da cuenta de una permuta. Si bien la parte actora invoca la gratuidad del negocio jurídico, a mi juicio no consigue probarla. En efecto, la escritura de venta que se glosa a fs. 64/66 instrumenta a favor de María del Valle Paz, la enajenación de un inmueble cuya ubicación no coincide con el consignado como contraprestación en la cesión. Tampoco las fechas de realización de ambos contratos guardan ninguna correspondencia. En lo que respecta a la otra exigencia, la de la buena fe del tercero, debe señalarse que ésta está referida sólo al adquirente. Para la validez de los actos de disposición del art. 3430, es indiferente la buena o mala fe del heredero aparente. La buena fe del tercero es un elemento fundamental para juzgar la validez o nulidad del acto. Ello es lógico porque no se trata de proteger al heredero aparente sino a los que contratan con él, como medio de hacer imperar la seguridad y confianza en los negocios. La demandante en este proceso, sostiene que ambos, cedente (heredero aparente) y cesionario (tercero adquirente), conocían la existencia del heredero Roberto Antonio Paz. Sustenta su afirmación en el vínculo de parentesco que, aduce, se daría entre los integrantes de la Sociedad codemandada y los herederos de Andrés Angel Paz, que, por otra parte, no mereció réplica de los accionados. En mi estima, la falta de cuestionamiento del parentesco no alcanza para probar su existencia. Debí ser objeto de acreditación suficiente en la causa, y, a no dudar, la carga de la prueba pesaba sobre quien invocaba el hecho. Ante ello cabe concluir en que el carácter de sucesor singular de Antonio Gubaira S.R.L. le permite ampararse en las previsiones del art. 3430 citado para repeler esta acción, y que los extremos necesarios para su procedencia no se han acreditado en la causa. Por ello voto por la afirmativa y propongo a mis colegas de Tribunal confirmar el fallo en recurso.

Los doctores de Nasif Saber y Sirena dijeron:

Que comparten los fundamentos vertidos por la Vocal preopinante.

2ª cuestión.— La doctora de Zurita dijo:

Las costas de ambas instancias deben imponerse a la parte vencida.

Los doctores de Nasif Saber y Sirena dijeron:

Que votan en el mismo sentido.

A mérito del Acuerdo que antecede el Tribunal resuelve: I) Rechazar el recurso de apelación y en consecuencia confirmar la sentencia de fs. 126/128. Costas en ambas Instancias deben imponerse al apelante vencido. — Azucena B. de Zurita.— María A. W. de Nasif Saber.— Pablo S. Sirena.

**Voces:** REGLA NEMO PLUS JURIS –ART. 3270 COD. CIVIL.-

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B(CNCiv)(SalaB)

**Fecha:** 27/12/1995

**Partes:** Compañía de Comercialización c. Complejo Pesquero Marplatense.

**Publicado en:** LA LEY 1996-E, 55

**Cita Online:** AR/JUR/1993/1995

#### **Texto Completo:**

2ª Instancia. -- Buenos Aires, diciembre 27 de 1995.

Considerando: El art. 598 del Cód. Procesal conforme su nueva redacción introducida por el art. 79 de la ley 24.441 (Adla, LV-A, 1995), establece que ni el deudor ni el tercero, poseedor del inmueble hipotecado, pueden interponer incidentes ni recurso alguno, salvo las defensas del art. 64 en la oportunidad del art. 54.

El lanzamiento, en principio, no puede suspenderse, salvo que sean admisibles las defensas legalmente previstas, no distinguiendo la mencionada norma (art. 598, Cód. Procesal), la posibilidad de la existencia de un tercero anterior en el tiempo al acreedor hipotecario y su eventual derecho a mantenerse en la posesión o tenencia del inmueble.

Es así entonces que la resolución dictada a fs. 32 vta., en los términos de la actual disposición (art. 79, inc. 1º, ley 24.441), deviene inapelable en el caso por el tercero inquilino.

Dado el estadio procesal a que se está haciendo referencia, pues todo lo previsto en este artículo debe ocurrir dictada la sentencia de trance y remate, de acuerdo al propio texto y aplicabilidad de los arts. 54 y 64, en atención a que continúan vigentes los arts. 597 y 599 del Cód. Procesal que contemplan las excepciones admisibles en la ejecución hipotecaria y la tesitura a tomar cuando se da el supuesto de la presencia de un tercer poseedor, y que además los arts. 3164/3176 del Cód. Civil indican cuales son sus facultades y posibles actitudes; resulta transparente que la disposición solamente se refiere a las defensas respecto de la desocupación y subasta de la cosa ... (conf. Highton y otros, "Reformas al Derecho Privado", p. 514).

Ahora bien, toda vez que el a quo, se pronunció a fs. 39/40 respecto de la cuestión introducida por el apelante de fs. 33/35, a mayor abundamiento se señala que el art. 1498 del Cód. Civil, cuya aplicación pretende, no resulta aplicable, por cuanto antes que él está el acreedor hipotecario y la norma del art. 3157 del Cód. citado. Como la hipoteca es anterior al arrendamiento ("prior in tempore, potior in jure"), y en virtud del art. 3270 del Cód. Civil (regla: "nemo plus juris ad aliam...") el propietario mal podía constituir a favor del arrendatario un derecho oponible al hipotecario.

Interpretar que el art. 1498 está por encima de los arts. 3157 y 3270, sería como pretender que la locación confiere o constituye un derecho real, lo que resulta inadmisibile jurídicamente, atento que ni la locación ni el arrendamiento (ni los derechos emergentes de ellos) figura entre los únicos derechos de nuestro Derecho civil (ver art. 2503, Cód. Civil).

En consecuencia y en atención a los fundamentos dados, se resuelve: Declarar en denegada la apelación interpuesta subsidiariamente a fs. 33/35. -- Luis López Aramburu. -- José A. M. de Mundo. -- Gerónimo Sansó.