

Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Civil Contractual.

El mal denominado “consumo empresarial”.

**Soluciones para un problema de
desequilibrio del poder normativo negocial.**

Índice.

1.-Introducción:

a.-¿Podría sustentarse que nuestro derecho civil uruguayo regula el mal denominado “consumo empresarial”?..... **(pág. 4)**

b.-Regulación de vanguardia en materia de desigualdad del poder normativo negocial, dos escenarios:

b.1.-En el derecho de los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), arts. 322 (lesión como vicio del acto jurídico), arts. 984 a 989 (contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas), arts. 1092 a 1122 (contratos de consumo)..... **(pág. 5)**

b.2.-En las Directivas de la Unión Europea N° 2019/770 del Parlamento Europeo del 20/5/2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (texto pendiente a efectos del EEE), y 2019/771 del Parlamento Europeo de 20/5/2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.....**(pág. 11)**

c.-Situación en el derecho positivo nacional:

c.1.-Ley de Relaciones de Consumo No. 17.250.....**(pág. 13)**

c.2.- La Ley sobre Defensa de la Libre Competencia en el Comercio No. 18.159.....**(pág. 14)**

d.- Comparativa entre las normas nacionales e internacionales citadas.....**(pág. 15)**

2.-Situaciones de desigualdad del poder normativo negocial relevantes al objeto de estudio:

a.-Límites a la autonomía de la voluntad y principio de igualdad.....**(pág. 18)**

b.-Concepto de consumidor.....**(pág. 25)**

c.-Por qué el empresario no puede ser considerado consumidor en la Ley 17.250.....**(pág. 26)**

d.1.-Contrato de adhesión.....**(pág. 29)**

d.2.-Regulación del contrato de adhesión en la LRC N° 17.250.....**(pág. 32)**

d.3.-El mal denominado “consumo empresarial” se verifica en hipótesis de contratación por adhesión.....(pág. 36)

3.-Remedios a la falta de regulación general sobre contratos de adhesión por fuera de la Ley 17.250 y su posible extensión a la contratación entre empresarios.

a.-Necesaria referencia a la analogía como método y técnica de integración del derecho.....(pág. 37)

b.-Integración analógica de las normas contenidas en la Ley 17.250 a la contratación por adhesión entre empresarios.....(pág. 43)

c.-Análisis de los contratos de adhesión celebrados entre empresarios a la luz de las nociones de operación económica, equidad y buena fe contractual.....(pág. 49)

c.1.-Relevancia del estudio de la operación económica.....(pág. 50)

c.2.-Relevancia del estudio de la equidad.....(pág. 54)

c.3.-Relevancia de la buena fe contractual.....(pág. 57)

4.-Análisis de casos jurisprudenciales.

Bastos Tejera, Miguel c/ Banco Bandes Uruguay S.A.....(pág. 62)

Gibson S.A. c/ ADT Security Services S.A.....(pág. 65)

Rego, Alejandro c/ BBVA S.A.....(pág. 67)

5.-Conclusiones.....(pág. 71)

6.-Índice bibliográfico.....(pág. 74)

7.-Anexo Jurisprudencia.....(pág. 76)

1.-Introducción.

a.-¿Podría sustentarse que nuestro derecho civil uruguayo regula el mal denominado “consumo empresarial”?

Si se recurre a los principios del derecho civil patrio, y como doctrina más recibida a la regulación contenida en la Ley 17.250, podría sustentarse que es una categoría que, si bien no entra en conflicto con las bases de nuestro sistema jurídico vigente, claramente no se encuentra en él regulada.

Este trabajo propone el desafío de encontrar un marco jurídico de tutela a las situaciones de desequilibrio del poder normativo negocial entre empresarios que, por su naturaleza, no quedan contempladas en la Ley 17.250 ni tampoco en la Ley 18.159.

Primeramente, se partirá del concepto mayoritario que en doctrina se ha desarrollado sobre el consumidor, para luego analizar las similitudes que presenta ante situaciones de contratación empresarial, donde el único elemento diferencial es, principalmente, que el producto o servicio adquirido mediante contratación por adhesión por parte del empresario, en situación de debilidad contractual, se integrará a su cadena de valor y no será destinado a un consumo final.

Se analizarán casos jurisprudenciales donde no se tuvo presente el desequilibrio del poder normativo negocial e, igualmente, se analizó la situación del contratante “más débil” sin identificar concretamente la problemática subyacente. El estudio de la temática propuesta busca encontrar respuestas de justicia a situaciones donde los postulados del principio de autonomía de la voluntad y la regulación especial sobre consumidores resultan insuficientes y, por sobre todas las cosas, si se alcanza el objetivo de descubrir su marco jurídico, permitiría dotar al sistema de la consecuente seguridad jurídica.

b.-Dos casos de regulación vanguardista en el derecho comparado en materia de desigualdad del poder normativo negocial: 1.-La situación de Argentina con su nuevo Código Civil y Comercial y; 2.- Directiva de la Unión Europea No. 2019/770 del Parlamento Europeo del 20/5/2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (texto pendiente a efectos del EEE¹); Directiva 2019/771 del Parlamento Europeo de 20/5/2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

b.1.-En el derecho de los contratos del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), se previó a texto expreso situaciones donde el principio de la autonomía de la voluntad no es la regla, y sí la desigualdad del poder normativo negocial. Naturalmente, para estas especiales hipótesis, el legislador argentino previó normas de tutela que, de alguna manera, permiten reestablecer el equilibrio contractual y disminuyen las situaciones de abuso de la posición dominante del contratante más fuerte.

En artículo 322 del Código Civil y Comercial se previó la lesión como vicio del acto jurídico, y se ubica en el Libro Primero, Título IV, en el Capítulo 6. Vicios de los actos jurídicos, Sección 1ª.

Artículo 322: Lesión. *“Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.*

Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

¹ Espacio Económico Europeo.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción”.²

El Código Civil y Comercial argentino comienza a regular los vicios de los actos jurídicos bilaterales mediante la consagración de la lesión con semejante virtualidad. En primer lugar, corresponde destacar que en su inciso tercero, la norma contenida en el artículo 322 opta claramente por el principio de conservación de los contratos, y le da la posibilidad al demandado de ofrecer reestablecer el equilibrio sinalagmático, para así evitar la extinción del vínculo por nulidad. Resulta muy interesante desde la óptica del principio de reparación integral del daño, como el legislador argentino previó que esa sea una forma de evitar el decaimiento del contrato.

A su vez, la lesión claramente requiere para su configuración un abuso (explotación) de parte del contratante que se encuentra en posición dominante, y ese abuso puede tener su fundamento en la necesidad, en la debilidad psíquica o la inexperiencia del co-contratante más débil. También prevé una hipótesis de presunción simple de abuso, y se da cuando se verifica una notable desproporción de las prestaciones, que deberá ser analizada por el Juez al tiempo de celebración del contrato y, a su vez, ésta debe perdurar en el tiempo hasta la fecha de presentación de la demanda.

Nuevamente se aprecia como el legislador argentino opta por el principio de conservación del contrato, y si ésta desproporción de las prestaciones no se verificó “ab initio”, descarta la excesiva onerosidad superviniente (o teoría de la imprevisión) como causa de lesión en sede de ejecución del contrato y, a su vez,

² Se sustituye la noción de ligereza del anterior Código Civil y Comercial (art. 954) por la de “debilidad síquica” y, si bien se modifica el orden de la redacción, se mantienen los conceptos relativos a la lesión, y se suprime el plazo de prescripción de cinco años que estaba en los arts. 954, y en art. 2563 inc. e del Código Actual se establece el plazo de dos años a contar desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida (Cfme. “Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012”, Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Ed. El Derecho, Argentina, agosto 2012, pág. 193).

exige que tal desproporción se mantenga en dicha etapa de la fase contractual, dando vital importancia a las resultancias de la actuación posterior de los contrayentes, que bien pudieron recalibrar la situación y establecer un equilibrio que no se dio al origen del contrato.

Por último, aunque no menos importante, establece que tiene legitimación activa para reclamar el vicio contractual derivado de la lesión quien la ha sufrido o sus herederos, por lo que se reguló una hipótesis de nulidad relativa que impediría su abordaje de oficio por el Juez interviniente en una causa en la que esté en juego un contrato del que surja una situación de lesión.

Más adelante, en el Libro Tercero, Título II, Capítulo 3, Sección 2ª, el Código Civil y Comercial argentino en sus artículos 984 a 989, se regula una segunda hipótesis de desequilibrio del poder normativo negocial, donde no cabe pensar, a priori, en situaciones de abuso que tornen aplicable éste particular instituto tuitivo, sino una simple diferencia de posición dominante de un contratante respecto al otro³. Estos son los denominados “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas”.⁴

³ Así lo ha entendido la Jurisprudencia Argentina, Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, del 7/11/2018, en la que se sostuvo sobre los contratos de adhesión que: “...la nota típica de estos contratos, cual es la desigualdad en el poder de negociación de las partes... No obstante, ello no importa de suyo invalidez, sino sólo necesidad de apreciar el contrato a la luz de otros parámetros, que, dejando a un lado la presunción de equilibrio inherente a los contratos conmutativos, atiendan a la necesidad de aventar un riesgo implícito en los contratos de este tipo, en los que existe una parte dominante: el riesgo de que ésta abuse de su situación de privilegio...”;, saij.gob.ar, Id SAIJ: SUN0020549.

⁴ Cfme. “Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012”, Informe especial de la Facultad de Derecho, ob. cit., pág. 384, “...resulta un acierto que se hayan regulado los contratos por adhesión – en particular que se reconozca que la aprobación administrativa no obsta a su control judicial – (arts. 984/989)... En cambio, ciertas disposiciones son criticables... Tampoco satisface la suerte de asimilación que se da entre el contrato por adhesión y el contrato con cláusulas generales de contratación, y, si así fuera, estas condiciones son diferentes de los contratos por adhesión. Estos últimos solo hacen referencia a los contratos predispuestos, en los que la parte no predisponente, si quiere contratar, ha debido declarar su aceptación; en cambio, las condiciones generales son cláusulas predispuestas con alcance general y para ser utilizados en futuros contratos particulares...”.

El artículo 984 define el contrato de adhesión como “...*aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.*”. Naturalmente es una forma de contratación muy utilizada en la actualidad, y a la que muchos empresarios, en especial los de menor porte, profesionales universitarios, etc., no pueden rehuir en el ejercicio de sus actividades.

Si se entendiera que los empresarios uruguayos, en estas hipótesis, podrían equipararse al consumidor final, sería de aplicación directa la normativa contenida en la Ley 17.250, pero ello no es admitido por la amplia mayoría de la doctrina, y con fuertes fundamentos. Por ello, en este trabajo se propone el estudio de estas particulares circunstancias en las que se encuentran algunos empresarios de menor porte al contratar servicios o adquirir productos para el desarrollo de su giro.

Por su parte, el artículo 985 del Código Civil y Comercial argentino establece los requisitos para la legitimidad del tipo contractual de adhesión, y exige que:

“Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.”.

En esta norma se cristaliza el deber de actuar por el predisponente con la mayor buena fe, ya que quien adhiere a cláusulas predisuestas de un contrato solamente puede ejercer libremente el acto de aceptarlas o no, pero si lo hace va a entregarse a una situación que en modo alguno fue por él delineada. De esta manera se tutela que la suerte del contrato no quede librada a uno de los contrayentes, lo que vulneraría el principio de igualdad. Ello se ve claramente reflejado en el artículo 986, cuando regula el caso de “cláusulas particulares”, es decir, aquellas que no se encuentran dadas en forma previa en el formato contractual por el predisponente. La aludida norma prevé que “*Las cláusulas*

particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.”. A su vez, se da preeminencia por el legislador argentino, en el caso de existir conflicto entre cláusulas generales y particulares, a éstas últimas en el entendido de que fueron acordadas en igualdad de condiciones entre los contrayentes, por lo que deben primar sobre las generales, emanadas solamente del predisponente.

El artículo 987 establece que las cláusulas ambiguas redactadas por el predisponente deben interpretarse en sentido contrario a éste, norma que, además de cumplir una función vital para el entendimiento del contrato, también reviste un carácter preventivo del daño y disuasorio para el predisponente, que evitará incurrir en abuso por la vía de la ambigüedad de las cláusulas generales.

En el artículo 988 se prevé la hipótesis de cláusulas abusivas, y establece su consecuencia. Así, el referido artículo expresa: *“En los contratos previstos en esta Sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.”*.

Sin duda es una tipología de cláusulas abusivas muy abierta⁵, que permite al intérprete desentrañar del análisis de éstas si, efectivamente mediante su redacción, se está ante una hipótesis de abuso de la posición dominante del predisponente. Aquellas cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del

⁵ Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en sentencia del 28/8/2013, en el análisis sobre la abusividad de una cláusula contractual, ponderó lo siguiente: *“La cláusula de un convenio relativo a la instalación y explotación de un sistema de cobranzas extra bancario, que endilga al actor la responsabilidad por el manejo de los valores percibidos por las facturas y servicios cobrados en el marco de dicho sistema, no altera el equilibrio negocial, ni impone a cargo del accionante un riesgo desproporcionado, pues no se demostró que resultara imposible o sumamente oneroso adquirir un seguro que ampare al actor mientras transportaba los valores percibidos hasta las entidades financieras en donde debían ser depositados, máxime cuando tampoco se le imponía la obligatoriedad de adquirir dicho seguro, sino tan sólo su posibilidad.”* saij.gob.ar. Id SAIJ: SUN0019049

predisponente, pueden ser todas aquellas que generan excepciones a las obligaciones por él asumidas de forma tal que, en los hechos, el predisponente se obliga si él mismo lo desea, y no por imperio del sinalagma contractual.

Por su parte, las cláusulas de renuncia o restricción también se las considera nulas si lesionan los derechos del adherente, cabe suponer cuando no tienen una justificación razonable o previsible. Asimismo, se consideran abusivas a aquellas que amplían los derechos del predisponente por normas supletorias, es decir, que se encuentran por fuera del contrato de adhesión, en clara vulneración de la norma contenida en el artículo 985.

Por último, aunque no menos importante, dada la apertura de su tipo, el artículo 988 prevé que todas aquellas cláusulas que por sus características no sean razonablemente previsibles en la contratación por el adherente, también serán abusivas.

El artículo 989 establece que no puede, por aprobación administrativa de cláusula abusivas, excluirse el debido control judicial de las mismas. Si bien el referido artículo no establece que de Oficio el Juez pueda relevar las cláusulas abusivas, bien podría interpretarse ello a la luz del giro con el que la norma prevé la imposibilidad de excluir el control judicial cuando establece: *“La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial.”*. Asimismo, prevé que cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, por abusividad de alguna de sus cláusulas, simultáneamente lo debe integrar, solo para el caso en que éste no puede subsistir sin comprometer su finalidad. Esta particularidad de la norma es muy importante, ya que sienta como principio la “mínima intervención judicial” en el contrato.

Por su parte, el Título III del Código Civil y Comercial argentino, en cuatro capítulos que contienen los artículos 1092 a 1122 regula los contratos de consumo.

El artículo 1092 define la relación de consumo y al consumidor, de la siguiente forma: *“Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”*

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”.

El Código Civil y Comercial argentino sigue la línea mayoritaria en doctrina de definir al consumidor como la persona física (humana) o jurídica que adquiera bienes o servicios como destinatario final, así como las hipótesis en que si bien, a priori, no se trata de un consumidor, queda equiparado a tal como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo.

b.2.Directivas de la Unión Europea Nos. 2019/770 del Parlamento Europeo del 20/5/2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (texto pendiente a efectos del EEE); y 2019/771 del Parlamento Europeo de 20/5/2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

La Directiva de la Unión Europea No. 2019/770, tendiente a la normalización jurídica de aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, en su artículo 4 establece que: *“Las empresas, en especial las pymes, a menudo sufren costes adicionales relacionados con las diferencias en las normas nacionales imperativas de Derecho de los contratos con los consumidores y con la inseguridad jurídica cuando ofrecen contenidos o servicios digitales transfronterizos. Las empresas también deben asumir costes al adaptar sus contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a las normas imperativas que ya se están aplicando en varios Estados miembros, creando diferencias en el alcance y el contenido entre las normativas nacionales específicas que regulan dichos contratos.”.*

Con el objetivo de tutelar la competitividad en los mercados internacionales, la Unión Europea mediante la Directiva No. 2019/771 busca mejorar el funcionamiento del mercado interior y la protección del consumidor, en una economía cada vez más basada en la tecnología (artículo 1).

La Directiva de la Unión Europea 2019/771, en su artículo 3, establece que: *“Deberán armonizarse determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes, partiendo de la base de un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes).”*.

Corresponde destacar la relevancia de estas normas de última generación en materia de relaciones de consumo, ya que no solo prevén las especiales circunstancias del consumo digital y la protección del consumidor, sino que también buscan tutelar la posición más débil de las pequeñas y medianas empresas en este nuevo mundo, ya que para el desarrollo de su giro deben, necesariamente, introducirse a esta particular modalidad de mercado y, para ello, deberán realizar contratación de diversos servicios tecnológicos con empresas multinacionales muy poderosas.

Si bien la normativa emanada de estas Directivas de la Unión Europea no equipara la situación de las pequeñas y medianas empresas a la de los consumidores, en ocasión de la contratación de servicios digitales para el desarrollo de su giro empresarial, lo cierto es que se prevé su situación de “debilidad” frente a esas eventuales contrataciones, y la necesidad de ofrecerles una tutela para evitar su pérdida de competitividad.

c.-Situación en el derecho positivo nacional: 1.-Ley de Relaciones de Consumo No. 17.250 y; 2.-la Ley sobre Defensa de la Libre Competencia en el Comercio No. 18.159.

c.1.-La Ley de Relaciones de Consumo No. 17.250 vino a establecer en nuestro derecho un plexo jurídico de orden público, tendiente a tutelar una evidente situación de desigualdad del poder normativo negocial entre sujetos contractuales, uno de los cuales detenta una posición dominante por imponer los términos de la contratación, y el otro una posición pasiva, limitada simplemente a la libertad de someterse o no a ese vínculo contractual preestablecido.

La Ley de Relaciones de Consumo se erigió como el instrumento de tutela del principio de igualdad en la contratación que se da en las relaciones de consumo, buscando reestablecer el equilibrio del poder normativo negocial mediante la creación de normas de orden público, tendientes a compensar esa desigualdad fáctica entre consumidor y proveedor⁶.

⁶ *“Hay una regla básica con reconocimiento y validez universal a nivel de textos: el principio de igualdad de todas las personas. No obstante, la desiderata normativa, su desarrollo fáctico, esto es, su aplicación a la realidad cotidiana, que en definitiva es lo que requiere el justiciable para confiar en el sistema jurídico, no es tangible ni se visualiza en las soluciones prácticas. (...) En definitiva, mediante el reconocimiento del legislador consumerista de la existencia de desigualdades por la fuerza de las circunstancias de hecho, se intenta balancear a través de un aparato especial al que resulta más débil en la relación jurídica, precisamente porque su aptitud de poder negocial se encuentra menoscabada por su situación de consumidor. El derecho de consumo no es otra cosa que una respuesta a una necesidad grupal, y si bien podría decirse que edita una desigualdad formal es en función de combatir, nada menos, que la ausencia de igualdad material. En situaciones de desigualdad material el único camino de compensar la misma, al decir de Aristóteles, es tratar de manera desigual a los desiguales e igual a los iguales.”* Cfme. Szafir, Dora, Derecho del Consumidor, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Tomo I, La Ley Uruguay, 2011, pág. 1.

c.2.-La Ley sobre Defensa de la Libre Competencia en el Comercio No. 18.159, tiene por objeto fomentar el bienestar de los consumidores, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica, y la libertad e igualdad de condiciones de acceso al mercado de empresas y productos (artículo 1).

La defensa de la competencia y la defensa de los derechos del consumidor son complementarias, e inescindibles si se quiere, por constituir “dos caras de la misma moneda”, ya que el consumo como fenómeno económico, jurídico y cultural, se da en el mercado, y en él son actores tanto los consumidores como los empresarios.

Las normas de defensa de la competencia buscan la tutela de los consumidores frente a las falencias que pueda presentar la actuación empresarial en el mercado. Es decir, se trata de una normativa que al regular un aspecto específico de la actividad económica presenta una teleología superior, que es la defensa del consumidor. Ahora bien, para alcanzar ese objetivo final, debe primeramente propender a obtener la equidad entre los competidores que participan en el mercado, combatiendo el abuso de la posición dominante y, mediante ello, tutelando la libertad individual del consumidor y la de la empresa. El beneficio consecuencial para los consumidores, al tutelarse la competencia empresarial, estriba en la posibilidad de acceder a una mejor cantidad y calidad de bienes y servicios, a un precio lo más razonable posible⁷.

Como sostuvo el Tribunal Constitucional de España en Sentencia del 11/11/1999, “...*la Ley de Defensa de la Competencia establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales*”

⁷ Cfme. Pereira Campos, Santiago y Rueda Kramer, Daniel, en Estudios Sobre la Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo, FCU, 1ª ed. Octubre 2008, obra colectiva dirigida por Santiago Pereira Campos y Daniel Rueda Kramer, pág. 10.

de éste (...) la finalidad que se trata de satisfacer, a través de esta actuación de los poderes públicos, no es otra que la de garantizar el libre juego en el mercado de los agentes económicos que en él participan. En este sentido, la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.”⁸.

d.-Comparativa entre las normas nacionales e internacionales citadas.

Nuestra legislación sobre consumidores y competencia no prevé a la lesión como una causa de nulidad del contrato, o que permita la exigencia de su reajuste equitativo mediante integración judicial, como sí se prevé en el Código Civil y Comercial Argentino en su artículo 322. Solamente nuestro Código Civil trata la lesión en su artículo 1277, punto sobre el cual no hay consenso en doctrina, y extendería el propósito de este trabajo abordar su estudio⁹.

El artículo 30 de la Ley de Relaciones de Consumo, cuando define la abusividad de las cláusulas en los contratos de adhesión, parte de una concepción radicalmente opuesta a la norma contenida en el artículo 322 del Código Civil y Comercial Argentino en materia de lesión. En efecto, en el derecho argentino se aprecia la debilidad subjetiva de una parte, y en el artículo 30 de la Ley 17.250, para definir la existencia de una cláusula abusiva en un contrato por adhesión, se deben analizar éstas en sí mismas (sinalagma genético), y no las prestaciones concretas objeto del contrato. Es decir, para la lesión en el derecho argentino, se estará al estudio de la equivalencia subjetiva de las prestaciones, en cambio, nuestra Ley de Relaciones de Consumo, solamente apunta al estudio

⁸ Cfme. Pereira Campos, Santiago y Rueda Kramer, Daniel, ob. cit., pág. 10.

⁹ Para la doctrina tradicional (Gamarra y Mariño), la lesión tiene relevancia exclusivamente en la partición (art. 1161 del Código Civil), pero no constituye vicio del consentimiento en los contratos. Por su parte, Sarlo y Carnelli también descartan el desequilibrio objetivo como causa de nulidad. Por su parte, Blengio y Fernández admiten la lesión calificada en nuestro derecho y que, verificada, puede aparejar el vicio del consentimiento y, por ende, la nulidad del contrato (cfme. resumen de posiciones expresado por Miguel Tomé en “Código Civil Comentado”, Ed. Amalio Fernández, 1ª Ed. 2017, págs. 365-366).

de la diferencia del poder normativo negocial de los co-contratantes, sin importar las condiciones subjetivas de cada uno de ellos.

Por otra parte, existen muchas similitudes en lo que hace a la regulación de los contratos por adhesión, en lo que hace a las normas contenidas en los artículos 984 a 989 del Código Civil y Comercial Argentino, con las contenidas en los artículos 28 a 31 de nuestra Ley de Relaciones de Consumo. De todas formas, cabe anotar que si bien la regulación argentina resulta mucho más profunda en la materia, no regula a texto expreso la posibilidad de la integración judicial del contrato en materia de cláusulas abusivas, como sí lo hace el inciso final del artículo 31 de la Ley 17.250. De todas formas, y como ya se analizó anteriormente, resulta posible, mediante una interpretación contextual y teleológica del artículo 989 del Código Civil y Comercial Argentino, sostener que dicha norma, al menos, no estaría vedando la integración judicial del contrato en hipótesis de cláusulas abusivas.

El artículo 987 del Código Civil y Comercial Argentino, en materia de interpretación de cláusulas ambiguas en contratos por adhesión, establece un criterio similar al sustentado en el inciso segundo del artículo 13 de nuestra Ley de Relaciones de Consumo. En ambas normas se instituye un criterio de interpretación más favorable a la parte más débil, desde la óptica de su poder normativo negocial.

A su vez, el artículo 985 del Código Civil y Comercial Argentino regula con mayor profundidad que el artículo 28 de la Ley de Relaciones de Consumo los límites del contrato por adhesión, al quitar valor jurídico a todas aquellas cláusulas que efectúan reenvío a otros documentos que no se facilitan al adherente al momento de la contratación, o en forma previa. No obstante, el artículo 28 de nuestra Ley de Relaciones de Consumo resulta más amplio al definir el contrato por adhesión, ya que en su inciso segundo prevé que el adherente, aunque haya admitido y participado aún en la inclusión de cláusulas adicionales al contrato por adhesión, ello no le hace cambiar su naturaleza. En cambio, el artículo 984 del Código Civil y Comercial Argentino hace incompatible con el concepto de contrato por adhesión la hipótesis donde el adherente haya participado en su redacción, sin especificar si se trata del contrato principal o de cláusulas accesorias.

Por otra parte, la normativa emanada de las Directivas de la Unión Europea, prevé claras hipótesis de desequilibrio del poder normativo comercial, aunque en líneas muy generales, cuando establece lineamientos para coordinar las legislaciones de los Estados miembros en lo que hace a la protección de consumidores y pequeños empresarios. En este sentido, nuestra Ley de Defensa de la Libre Competencia, No. 18.159, resulta más amplia, ya que a nivel empresarial, y como se apuntó en el literal c.2 de este capítulo, propende a la tutela del consumidor, a través de asegurar las condiciones de equidad de los competidores en el mercado, procurando el combate al abuso de la posición dominante.

2.-Situaciones de desigualdad del poder normativo negocial relevantes al objeto de estudio.

a.-Límites a la autonomía de la voluntad y principio de igualdad.

El tema de los límites a la autonomía de la voluntad¹⁰ y el principio de igualdad fue planteado con magistral claridad por Juan Blengio en el Tomo XXVII del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, por lo que corresponde hacer un breve repaso a modo introductorio de este segundo capítulo sobre situaciones de desigualdad del poder normativo negocial en la contratación empresarial. Además, esta línea doctrinaria constituye la base argumental central del objetivo propuesto en este trabajo, ya que, fundamentalmente, las situaciones en las que se encuentran empresarios más débiles frente a otros más poderosos que imponen contrataciones de adhesión son, esencialmente, esquemas de desigualdad fáctica, que repercuten en esquemas de desigualdad del poder normativo negocial.

En esta misma línea se manifestó Arturo Caumont, cuando analizó la desigualdad subjetiva en la formación y ejecución de los contratos¹¹. Caumont sostuvo que en el actual estadio evolutivo del derecho civil se ha profundizado la desigualdad de los contrayentes entre sí, que en otra época se los ubicaba en pie de igualdad como un postulado natural derivado de los principios emanados de la Revolución Francesa, que se vieron cristalizados en el Código Napoleón. A partir de la divisa erigida por la Revolución Francesa, “igualdad, libertad y fraternidad”, se generó la concepción liberal clásica del derecho civil, por la que se sustentó, sin hesitaciones (y hasta muy avanzado el siglo XX), que las partes en un contrato, por el solo imperio de la ley, se encontraban en pie de igualdad para determinar sus elementos. Con la evolución de la economía y el mercado se fueron desarrollando nuevos instrumentos de derecho civil, en los que

¹⁰ A los efectos de este trabajo se consideran sinónimas las expresiones “poder normativo negocial” y “autonomía privada”, conforme posición sustentada por Gabriel Fernández en su trabajo “Metodología de Análisis de la Validez del Contrato”, en Rev. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Tomo I, Año 1, 2013, FCU, págs. 76-78.

¹¹ Caumont, Arturo, Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXXVII, FCU, págs. 577-584.

quedaron patentizadas asimetrías del poder normativo negocial de los contrayentes. La complejidad de las nuevas relaciones sociales generó la desaparición de la linealidad de los intereses y las necesidades, lo que provocó que los modelos contractuales típicos desarrollados por la Codificación resultaran insuficientes, dando paso a construcciones complejas y asimétricas¹².

La autonomía de la voluntad es el principio de libertad clásico del derecho civil contractual, liberal y decimonónico. Mediante la autonomía de la voluntad los contratantes se encuentran en absoluta libertad para darse a sí mismos la regulación normativa que satisfaga sus intereses. También se ve cristalizada la autonomía de la voluntad en las consecuencias normativas propias del contrato para las partes, reflejadas en el primer inciso del artículo 1291 del Código Civil.

Pero la primera cuestión que Blengio se plantea a propósito de las bases indispensables para hablar de autonomía de la voluntad es, justamente, no solo la existencia de la libertad de iniciativa (artículos 7 10 y 36 de la Constitución de la República), sino también la preexistente igualdad de los contratantes para actuar libremente y, de esa forma, someterse legítimamente al imperio de la norma contractual.

El concepto liberal, decimonónico, de la autonomía de la voluntad parte de la base de hombres igualmente libres y es ese supuesto, precisamente, el que no se verifica en muchísimos casos de la realidad y, por tanto, no puede entenderse que se trate de una presunción absoluta creada por el derecho civil, inmutable en el tiempo, sino una presunción sujeta a la relatividad de una prueba contraria, que puede surgir de los propios términos en los que se instrumenta un contrato, como se evidencia en los casos de contratos de adhesión o en las relaciones de consumo.

Igualdad y libertad son conceptos inescindibles, al extremo que Blengio expresa: *“De ese modo, si lo referimos a la libertad, y en el ámbito de una relación contractual, la libertad (y la autonomía privada que es una de sus manifestaciones) de una de las partes viene a conectarse con los derechos y la libertad de la otra o de las otras. Por lo cual, como lo pone de relieve Stathopoulos, el ejercicio de la libertad de una parte, puede entrar en conflicto*

¹² Caumont, Arturo, ADCU T. XXXVII, ob. cit., pág. 578.

con el ejercicio de (la igual) libertad de la otra parte. Y puede llegar a disminuirla o aún a eliminarla. Por lo tanto, la autonomía privada, y, en particular la libertad contractual, o autonomía de la voluntad, que está en la base de la institución contractual puede y debe ser sometida a restricciones en función del principio de igualdad.”¹³.

Blengio, en su magistral artículo de doctrina, incursiona incluso en el análisis de la igualdad como instrumento de la justicia conmutativa y distributiva¹⁴, y cita a Jiménez de Aréchaga para quien *“la filosofía democrática exige que el Estado reconozca la existencia de ciertas desigualdades y busque reestablecer la igualdad efectiva entre los individuos mediante un tratamiento desigual.”*¹⁵.

Si bien son absolutamente compatibles los referidos argumentos que se utilizan por Blengio para dar relevancia al principio de igualdad en materia contractual, el argumento más fuerte se encuentra en el hecho de que igualdad y libertad son derechos constitucionalmente tutelados, sin preeminencia de uno por sobre el otro y que, por tanto, corresponde su ponderación caso a caso, para que en la producción de las normas contractuales no prime uno por sobre el otro y, en definitiva, se verifique un desequilibrio del poder normativo negocial¹⁶.

Como sostiene Blengio: *“...aún dando por bueno el principio volenti non fit injuria, sólo sería admisible un tratamiento desigual, si fuere el ejercicio de un real acto de autonomía, lo cual no sucede cuando existe desigualdad de poder negociador o el sujeto consiente sin tener adecuada conciencia del alcance de su consentimiento.”*¹⁷.

Y en lo que más importa a los objetivos de este trabajo, Blengio entiende que no existe igualdad de los contratantes y, por tanto, tampoco puede sustentarse el ejercicio legítimo de la libertad en su expresión contractual, es

¹³ Blengio, Juan, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Tomo XXVII, La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir, págs. 409-410.

¹⁴ Blengio, Juan, ADCU T. XXVII, Ob. Cit., págs. 404-408.

¹⁵ Blengio, Juan, ADCU T. XXVII, Ob. Cit., pág. 404.

¹⁶ Blengio, Juan, ADCU T. XXVII, Ob. Cit., pág. 409.

¹⁷ Blengio, Juan, ADCU T. XXVII, Ob. Cit., pág. 410.

decir, mediante un lícito ejercicio de la autonomía de la voluntad, cuando: *“...no existe posibilidad de optar, pues la autonomía supone la posibilidad de elegir entre dos o más soluciones. Lo cual explica el hecho de que el principio de igualdad juegue un rol más decisivo cuando las alternativas no existe o están muy acotadas. Cuando se analizan casos en que se plantea la cuestión, en la generalidad de los mismos aparece como telón de fondo una situación de conflicto entre dos (o más) sujetos entre los cuales existe una marcada desigualdad del poder de negociar. Tanto lo es, que tal circunstancia, en buena medida, constituye la razón que está en la base del surgimiento de leyes especiales encaminadas a tutelar a los contratantes más débiles, como los consumidores.”*¹⁸.

Para completar su razonamiento, en lo que hace a la necesaria preexistencia de igualdad para entender legítimamente ejercida la libertad expresada mediante la autonomía de la voluntad, Blengio expresa: *“El desbalance de la relación contractual puede producirse no solo cuando el contenido del contrato, se traduce en una ecuación económica substancialmente desequilibrada, en virtud de la objetiva desigualdad de los términos del intercambio, sino también con referencia a otros aspectos (como los originados en las cláusulas que disciplinan la exención o limitación de la responsabilidad) que inclinen arbitrariamente la balanza en favor de una de las partes.”*

“...podría parecer seguro sostener que cuando el desequilibrio en las posiciones contractuales se da en el marco de una situación de disparidad del poder de negociar, sin una explicación que justifique razonablemente la situación desventajosa de la parte débil, la desigualdad será arbitraria y por consiguiente ilegítima.”

“...no encuentro obstáculos para concluir que los desequilibrios negociales arbitrarios que no tienen una justificación racional, son ilegítimos y que, de regla, los pactos que los plasman, por la vía de cláusulas de irresponsabilidad, limitaciones drásticas a los plazos de prescripción y otras, que desbalancearan la relación contractual en favor del contratante dominante que ha predispuesto el texto negocial, serán nulos. Sea porque se entienda que no

¹⁸ Blengio, Juan, ADCU T. XXVII, Ob. Cit., pág. 410.

están comprendidas en la autonomía contractual, o, porque encartan en la situación de contrariedad al orden público, del cual forma parte el principio constitucional violado. Se podrá también, en más de un caso, invocar la violación del deber de actuar de buena fe y el abuso de la libertad contractual.”¹⁹.

Si bien nuestro Código Civil no ha previsto estas cuestiones, cierto es también que doctrina y jurisprudencia mayoritaria sustentan la aplicabilidad directa de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales, lo que fue tratado por Blengio en su trabajo de doctrina ya citado, y el principio de igualdad debe permear las normas contractuales. No en vano, el inciso segundo del artículo 1291 del Código Civil, no tan publicitado por la doctrina liberal, establece que todos los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.

En este sentido, Blengio²⁰ entiende que una visión moderna de debilidad contractual va más allá de las clásicas hipótesis donde la legislación ha previsto situaciones subjetivas de déficit individual (ej: normas tuitivas de la minoridad, discapacidad, etc.), al propender a una concepción estructural, objetiva de ésta, ante la desigualdad del poder normativo negocial en determinados contratos o relaciones jurídicas. Ello se pudo apreciar, en una primera instancia evolutiva, con el desprendimiento del derecho laboral como rama autónoma del derecho civil, así como también mediante la multiplicidad de normas tuitivas para determinados tipos contractuales, como las que se verificaron en nuestro ordenamiento jurídico en materia de arrendamientos, promesa de enajenación de inmuebles a plazo, usura, relaciones de consumo, etc.

No resulta nuevo que el paradigma de la autonomía de la voluntad (en su concepción decimonónica) dejó de ser materia absoluta hace ya mucho tiempo y, a su vez, como principio del derecho civil, cada vez se ve más reducido en su ámbito de aplicación. En este sentido, Blengio entiende que la concepción más

¹⁹ Blengio, Juan, ADCU T. XXVII, Ob. Cit. pág. 412.

²⁰ Blengio, Juan, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXIX, “La parte contractual débil”, pág. 623.

moderna sobre tutela en materia civil tiende a establecer umbrales o límites a la libertad, definida mediante el paradigma clásico de la autonomía de la voluntad, con la finalidad de lograr un mayor equilibrio en las relaciones contractuales en las que interviene un sujeto objetivamente más débil que otro²¹.

Asimismo, Blengio señala que la forma de debilidad más relevante en materia civil, y que a su vez es la que menos se regula específicamente²², es aquella en la cual un sujeto está en condiciones de imponer su programa negocial, conforme a sus intereses, a la otra parte, cuya libertad se circunscribirá a decidir si ingreso o no en dicho contrato, pero sin la posibilidad de determinar su contenido²³.

Más allá de la dura crítica que a los desarrollos de Blengio realizaron Santiago Carnelli y Oscar Sarlo en su trabajo “El principio de igualdad y la contratación en el Código Civil”²⁴, lo cierto es que tales objeciones no son trasladables al presente trabajo. En efecto, la línea de pensamiento de Blengio ha sido fuente inspiradora del desarrollo de la idea planteada en esta Tesis, pero no se propone en ella un avance hacia el ideal de la justicia conmutativa sustancial, es decir, observar rigurosamente el principio de igualdad en el plano de los hechos que subyacen al contrato (la máxima Aristotélica de que “Uno deber recibir lo mismo que uno hace”). Y ello no es necesario, puesto que la desigualdad de los co-contratantes empresarios en un modelo negocial de adhesión es de índole esencialmente formal, o procedimental. Carnelli y Sarlo sostienen que nuestro Código Civil consagra el principio de igualdad conmutativa procedimental, derivado del artículo 10 de la Constitución de la República, y consagrado en el artículo 1250 del Código Civil. Así, Carnelli y Sarlo explican que: *“El Código Civil consagra una igualdad de tipo procedimental, característica del sistema liberal..., lo que significa excluir el sistema contrario, por el cual el juez puede llegar a examinar la ecuación económica del contrato para verificar si se cumple con el equilibrio objetivo de las prestaciones. Es decir: en el sistema*

²¹ Blengio, Juan, ADCU T. XXXIX, ob. cit., pág. 624.

²² Acotación del maestrando.

²³ Blengio, Juan, ADCU T. XXXIX., ob. cit., pág. 625.

²⁴ Carnelli, Santiago y Sarlo, Oscar, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXI, “El principio de igualdad y la contratación en el Código Civil”, págs. 597-613.

*vigente, el control de la igualdad se verifica únicamente respecto de las condiciones de ejercicio de la autonomía contractual, esto es: igual libertad en la formación del acuerdo, y en cuanto al contenido de éste, únicamente la licitud del objeto y de la causa. Los requisitos del Código Civil (arts. 1261-1560) apuntan exclusivamente a ello.*²⁵.

Por ello, siguiendo los postulados de Blengio, que se comparten íntegramente, se busca una solución menos radical, y que a su vez sea compatible con la teoría contraria representada por Carnelli y Sarlo.

La igualdad, como principio constitucional, resulta de plena aplicación al derecho contractual civil, y su alcance más profundo se verifica en los postulados que derivan del principio de buena fe contractual. A su vez, y siguiendo la tesis restrictiva, puede sostenerse que en los contratos de adhesión entre empresarios no se verifican condiciones de ejercicio de la autonomía contractual catalogables como iguales. En su mérito, una desigualdad en las posibilidades de formación del acuerdo y su contenido amerita, aún para la doctrina más restrictiva, efectuar correcciones en virtud del principio de igualdad conmutativa procedimental. También resulta insoslayable que, en muchos casos de verificación de esa desigualdad formal, puede desarrollarse una que desemboque en hipótesis de desigualdad conmutativa sustancial, como la que pretende evitar Blengio. En suma, procurando reestablecer el equilibrio contractual formal, derivado de las diferencias en el poder normativo negocial de los contratantes que se someten a un programa de adhesión, se logra mitigar fuertemente la desigualdad sustancial.

²⁵ Carnelli, Santiago y Sarlo, Oscar, ADCU T. XXXI, ob. cit., pág. 606.

b.-Concepto de consumidor.

Resulta de vital importancia para el tema a estudio referir al concepto que doctrina mayoritaria ha desarrollado acerca del consumidor, como situación paradigmática de desigualdad del poder normativo negocial que ameritó el dictado de normas de tutela, en el caso nacional, la Ley 17.250 de Relaciones de Consumo.

El artículo 2º de la Ley de Relaciones de Consumo No. 17.250 establece el concepto de consumidor, y lo define así:

“Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.”

“No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.”.

Como expresó Dora Szafir en su análisis exegético de la Ley de Relaciones de Consumo No. 17.250, la noción de consumidor proviene e la ciencia económica, y es definida por ésta como el último estadio del proceso económico, que se diferencia del de producción y distribución, en tanto ésta se ocupa de la transformación y reparto de las riquezas²⁶.

Si bien la noción de consumidor no es unánime en doctrina, puede sostenerse que tiene dos acepciones principales, una que considera a éste como toda persona que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma no profesional, o aquella que lo define por ser el destinatario final de éstos, es decir, que no lo integra a su giro empresarial en la cadena de valor. A su vez, la tendencia mayoritaria es a incluir en la tutela de las normas sobre consumidores solamente a aquellas relaciones contractuales onerosas²⁷.

²⁶ Szafir, Dora, Consumidores, Análisis Exegético de la Ley 17.250, FCU, 3ª ed. Abril 2009, pág. 18.

²⁷ Szafir, Dora, Consumidores, Ob. Cit., págs. 18-19.

c.-Por qué el empresario no puede ser considerado consumidor en la Ley de Relaciones de consumo No. 17.250.

El concepto de consumidor puede ser amplio o restringido, dependiendo de si se hace hincapié en la adquisición no profesional de bienes o servicios, o en la calidad de destinatario final del adquirente.

Para Szafir el inciso 2º del artículo 2 de la Ley 17.250 permite entender que no estaría excluido el consumo empresarial en la Ley de Relaciones de Consumo, por cuanto se dispone que aquellos que no siendo destinatarios finales de un producto o servicio, dejan de ser consumidores solo y cuando los integran a los procesos de transformación, producción y comercialización. Es decir, para Szafir es consumidor todo sujeto destinatario final y aún quien no goce de esta calidad, salvo que integre material y directamente los productos o servicios a los procesos antes señalados. Por tanto, si se tratara de la integración de dichos bienes o servicios por alguien que no es destinatario final a una posterior prestación de servicios, no cabría excluirlo del régimen de tutela previsto en la Ley de Relaciones de Consumo²⁸.

Por su parte, Andrés Mariño desarrolla un concepto más restrictivo de consumidor, partiendo también de la lectura del artículo 2 de la Ley de Relaciones de Consumo. Mariño entiende que la aludida norma consagra en su inciso primero una definición positiva, y en su inciso segundo una definición negativa y, por ello, entiende que desde el punto de vista lógico, ambas definiciones se neutralizarían, y que en definitiva, el elemento definitorio del concepto de consumidor estaría dado por la condición de destinatario final. Además, conceptualiza al destinatario final como el sujeto que adquiere bienes o servicios en uno de los procesos de circulación de estos con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales, y no con el propósito de reintroducirlos directa o indirectamente en el mercado²⁹.

²⁸ Szafir, Dora, Derecho del Consumidor, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Tomo I, ob. cit., págs. 152 y 155. De la misma autora, Consumidores, ob. cit., págs. 24-25.

²⁹ Mariño López, Andrés, ADCU, T. XXXI, FCU, En torno al concepto de consumidor. Estudio del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Relaciones de Consumo, págs. 774 y ss.

Se comparte el concepto restrictivo de consumidor sustentado por Mariño y también por Gamarra³⁰, ya que corresponde al interprete integrar el concepto de “consumidor final”, y la forma más coherente de conceptualizarlo es como aquel que adquiere bienes o servicios para no integrarlos en su actividad profesional, sino para satisfacer necesidades personales, aún cuando ellas estén relacionadas con su actividad profesional, pero que en ningún modo integren su cadena de valor. Asimismo, se estima artificiosa la interpretación efectuada por Szafir, por la que pretende sustentar que el inciso 2º de la Ley 17.250 estaría incluyendo en la categoría de consumidores a aquellos que, sin revestir la calidad de destinatarios finales, integran los bienes o servicios adquiridos al desarrollo de una actividad económica que no sea de transformación, producción o comercialización, como quien, a la sazón, brinda un servicio. Se entiende que tal no es la “ratio legis” de la norma, puesto que el inciso 2º de la Ley 17.250 cuando excluye de la categoría de consumidores a aquellos destinatarios no finales que integran los bienes o servicios adquiridos a procesos de comercialización, no excluye la comercialización de servicios. El criterio exclusivamente “industrial” en base al cual Szafir interpreta el inciso 2º de la Ley 17.250 genera una distinción normativa en una disposición que no lo hace, y que del análisis de su contexto tampoco parece hacerlo, por lo que parece más razonable la interpretación efectuada por Mariño y Gamarra.

No obstante la posición que viene de adoptarse, se entiende que el plexo normativo contenido en la Ley de Relaciones de Consumo resulta extremadamente rico para alcanzar, por vía de integración analógica, una regulación mínima que permita sentar las bases de la temática objeto de este trabajo, máxime si se tiene presente el hecho incontrastable de que nuestro

³⁰ Para Gamarra es consumidor final aquel que satisface intereses privados, y sigue en el punto a Gabrielli y a Orestano. Gamarra entiende que ésta es la verdadera significación de “consumidor final”, y que corresponde al interprete de la ley uruguaya integrar el concepto que no se brinda por ésta, y para ello recurre al Derecho Comunitario Europeo, más precisamente a las Directivas de 1985 y de 1993, que definen negativamente al consumidor como el sujeto que adquiere bienes o servicios para la satisfacción de un interés puramente privado, es decir, ajeno a su propia actividad profesional. Cfme. Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXVI, FCU, 2009, págs. 9-10.

derecho civil no ha regulado a texto expreso la situación de la contratación no paritaria, especialmente en lo que hace a la especie por adhesión, como si lo hizo nuestro legislador en la Ley 17.250.

En este sentido, corresponde citar a Santiago Pereira Campos y Jaime Berdaguer, cuando sostuvieron que, por la naturaleza de los principios esenciales que reguló y recogió, la Ley de Relaciones de Consumo tendría un potencial impacto incluso en relaciones contractuales que se encuentran al margen de ella, y que podrían ser alcanzadas por propagación analógica de sus fundamentos. Así, citan como ejemplos las situaciones de abusos que suelen tener lugar en la contratación entre empresas, o cuando ambas empresas contratantes no se hallan en una relación paritaria, y la “parte fuerte” suele a veces perpetrar abusos similares a los que algunas empresas infringen a los consumidores. Incluso llegan a sostener que aún cuando el consumidor suele ser el “paradigma” de la parte contractual débil, dicha situación de debilidad no es privativa del consumidor sino que, por el contrario, tiene lugar en las llamadas relaciones contractuales no paritarias (es decir, las relaciones entre empresas en las que una de ellas tiene un poder de negociación superior a la otra), siempre y cuando se de la necesaria razonabilidad que lo justifique³¹.

³¹ Pereira Campos, Santiago y Berdaguer, Jaime, en Estudios Sobre la Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo, ob. cit., pág. 236.

d.-Contrato de adhesión. Regulación del contrato de adhesión en la Ley de Relaciones de Consumo No. 17.250. El mal denominado “consumo empresarial” se verifica en hipótesis de contratación por adhesión.

d.1.-Contrato de adhesión.

El contrato por adhesión es producto de la evolución de la economía de mercado, y de la necesidad de agilidad en las transacciones comerciales, especialmente entre empresas proveedoras y consumidores³². La aludida evolución del mercado llevó a la creación de instrumentos que le fueran útiles a sus propósitos, y así se crearon contratos uniformes y genéricos, predispuestos en masa por los proveedores, dirigidos como propuestas irrevocables a los consumidores, quienes solamente conservaban un margen mínimo de decisión en cuanto a su aceptación en bloque o su rechazo, para formar así el consentimiento válido que de vida a esa nueva forma contractual³³.

El contrato por adhesión es el paradigma del contrato no paritario, ya que en éste las partes no discuten el contenido del negocio libremente, en un plano de igualdad y colaboración, sino que, por el contrario, existe una predeterminación del contenido contractual que resulta obra exclusiva de una de las partes, que de regla será la que ostente la posición dominante, lo que conlleva a una rigidez de sus cláusulas, las que deberán ser aceptadas o rechazadas en bloque por el destinatario (parte débil desde el punto de vista del poder normativo negocial)³⁴.

La problemática inherente a esta forma contractual podría resumirse a dos grandes líneas, la primera, radicada en la desigualdad de las partes, que permite a la más fuerte desde el punto de vista del poder normativo negocial abusar de su posición dominante respecto de la más débil, por ejemplo, mediante el

³² Szafir, Dora en Consumidores, Análisis Exegético de la Ley 17.250, ob. cit., pág. 312, expresa que: “El llamado contrato por adhesión, es pues, no sólo un fenómeno inevitable en nuestra época sino una necesidad para las grandes empresas.”.

³³ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX, FCU, 4ª ed. 2003, págs. 275-276.

³⁴ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX, ob. cit., pág. 277.

establecimiento de cláusulas opresivas o leoninas, o bien de irresponsabilidad. En una segunda línea, la problemática se identifica con la formación típica del contrato, que encierra el peligro de que la declaración del adherente no signifique una concordancia plena con la regulación contractual, ya que no es posible prestar el consentimiento si no es “en bloque”³⁵.

En lo que se comparte, Gamarra entiende que el problema esencial de la contratación por adhesión y su virtualidad de encerrar cláusulas leoninas, excesivamente gravosas u opresivas, no tiene que ver con una desigualdad radicada en el plano económico, sino en la violación que puede darse del principio contractual de buena fe³⁶.

Pero lo que el Maestro no repara es que la desigualdad del poder normativo negocial, que no necesariamente se verá reflejada en una desigualdad paralela en el campo económico, determina que deba analizarse con sumo cuidado el consentimiento brindado por el adherente en el contrato por adhesión³⁷. En este sentido, debe estudiarse cuidadosamente si el adherente pudo ejercitar su libre autonomía privada y, para que ello sea posible, y no solo una mera ilusión derivada de una presunción meramente formal, resulta imperioso que el sistema jurídico lo tutele en el ejercicio ese derecho³⁸. Sustentar lo contrario implicaría elevar al rango de presunción absoluta el principio de autonomía de la voluntad, mediante lo cual se desconocería la rica realidad, así como todos los casos en los que el legislador debió intervenir para tutelar a la parte más débil de un contrato en el que éstas ostentan desigual poder normativo negocial (por ejemplo: Ley de Promesa de Enajenación de Inmuebles a Plazo No. 8.733, Decreto-ley de Arrendamientos Urbanos No. 14.219, Ley de Usura 18.212, entre otras).

³⁵ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX., ob. cit., pág. 281.

³⁶ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX., ob. cit., pág. 287.

³⁷ Szafir, Dora, en Consumidores, Análisis Exegético de la Ley 17.250, ob. cit., pág. 313, expresa: *“Nadie niega que existe consentimiento como se analizará más adelante, lo que sucede es que éste debe emitirse sobre el programa negocial ofrecido y no existe libertad para negociar, modificar o discutir su contenido (art. 28 Ley 17.250).”*

³⁸ Sobre el particular, corresponde remitirse a los fundamentos expuestos en este mismo capítulo, en su literal “a”.

En este sentido, se comparte con Szafir que en la actualidad, la máxima consolidada del “*pacta sunt servanda*” y la primacía de la autonomía de la voluntad se ven muy atenuadas en la contratación por adhesión, lo que deriva en el pasaje de la concepción individualista del derecho privado a un régimen que reclama la intervención judicial (y legal también) para analizar este tipo contractual, donde es muy frecuente la verificación de estipulaciones que desequilibran la ecuación contractual a favor de la parte proveedora³⁹.

Como sostuvo Szafir, siguiendo a De Castro, cabe defender “...*la existencia de límites a la autonomía de la voluntad y el alcance imperativo de la regulación del derecho positivo en su función negocial y ordenadora del contrato. La inclusión de la protección de los consumidores poniendo límites a la autonomía privada abrió la puerta a uno de los criterios más sugestivos: el orden público económico. Se concluye que el contrato como acto debe ser siempre producto de la voluntad, pero el contrato como regla no es siempre producto de la libertad, porque las condiciones generales no derivan de un acto de autonomía adherente.*”

*“En suma, las condiciones generales no vinculan por sí mismas, sino en la medida en que establezcan una regla contractual conforme a las fuentes de integración del contrato y en especial, la buena fe.”*⁴⁰.

El contrato de adhesión estará caracterizado, entonces, por la predeterminación del contenido negocial, lo que implica la eliminación del período de tratativas, así como la formación de la voluntad contractual mediante negociación, lo que será sustituido por el consentimiento liso y llano del adherente. La redacción predispuesta del contrato de adhesión es, por tanto, rígida, y debe ser rechazada o aceptada en bloque por el adherente. Por ello, además, posee un carácter general y uniforme, por cuanto se dirige a un universo de futuros adherentes indeterminados, que contratarán todos en igualdad de

³⁹ Szafir, Dora, Derecho del Consumidor, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Tomo I, ob. cit., pág. 421.

⁴⁰ Szafir, Dora, Consumidores, Análisis Exegético de la Ley 17.250, ob. cit., pág. 314.

condiciones, pudiéndose afirmar que se trata de una verdadera propuesta irrevocable (artículo 1265 inciso 2º del Código Civil)⁴¹.

d.2.-Regulación del contrato de adhesión en la Ley de Relaciones de Consumo No. 17.250.

La Ley de Relaciones de Consumo No. 17.250 regula el contrato de adhesión en sus artículos 28 a 31.

El artículo 28 de la Ley de Relaciones de Consumo establece: “*Contrato de adhesión es aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido.*”

“*En los contratos escritos, la inclusión de cláusulas adicionales a las preestablecidas no cambia por sí misma la naturaleza del contrato de adhesión.*”.

Nuestra legislación optó por definir el contrato de adhesión conforme los criterios más ampliamente admitidos en la doctrina, es decir, fijando sus características en dos órdenes esenciales, la predisposición de sus cláusulas por el proponente, y la imposibilidad de discutir las por el adherente. A su vez, lo que resulta muy importante como criterio interpretativo, no obstará a la categoría de contratos por adhesión la circunstancia de que se incluyan en ellos cláusulas adicionales a las preestablecidas, aún cuando fueran negociadas.

El artículo 29 de la Ley de Relaciones de Consumo simplemente se limita a establecer las características formales que deben revestir los contratos de adhesión (idioma español, términos claros, caracteres fácilmente legibles).

Por su parte, el artículo 30 de la Ley de Relaciones de Consumo es el que regula la existencia de las denominadas “cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, y reza: “*Es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del*

⁴¹ Cfme. Szafir, Dora, Consumidores, Análisis Exegético de la Ley 17.250, ob. cit., pág. 315.

contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”.

Sin dudas ésta norma constituye la piedra angular de la regulación de los contratos por adhesión, ya que cristaliza toda la doctrina que ha sustentado la importancia del principio de igualdad en la contratación.

El fundamento de la prohibición de las cláusulas abusivas dentro de la Ley de Relaciones de Consumo solamente para los contratos de adhesión, radica en las características mismas del instrumento contractual, que acentúa aún más el desequilibrio del poder normativo negocial entre proveedor y consumidor. Sin perjuicio, corresponde admitir que la abusividad es materia vedada en cualquier tipo contractual, sea negociado o no, ya que significa la violación del principio constitucional de igualdad⁴², pero su tratamiento excedería el objetivo de este trabajo.

Resulta importante, a efectos de respetar al máximo el principio de seguridad jurídica, hacer referencia al estudio que Carlos De Cores realizó sobre la definición misma de abusividad en el artículo 30 de la Ley 17.250⁴³. De Cores señaló que nuestro legislador se apartó del modelo argentino y brasileño, y adoptó en la materia el criterio europeo, que se caracteriza por organizar el

⁴² Ver “supra” en este mismo capítulo “Límites a la autonomía de la voluntad y principio de igualdad y buena fe contractual.”.

También Blengio, Juan, Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXXI, “Hacia una contratación más equilibrada y justa”, págs. 646-647, cuando entiende que “...*resulta posible identificar los límites dentro de los cuales la voluntad puede determinar normativamente el contenido del contrato, sin que resulte violado el principio de igualdad. y permite concluir que, cuando la voluntad excede tales límites, carece de eficacia normativa.*”. También menciona, como consecuencia ineludible del principio de igualdad, el principio de proporcionalidad, y extrae de éste que no existen obligaciones sino en la medida en que las partes las han querido. Y, en función de tal principio, entiende que si del examen de la incidencia de una cláusula contractual en la economía del contrato resulta una desproporción que afecta el equilibrio del negocio, se está ante una hipótesis de abusividad y, por tanto, permite la revisión del contrato en la medida necesaria para reestablecer el equilibrio violado, y solo si no es posible el mantenimiento de su función, acarreará su nulidad total.

⁴³ De Cores, Carlos, Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXXIX, “El concepto de desequilibrio en los contratos de adhesión (artículos 30 y 31 de la Ley 17.250), págs. 665-675.

régimen de las cláusulas abusivas en dos ejes formales, a saber: una cláusula general o concepto genérico de abusividad, y una lista analítica, no taxativa, de modelos de cláusulas abusivas⁴⁴. Este sistema genera la necesidad de dotar al Juez de conceptos claros para abordar el estudio de la abusividad de las cláusulas contractuales en un contrato de adhesión, para aquellos casos que no se encuentren previstos en el artículo 31 de la Ley de Relaciones de Consumo. Así, entiende De Cores, la definición del criterio general consagrado en el artículo 30 de la Ley de Relaciones de Consumo resulta materia vital⁴⁵.

De Cores, citando a Gamarra, sostiene que el artículo 30 de la Ley 17.250 habilita a que todas las disposiciones contractuales (con excepción de aquellas que hagan referencia a la equivalencia económica de las prestaciones) se encuentran sometidas al examen judicial, que determinará si violan o no el principio de equilibrio contractual o igualdad, ahora de carácter sustancial y no meramente formal⁴⁶. Por ello, De Cores afirma que es preciso tratar de establecer criterios para la determinación del carácter abusivo de una cláusula, en su análisis sustancial, a efectos de que ello no quede al exclusivo arbitrio del juez del caso concreto, con el consecuente riesgo de vulneración del principio de seguridad jurídica.

En este sentido, De Cores explica que el legislador da una pauta importante de lo que queda por fuera del análisis de abusividad, excluyendo del concepto al producto o servicio, así como también al precio y a la contraprestación del contrato⁴⁷. De esta forma, el legislador patrio generó un amplio margen de respeto al principio de autonomía de la voluntad, y centró el foco de análisis en los derechos y obligaciones de los contratantes; es decir, se optó por tutelar la abusividad en el desequilibrio emergente del aspecto normativo del contrato, y no del económico. El punto de vista económico es el que más fácilmente se advierte en el programa negocial, y por ello la tutela debe estar dirigida a los aspectos normativos, donde efectivamente se verifican las

⁴⁴ De Cores, Carlos, ADCU T. XXXIX, ob. cit., pág. 667.

⁴⁵ De Cores, Carlos, ADCU T. XXXIX, ob. cit., pág. 668.

⁴⁶ De Cores, ADCU T. XXXIX, ob. cit., pág. 668.

⁴⁷ De Cores, ADCU T. XXXIX, ob. cit., pág. 668.

desigualdades del poder normativo negocial. La ecuación económica debe quedar liberada a las reglas del mercado, pero las reglas del negocio no pueden generar mayores desequilibrios en su aspecto normativo, ya que el contrato debe ser una ley que obligue a las partes por igual. Para que este análisis no termine siendo una suerte de casuística, De Cores propone que el Juez deberá iluminar su decisión acudiendo a los modelos de equilibrio normativo preexistentes en nuestro ordenamiento jurídico, a modo de esquema comparable al contractual que se tiene en análisis, por ejemplo, en los casos de figuras contractuales típicas, a efectos de no incurrir en arbitrariedades⁴⁸.

La posición de De Cores en este aspecto coincide con los postulados de este trabajo, ya que entiende que el artículo 30 de la Ley 17.250 no toma en cuenta las diferencias derivadas del desequilibrio económico de las prestaciones, o a las diferencias meramente subjetivas de los contratantes, sino que apunta a la tutela del equilibrio del poder normativo negocial. Además, la propuesta que De Cores realiza en su trabajo, relativa a la forma en que los Jueces deben abordar el estudio de la abusividad de las cláusulas contractuales, colabora con el desarrollo de una jurisprudencia más homogénea, que en definitiva respeta el principio de seguridad jurídica.

Por último, el artículo 31 de la Ley de Relaciones de Consumo enumera, de forma no taxativa, las cláusulas que por su naturaleza pueden considerarse abusivas y, en su inciso segundo, prevé la consecuencia que aparejan éstas, que es su nulidad (nulidad parcial del contrato), la que deberá ser reclamada por el consumidor ante el Juez⁴⁹. A su vez, prevé que el Juez integre ese contrato

⁴⁸ De Cores, ADCU T. XXXIX, ob. cit., págs. 674-675.

⁴⁹ Sobre el punto, Szafir entiende que la nulidad prevista en el art. 31 de la Ley 17.250 es de naturaleza absoluta, lo que se comparte. Sobre el punto, Szafir se aparta de la posición que sostuvieron Pereira Campos y Rodríguez, quienes entendían que por el tenor literal de la norma se estaba en presencia de una nulidad relativa. En este sentido, Szafir entiende que la norma debe ser interpretada en su contexto, dado por el art. 1 de la propia LRC, que establece su carácter de orden público, y ello implica soluciones irrenunciables para las partes, o que no pueden ser modificadas por su voluntad, con fundamento en el interés social (Cfme. Szafir, Dora, Derecho del Consumidor, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, ob. cit., pág. 434). A lo que se entiende pertinente agregar, como argumento coadyuvante, que en materia de abusividad de cláusulas, se está violentando el derecho constitucionalmente consagrado a la igualdad, por lo

inficionado de nulidad y, si no es posible ello por la afectación de la causa de éste, deberá declarar su nulidad total.

El análisis de todos estos remedios se abordará en el capítulo 3 de este trabajo.

d.3.-El mal denominado “consumo empresarial” se verifica en hipótesis de contratación por adhesión.

En este trabajo se sostuvo que el concepto de consumidor es restringido y, por tanto, no puede comprender en él a la figura del empresario o profesional que adquiere bienes o servicios para integrarlos a su cadena de valor⁵⁰.

Ahora bien, si se vuelve a los conceptos centrales vertidos en este capítulo, vemos que la hipótesis que, por excelencia, implica que un empresario o profesional puede estar inmerso en una situación de desequilibrio del poder normativo negocial, será toda aquella en la que participe como adherente en un contrato de adhesión⁵¹.

Naturalmente la mayoría abrumadora de los casos tendrá en la parte adherente a pequeños y medianos empresarios, así como profesionales independientes de todas las ramas de actividad (universitarios y técnicos).

No obstante, también puede darse el caso que entre grandes empresarios se realicen contrataciones por adhesión y ello, aunque no tenga como reflejo una desigualdad en el plano económico, va a registrar inexorablemente una desigualdad del poder normativo negocial que, por ende, puede y debe ameritar la tutela correspondiente. En efecto, y como ya se anotó, el principio de autonomía de la voluntad se encuentra ligado esencialmente a la libertad desde el punto de vista jurídico, y no puramente económico.

que la solución por una nulidad absoluta emerge como más satisfactoria a los efectos teleológicos de la Ley de Relaciones de Consumo.

⁵⁰ Ver este mismo capítulo, parte “c”.

⁵¹ Sobre el punto, aunque se analizará más adelante, corresponde remitirse a lo expresado por Gamarra, Jorge, en Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX, ob. cit., págs. 317 y ss.

3.-Remedios a la falta de regulación general sobre contratos de adhesión por fuera de la Ley 17.250 y su posible extensión a la contratación entre empresarios.

a.-Necesaria referencia a la analogía como método y técnica de integración del derecho.

Sánchez Fontáns⁵², con la magnífica claridad y sentido pedagógico que lo caracterizó, explica que “los antiguos” consideraban a la analogía como un procedimiento de interpretación de la ley. Luego, la escuela histórica, decimonónica e hija del positivismo clásico legalista, entendió que la analogía era un instrumento de máxima relevancia, y servía de fundamento para negar la existencia de lagunas legales. Por el contrario, la escuela científica francesa, que sustentaba la antítesis entre interpretación e integración de la ley, atribuyó a la analogía una función principalmente integradora de las lagunas de las fuentes formales de derecho, como categoría intermedia entre la interpretación que buscaba el sentido de la ley en la voluntad del legislador y la teoría de la libre creación del derecho. Es por ello que Sánchez entiende que, según la posición que se adopte respecto de la divergencia conceptual entre “tenor literal de la norma” y “voluntad del legislador”, la interpretación será restrictiva o extensiva y, a su vez, el procedimiento de la analogía, fundado en la identidad de “ratio” se aplica para extender el sentido natural del texto a casos no contemplados expresamente en él, lo que genera como consecuencia la extrema dificultad para distinguir tarea de interpretación extensiva y analogía⁵³. De todas formas, Sánchez entiende que el elemento tipificante de la interpretación extensiva es la

⁵² Sánchez Fontáns, José, “Interpretación extensiva y analogía” en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración (RDJA en adelante), Tomo 60, año 1963, págs. 201 a 216.

⁵³ Sánchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 202. También es la posición que sostuvo Ramírez, Juan Andrés en ADCU T. XXXVI, “La Analogía como método único de interpretación. Inconsistencia lógica de la distinción entre interpretación e integración”., págs. 675 a 684, aunque no cita los excelentes desarrollos que en la materia había efectuado Sánchez Fontáns 42 años antes.

función correctora del significado aparente de los elementos que integran expresamente la proposición normativa, y los casos de exceso o insuficiencia del alcance o ámbito de aplicación de la norma, que requieren su necesaria integración con nuevos supuestos, latentes en su “ratio”, quedarán reservados a la analogía.⁵⁴

Así, Sánchez desarrolló un concepto de analogía en el que entendió que se trataba de “...una forma lógica que podía definirse como el razonamiento de lo particular a lo particular, por medio de una proposición general.”

“La proposición general es utilizada como premisa latente, lo que permite diferenciar al razonamiento analógico del inductivo.”

“Proyectado el razonamiento analógico en la aplicación del derecho, permite extender el efecto, establecido en la norma para el caso previsto, a otros casos semejantes, no previstos.”

“No es suficiente cualquier semejanza. Para que sea válido el razonamiento por analogía es menester que el elemento común a ambos supuestos del cual deriva la semejanza constituya la razón suficiente de la ecuación normativa, esto es la “ratio legis” en virtud de la cual se atribuye a determinado supuesto determinado efecto.”⁵⁵.

⁵⁴ Sánchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 203.

⁵⁵ Sánchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 205, en donde además propone un esquema comparativo muy útil para determinar si se está ante una posible hipótesis de integración analógica. Así, Sánchez propone indicar por Q el supuesto de hecho contemplado en la norma; por P el efecto jurídico que de él deriva; por S el caso no previsto, pero semejante al primero; y por M el elemento común del cual deriva la relación de semejanza y que constituye la razón suficiente de la proposición normativa, en una fórmula de razonamiento que planteó de la siguiente forma:

Q es P

Q es M

S es M

S es P

Para el propósito del presente trabajo, Q es la diferencia del poder normativo negocial, supuesto de hecho contemplado en la Ley 17.250, y P es el efecto jurídico que genera tal supuesto, en el caso, la tutela que concede la Ley 17.250 al consumidor.

Por S entendemos el caso no previsto, configurado por la contratación por adhesión entre empresarios.

Así, tal y como lo plantea Sánchez, y se aprecia del análisis efectuado en la nota al pie 55, el razonamiento por analogía constituye una forma de silogismo, mediante el cual se explicita la premisa latente de la “ratio legis” que resulta aplicable al supuesto no previsto por esa relación de semejanza con el supuesto sí previsto en la norma⁵⁶.

Por ello, Sánchez afirma que el objeto de la interpretación extensiva o la integración analógica no estriba en desentrañar la voluntad del legislador, ni en el contenido propio literal de la norma (que es lo que se va a averiguar), sino la fórmula lingüística, símbolo externo y sensible, a través del cual se va a poder descubrir y determinar el contenido imperativo hipotético que caracteriza estructuralmente a la norma (su “ratio”)⁵⁷. En la misma línea se encuentra Barbé Pérez⁵⁸, quien entendió que el fundamento de la analogía jurídica radica en una existencia de igualdad jurídica en virtud de la cual las mismas situaciones de hecho deben comportar las mismas sanciones jurídicas, lo que exige no solamente aplicar a un caso la regla prevista para otro, sino que se debe transportar únicamente en casos análogos, es decir, que representen con los previstos una identidad especial.

M define el elemento común del cual deriva la relación de semejanza y que constituye la razón suficiente de la proposición normativa, en el caso, la desigualdad del poder normativo negocial que se da en la relación de consumo y en la contratación por adhesión entre empresarios. (continúa en siguiente página)

Por tanto, el silogismo concluye en que si Q (supuesto de hecho radicado en la diferencia del poder normativo negocial) genera P (tutela de la Ley 17.250), y si S (supuesto no previsto, empresarios en relación contractual por adhesión) se basa en el mismo) tiene el mismo supuesto de hecho que Q, entonces comparten la misma “ratio legis” (M), por lo que el supuesto no previsto S debe ser regulado conforme P.

⁵⁶ Sáchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 206.

⁵⁷ Sáchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 209. También Ramírez, Juan Andrés, en ADCU T. XXXVI, ob. cit., expresó que: “*Aplicada a los enunciados jurídicos, la razón suficiente que da valor a la semejanza, es la semejanza de ‘ratio’. ...la semejanza depende entonces de la ‘ratio’ de las normas, que tiene contenido axiológico.*”.

⁵⁸ Héctor Barbé Pérez, en RDJA, Tomo 61, año 1964, págs. 25 a31, quien tampoco hace referencia al estupendo análisis realizado por Sánchez en el Tomo 60 de la RDJA el año anterior.

En su mérito, Sánchez entiende que la oposición clásica entre interpretación e integración analógica llevan a una complementariedad tal que podría sustentarse un criterio de “interpretatividad de la analogía”⁵⁹.

Así, Sánchez explica con magistral claridad que: *“Desde el momento en que la ratio es el principio informante del contenido de la norma, que le sirve de fundamento, debe concluirse que es un elemento extrínseco a ella, del cual constituye su causa eficiente o final, lo que demuestra la diversidad de naturaleza entre la actividad meramente interpretativa, que por otra parte participa aunque en grado mínimo de la actividad creadora, y la integración analógica, que significa una operación más compleja.”*

“Con efecto, mientras que en la interpretación, aún extensiva, solo se determina el contenido formulado directamente en la proposición normativa, mediante la analogía se comprueba, al decir del propio BOSCARELLI, que ‘dada la validez de la ratio legis aun respecto a casos diversos de los previstos, el contenido de la norma es tal que también se aplica el efecto jurídico a dichos casos’.”

*“Mientras que en la interpretación extensiva, la ratio legis cumple simplemente la función de restablecer el verdadero sentido de la fórmula literal, en la integración analógica, en mérito a su propia virtualidad expansiva, extiende el efecto jurídico a los casos no contemplados expresamente en ella.”*⁶⁰

No escapa a la genialidad de Sánchez que algunos autores sustentan que la analogía como método integrador del derecho no es susceptible de aplicación a todas las normas jurídicas, aunque él efectúa esa salvedad solo para aquellas que por su naturaleza resulten restrictivas de los derechos fundamentales, las que se encuentran principalmente en el derecho público, administrativo, penal y tributario⁶¹ (y respecto de la función interpretativa analógica no admite restricciones).

Así, Sánchez señala que la Constitución de la República, en su artículo 72, expresamente autoriza la integración de las normas que contienen la

⁵⁹ Sánchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 211.

⁶⁰ Sánchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 211.

⁶¹ Sánchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 213.

enumeración de derechos, deberes y garantías, al establecer que esa enumeración “no excluye los otros que son inherentes a la persona humana o se deriven de la forma republicana de gobierno”; solución que también resulta replicada en el artículo 332 de la Carta, que no establece un orden predeterminado con el del Código Civil en su artículo 16.⁶²

Por tanto, podría sustentarse que la analogía, como método interpretativo e integrador del derecho, no solo es de consagración constitucional, sino que por encontrarse previsto en los artículos 72 y 332 de la Carta, deviene un instrumento ineludible de utilización por parte de los operadores jurídicos llamados a aplicar la Ley y que, en esa actividad, también serán creadores de derecho, dada la insuficiencia natural del parqué de normas del derecho positivo. Nuestra Constitución ha dado cierre, de alguna manera, a la vieja discusión sobre los jueces meramente aplicadores o creadores del derecho, desterrando así cualquier posición positivista cerrada y napoleónica.

Por último, y en la materia que más atañe al objeto de este trabajo, Sánchez propone analizar el alcance del principio tradicional por el cual “las excepciones son de interpretación restrictiva”.

Comienza por sustentar que dicho principio no afecta en modo alguno la interpretación extensiva, pero va a analizar si las normas de derecho especial y excepcional quedan excluidas del procedimiento analógico⁶³.

Así, Sánchez llega a la siguiente conclusión: *“Sin embargo, a esa regla no debe atribuírsele carácter absoluto. El criterio que debe decidir entre la analogía y el argumento a contrario es siempre el mismo, ya se trate de normas que establecen reglas generales o excepcionales.”*

“Si la ratio específica que sirve de fundamento al tratamiento excepcional de los casos contemplados comprende también al caso no previsto, corresponde considerar a éste incluido en la excepción.”

“Claro está que no basta que exista, a juicio del intérprete, igualdad o equivalencia de motivos para establecer la excepción a la regla general, sino que debe existir objetivamente rigurosa y estricta identidad de ratio.”

⁶² Sánchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 213.

⁶³ Sánchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 213.

(...)

“Indudablemente, si se demuestra que la ratio que sirve de fundamento a la excepción, es más amplia que el caso contemplado en la norma, nada impide extenderla a otros casos no previstos, cuando exista identidad de motivo.”⁶⁴.

Como colofón introductorio a la siguiente sección, cabe concluir, y conforme el análisis efectuado en la referencia No. 36, que las normas tuitivas previstas para el consumidor en la Ley No. 17.250, resultan enteramente trasladables a los casos en que se verifica contratación por adhesión entre empresarios. En efecto, la “ratio” específica que sirve de fundamento al tratamiento excepcional de los casos contemplados en la Ley de Relaciones de Consumo comprende también el caso no previsto de la contratación por adhesión entre empresarios, por lo que corresponde considerarlo incluido también en la norma tuitiva de excepción.

A su vez, no solo se verifica una igualdad o equivalencia de motivos para establecer la excepción a la regla general, sino que existe objetivamente una rigurosa y estricta identidad de “ratio”, ya que en ambos casos (consumidores y empresarios adherentes en contratos predeterminados), se presenta el mismo fenómeno, que es la desigualdad del poder normativo negocial.

⁶⁴ Sáchez Fontáns, José, RDJA, ob. cit., pág. 214. En un razonamiento contrario, y que no se comparte por los fundamentos expuestos en este capítulo, se manifestaron Carlos Groisman y Roque Molla en el Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXV, en un artículo titulado “Crisis del sistema jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, págs. 719 a 734. Los referidos autores, en la op. cit., pág. 733, sostuvieron, sin otro análisis, que la ley de relaciones de consumo, por su calidad de especial, no sería de aplicación analógica a otros casos. Asimismo, y en una interpretación diversa de la “ratio” de la Ley 17.250 a la que se propone en este trabajo, entendieron que la Ley de Relaciones de Consumo no tutela una desigualdad material basada en las diferencias del poder normativo negocial de los contrayentes, sino la situación subjetiva y particular de debilidad o inferioridad del consumidor frente al proveedor.

b.-Integración analógica de las normas contenidas en la Ley 17.250 a la contratación por adhesión entre empresarios.

Gamarra en el Tomo IX de su Tratado de Derecho Civil Uruguayo⁶⁵, ante las diferencias que en doctrina nacional se sustentan en torno a la figura del consumidor⁶⁶, se plantea la problemática de si el ámbito de tutela creado por la Ley de Relaciones de Consumo resulta aplicable a la contratación entre empresas, donde ninguna de las partes resulta consumidora, conforme la posición restrictiva que él mismo sustenta. Y en respuesta a ello el Maestro entiende que la vigencia sobre la materia de cláusulas abusivas trasciende el ámbito de la Ley de Relaciones de Consumo, correspondiendo su interpretación extensiva por analogía a toda la materia contractual. En este sentido, Gamarra destaca que el artículo 28 de la Ley 17.250 eleva la buena fe a un principio general del derecho, que nuestro Código Civil solamente lo contemplaba a texto expreso en la etapa de ejecución de los contratos (artículo 1291 inciso 2º) y, como reafirmación, el artículo 30 de la Ley 17.250 impone la obligación de actuar de buena fe y, el reproche ante tal incumplimiento, apareja la abusividad de la cláusula afectada por tal desviación, lo que a su vez irroga su nulidad. Por último, también reconoce la fuerte incidencia del principio de igualdad, de raigambre constitucional, que en el ámbito de la contratación privada impulsó Blengio.

Gamarra entiende que solamente la regulación sobre cláusulas abusivas resulta trasladable fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Relaciones de Consumo, con prescindencia de las restantes disposiciones que refieren al consumidor, y sostiene que lo que importa es establecer cuándo otros sujetos que no son consumidores se encuentran en la misma situación de desprotección que los consumidores, para conferirles el amparo del artículo 30 de la Ley 17.250 mediante una integración analógica⁶⁷.

⁶⁵ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX, ob. cit., pág. 309.

⁶⁶ Tesis restrictiva de Mariño López y amplia de Szafir y Blengio, Cfme. Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX., ob. cit., pág. 309.

⁶⁷ Gamarra, Jorge Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX., ob. cit., pág. 317.

Es más, el Maestro expresa: *“No hay duda sobre la existencia de sujetos débiles, cuya libertad es solo formal porque está aplastada por el superior poder contractual del contratante fuerte. El fenómeno es muy visible en la modalidad de contrato por adhesión, cuando las cláusulas las dicta una parte sin que la otra pueda modificarlas. En tal situación es casi inevitable la tentación del abuso, del ejercicio ilícito del poder negocial, por parte de un contratante que aproveche su posición fuerte a costa del débil.”*⁶⁸.

Y concluye: *“...la regulación de las cláusulas abusivas corresponde a un principio general, que va más allá del cerco de las relaciones de consumo y abarca a todos los sujetos que se encuentran en la misma situación que el consumidor, aunque no sean consumidores. El sujeto adherente en un contrato de adhesión es neutro; no tiene relevancia su condición económica porque siempre va a estar privado del poder de discutir y modificar el proyecto que le dicta el predisponente: todos los que concluyen este contrato están en la misma situación y todos están protegidos por ello.”*

Gamarra prácticamente dio el salto propuesto en este trabajo, y en gran medida fue el inspirador para su acometimiento.

El Maestro solamente eleva al rango de principio de derecho la regulación sobre cláusulas abusivas contenida en la Ley 17.250, y por ello lo hace trasladable aún a hipótesis ajenas a las relaciones de consumo. No obstante, y como se plantea en este trabajo, la tutela a las situaciones de desequilibrio del poder normativo negocial regulada en la Ley 17.250, resulta trasladable en su integralidad, por vía analógica, a toda la contratación por adhesión que se de entre empresarios, más allá de la hipótesis de abusividad de cláusulas contractuales.

Szafir en el punto se encuentra en las antípodas, ya que incluso dentro de las relaciones de consumo rechaza la tutela en materia de cláusulas abusivas a los contratos que no son de adhesión⁶⁹. Sobre el particular, Szafir sostiene: *“La*

⁶⁸ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX, ob. cit., pág. 317.

⁶⁹ Szafir, Dora, Derecho del Consumidor, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, ob. cit., pág. 430, donde señala que Gamarra en el Tomo XXVI de su Tratado cambia su posición en el punto, y entiende que la Ley de Relaciones de Consumo impide que se pueda dar el contralor de abusividad de cláusulas contractuales fuera del ámbito de los contratos de adhesión.

ley consagró las cláusulas abusivas sólo para los contratos de adhesión, porque se entendía que si se admitiera que el pacto de limitación de responsabilidad previsto en la ley como abusivo, esté prohibido en el contrato paritario se afectaría la contratación. (...).”

“Ello es así, por cuanto el fundamento de la prohibición está vinculado al abuso que se logra mediante la imposición del contrato en tales condiciones. En un contrato común (no adhesivo) el fundamento desaparece, en especial si se trata de partes con igual poder negocial.”⁷⁰.

La pregunta que se impone es: ¿por qué, ante una contratación por adhesión realizada entre empresarios, no resulta trasladable analógicamente el estatuto protector previsto en la Ley 17.250, y solamente lo sería la materia relativa a cláusulas abusivas?⁷¹

Resulta muy claro el panorama si se piensa en hipótesis de contratación paritaria, donde la respuesta negativa se impone sin lugar a duda. En este escenario la Ley de Relaciones de Consumo igualmente prevé un instituto protector ante la realidad de debilidad económica del consumidor frente al proveedor, situación de inferioridad que inficiona consecuentemente el vínculo contractual, aún negociado entre éste y el proveedor.

Este paradigma no podría ser trasladado a las relaciones empresariales, puesto que debería abordarse un estudio casuístico, con el consecuente desdibujamiento del valor seguridad jurídica, ya que la apreciación del desequilibrio económico resulta esencialmente circunstancial en las relaciones empresariales, a diferencia de su verificación estructural en las relaciones de consumo.

Ahora bien, y como se ha señalado en este trabajo, la desigualdad del poder normativo negocial no siempre constituye el reflejo de una desigualdad en

⁷⁰ Szafir, Dora, Consumidores, ob. cit., pág. 324.

⁷¹ Se dan por reproducidos los argumentos expuestos en la sección “a” de este capítulo. Además, mediante la interrogante corresponde aclarar que se está en la posición opuesta a la sustentada por Szafir (y actualmente por Gamarra en el T. XXVI del Tratado).

el campo económico. También se ha analizado que entre las partes que celebran un contrato de adhesión existe siempre un desequilibrio de ese poder normativo negocial, que habilitaría la tutela en materia de cláusulas abusivas por vía de integración analógica.

Del mismo modo se entiende que, ante una hipótesis de contratación por adhesión entre empresarios, las normas tuitivas previstas en la Ley de Relaciones de Consumo serían aplicables analógicamente, y por vía de integración, a esos contratos, a excepción de aquellas que, por su naturaleza, solo resultan aplicables al consumidor final⁷².

A continuación, se citarán las normas tuitivas contenidas en la Ley 17.250, y que serían aplicables a la contratación por adhesión entre empresarios:

Literal C del artículo 6, deber de informar suficiente, clara y verazmente por parte del proponente.

Literal D del artículo 6, prohibición al proponente de realizar publicidad engañosa para la obtención de la adhesión (además de la prohibición de consignar cláusulas abusivas, cuestión que ya se ha referido).

Literal F del artículo 6, efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales que se pueda irrogar al adherente.

Artículo 11, que establece el deber de comunicar por el proveedor la nocividad o peligrosidad de un producto o servicio, que sería aplicable al proponente empresario en un contrato de adhesión con un empresario adherente (hipótesis de reventa de productos o servicios, que también se vincula con el deber de prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales que ello le pueda irrogar al adherente).

Artículo 12 sobre la oferta, que es una de las herramientas esenciales para la obtención de la adhesión del co-contratante en un contrato de adhesión, donde, por su naturaleza, no se da el período de tratativas. Resulta ineludible

⁷² Ejemplo: art. 6 lits. E y G; y 32 previsto para contratos negociados (aunque el deber de actuar de buena fe constituye un principio general del derecho civil). Las normas que, por su naturaleza, solamente tutelan la situación del consumidor final por su debilidad económica y social, y no por su diferencia de poder normativo negocial, no pueden trasladarse a las soluciones propuestas en este trabajo.

entender integrado el contrato por adhesión entre empresarios con las disposiciones contenidas en el artículo 12 de la Ley de Relaciones de Consumo.

Artículo 13, que reglamenta específicamente el deber de claridad y veracidad de la información, previsto en el literal C del artículo 6 de la Ley de Relaciones de Consumo, en especial su inciso segundo, que establece que ante los casos de ambigüedad de la información, prevalecerá la más favorable al consumidor (en el caso al empresario adherente). De esta forma se establecen pautas concretas para interpretar el contrato de adhesión entre empresarios.

Artículos 14 a 21, que regulan la forma en que el proveedor debe cumplir su deber de información en la formulación de la propuesta, así como la garantía y soporte que debe brindar al consumidor luego de la puesta en comercialización de productos o servicios, son de aplicación al empresario proponente en el contrato de adhesión, y vienen a nivelar el desequilibrio del poder normativo negocial.

Artículo 22, sobre lo que se consideran prácticas abusivas en la oferta, es trasladable a la contratación entre empresarios por la modalidad por adhesión, como ya se expresó, y siguiendo la posición que originalmente sustentó Gamarra respecto a la aplicabilidad de los principios contenidos en la Ley 17.250 sobre las cláusulas abusivas a toda la contratación en general.

Artículo 23, que establece la regulación de los casos donde existe garantía contractual de productos y servicios, a efectos de evitar prácticas abusivas, también resulta trasladable a los casos similares que pueden verificarse en la contratación por adhesión entre empresarios.

Artículos 24 a 27, que regulan aspectos atinentes a la publicidad de la oferta y que, en definitiva, reglamentan el principio contenido en el literal C del artículo 6 de la Ley de Relaciones de Consumo, también resultan aplicables a los contratos por adhesión entre empresarios.

En relación a los artículos 28 a 31, que regulan contratación por adhesión y cláusulas abusivas, ya se ha expresado que, conforme la posición de Gamarra sobre el rango de principio general del derecho de la buena fe, dieron pie a la realización de este trabajo.

Artículos 32 a 34 y 36, que regulan las hipótesis de incumplimiento del proveedor de productos o servicios, que como ya ha expresado doctrina

mayoritaria, no difieren sustancialmente de la regulación contenida en el Código Civil.

El artículo 37, que regula los plazos de prescripción y caducidad de las acciones del consumidor por vicios aparentes o de fácil constatación, son aplicables al empresario adherente y, además, serían acordes a las necesidades inherentes a la contratación entre empresarios. Los plazos cortos de prescripción y caducidad en esta materia redundan en la necesaria seguridad que debe enmarcar a las transacciones comerciales entre empresarios.

El artículo 38 no sería de aplicación a la contratación por adhesión entre empresarios, al igual que toda la normativa tuitiva de condiciones de salud del consumidor. Ante vínculos netamente patrimoniales entre empresarios, cualquier afectación de la esfera privada del empresario contratante por adhesión debería discurrir por la vía de la reparación extracontractual, regulada en el Código Civil. No resulta aplicable por analogía la norma contenida en el artículo 38 de la Ley de Relaciones de Consumo a la contratación por adhesión entre empresarios, porque tutela aspectos inherentes a la personalidad del consumidor, por ser quien adquiere productos para satisfacer una necesidad personal. El empresario que adhiere a un contrato de adhesión no es un consumidor final, como ya estudiamos en este trabajo, por lo que la norma prevista en el artículo 38 no resulta trasladable a su situación.

En los casos que se analizarán en el capítulo 4 se podrá apreciar como las dificultades que presentaron se habrían reducido enormemente de recurrir a la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo.

c.-Análisis de los contratos de adhesión celebrados entre empresarios a la luz de las nociones de operación económica, equidad y buena fe contractual.

Por una razón metodológica, escaparía a los objetivos de este trabajo el análisis profundo de la teoría de la interpretación de los contratos. Igualmente, resulta necesario trazar un lineamiento básico que permita abordar el estudio de la contratación por adhesión entre empresarios, a fin de no exorbitar el ámbito de aplicación de la tesis propuesta. De esta forma, se evita incurrir en una aplicación extensiva ilegal de las soluciones contenidas en la Ley de Relaciones de Consumo a cualquier contratación por adhesión entre empresarios, asegurándose que solamente procede ante los casos en los que existe la antes señalada “identidad de ratio”⁷³.

Por la sencillez de conceptos, y a modo de colofón de esta introducción, se citará a Federico Videla Escalada, quien sostuvo: “*Jossenard ha dicho que interpretar un contrato es determinar el sentido y alcance de las cláusulas que contiene.*”

*“La necesidad de investigar, en algunos casos y circunstancias, el significado de una expresión, el valor que han querido darle quienes fueron parte en el acto jurídico donde se la empleara, es un reflejo de la imperfección esencial de los medios humanos, ya que existe una inevitable deficiencia terminológica, nacida de la dificultad para hallar vocablo que represente indudablemente una idea y también por la falta de coordinación que puede existir entre la voluntad de una persona y la manifestación de su querer en la relación con otro contratante.”*⁷⁴.

En lo que importa al objeto de esta tesis, la necesidad de investigar el significado de las expresiones contenidas en los contratos de adhesión celebrados entre empresarios pasará por los lineamientos que se anunciaron en

⁷³ Sobre el concepto, ver sección “a” de este capítulo.

⁷⁴ Videla Escalada, Federico, La Interpretación de los Contratos Civiles, en Monografías Jurídicas, No. 90, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 7 y 8.

el título de esta sección, y su relevancia viene dada de los principios en juego, libertad e igualdad.

En este sentido, Videla expresó: *“En definitiva, cabe afirmar que en la hermenéutica se plantea un problema de pura lógica, que debe guiar la investigación de la voluntad y del significado de los medios exteriorizados.”*

“Pero, también es necesario destacar que no basta, sin embargo, la lógica de las ciencias matemáticas cuando se trata de un tema de derecho, ya que deben tomarse en consideración las características propias de las ciencias sociales.”

“Estas deben ponderar los valores humanos, que, por la libertad intrínseca del hombre, escapan a la posibilidad de ser encerrados en casilleros rígidos que aseguren la repetición de las mismas soluciones en casos análogos: la persona no puede ser tratada como una máquina o un animal, que repiten indefinidamente los mismos movimientos, sino que su libre albedrío otorga condiciones particulares a sus actos.”⁷⁵

c.1.-Relevancia del estudio de la operación económica.

En algunas oportunidades, la clásica concepción decimonónica del contrato civil resulta insuficiente, mediante su tipología prevista, para explicar la complejidad de la realidad económica en la que se inserta la contratación actual. Una interpretación evolutiva del plexo normativo civil, como la propuesta por Blengio en su trabajo sobre el Contrato y la Operación Económica⁷⁶, abre el camino a una nueva forma científica de abordar el estudio de estas cuestiones, y permite aportar respuestas a casos difíciles que se plantean a resolución ante los tribunales.

La operación económica es un concepto necesariamente integrador del contrato, que le da sentido, razón de ser. En este sentido, Blengio sostiene que: *“Los márgenes de compenetración son tales, que puede afirmarse que el*

⁷⁵ Videla Escalada, Federico, La Interpretación de los Contratos Civiles, ob. cit., pág. 10.

⁷⁶ Blengio, Juan, El Contrato y la Operación Económica, en Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Año I, Tomo I, FCU, 2013, pág. 33.

contrato es operación económica y que ésta tendrá lugar, y vendrá a existir, solo y en cuanto exista un acuerdo, pues antes de este solo habrá un proyecto de negocio. Para Gabrielli, la operación económica, es la esencia del negocio mismo y “expresa mejor que la noción de contrato, la pluralidad de reglas, de actos y de actividades que componen el acto de autonomía privada.”⁷⁷.

Así, el profesor Blengio enseña que si bien la operación económica es, necesariamente, un concepto unitario, no tiene por qué estar vinculada o recogida normativamente en un solo acto jurídico, sino que puede estar consagrada en una pluralidad de actos jurídicos, negocios conexos, e incluso, me permito agregar, de distinta naturaleza originaria, es decir, pertenecientes al derecho privado o al público indistintamente, si fuera el caso.

En muchas situaciones de conflicto debe analizarse un complejo entramado de actos jurídicos para alcanzar una idea cabal de la concreta operación económica en la que están vinculados los litigantes y, de esta forma, entender el negocio en su globalidad⁷⁸. Además, este método de análisis de la realidad contractual propende a la seguridad jurídica, al permitir la objetivación del acuerdo negocial que se dieron las partes, y cristalizar así en un solo conjunto de reglas la operatividad de una pluralidad de actos jurídicos que, en una visión desconectada, podrían incluso generar contradicciones⁷⁹.

Se comparte con Blengio la eficacia normativa de la operación económica, que encuentra apoyo positivo en el propio texto del art. 1291 C.C., en su inc. 2º. Como enseña Blengio: “...*la economía del contrato tiene especial trascendencia cuando se trata de resolver un conflicto de intereses que no está regulado por el enunciado de las cláusulas, pues, en ese caso, podrá recurrirse a criterios inferibles de la operación económica (o de los legales, de la equidad y de la buena fe, pero mediante una valoración de compatibilidad o congruencia con la economía del contrato), solución que se ajusta a la disciplinada en el texto del art. 1291 del CC.*”⁸⁰.

⁷⁷ Blengio, Juan, El Contrato y la Operación Económica, op cit., pág. 33.

⁷⁸ Blengio, Juan, El Contrato y la Operación Económica, op. cit., pág. 33

⁷⁹ Blengio, Juan, El Contrato y la Operación Económica, op. cit.,33

⁸⁰ Blengio, Juan, El Contrato y la Operación Económica, op. cit., pág. 34

Por su parte, la normatividad de la operación económica, cuando se analiza la realidad jurídica de los negocios conexos o coligados⁸¹, resulta incuestionable.

En suma, se entiende que la operación económica integra, en el mismo grado que el o los contratos, el acuerdo de voluntades, por su clara función normativa⁸².

Se estima que resulta insuficiente el análisis de la causa en el contrato bajo el criterio clásico seguido por Carnelli, al sustentar el tenor literal del art. 1287 inc. 1º del C.C., que arrojaría, como única respuesta, el criterio abstracto de la causa⁸³.

En el ámbito de la Operación Económica existe otro concepto que deviene de vital relevancia para su utilización en el estudio del fenómeno contractual, y es el de la causa concreta.

Los motivos que llevaron a los contratantes a celebrar el acuerdo de voluntades, y que se objetivan, ingresan al campo del contrato cuando integran la operación económica. Esto nos permite, por ejemplo, analizar la validez de esos motivos a la luz de los principios de interpretación como la buena fe, lealtad, colaboración, confianza, y determinar así si una causa se encuentra viciada de nulidad, por ejemplo, por la verificación del abuso de la posición dominante de un co-contratante sobre el otro, al coartar su libertad de ejercicio de la autonomía de la voluntad (con la clara afección del consentimiento).

Resulta insoslayable la teoría de la operación económica incluso en sede de nulidades, cuando el codificador previó en el art. 1580 C.C. el valor normativo de los denominados “contradocumentos”, que no son otra cosa que la objetivación de motivos, ajenos al contrato celebrado, pero que claramente reflejan la realidad de la operación económica, única e indivisible.

Este nuevo concepto, al contrario de lo sustentado por la doctrina clásica de la causa abstracta, permite una autorregulación de los intereses de las partes

⁸¹ Blengio, Juan, El Contrato y la Operación Económica, op. cit., pág. 37

⁸² cfme. D'Angelo, citado por Blengio, Juan, El Contrato y la Operación Económica, op. cit., pág. 37

⁸³ Blengio, Juan, El Contrato y la Operación Económica, op. cit., pág. 41

en el contrato, generando límites más claros, y efectivizando el ejercicio de la autonomía de la voluntad, al no dejar constreñido el modelo contractual a los estándares prefijados por el legislador. De esta manera, se puede abordar el fenómeno de la complejidad negocial con el dinamismo que exigen los tiempos actuales, tanto sea para una única figura contractual como para aquellas coligadas, siempre desde la óptica de la operación económica subyacente que les da sentido, razón de ser.

Como señaló Alicia Castro, este nuevo concepto permite la expansión de la autonomía de la voluntad, que *“...ya no queda sujeta de preferencia a ciertas figuras tipificadas sino que adquiere mayor libertad y flexibilidad para armar los negocios, pero al mismo tiempo sigue permitiendo el control de la justificación de la tutela porque no se detiene ante una causa abstracta sino que abre la posibilidad de valorar en su concreción todos los intereses que entran a formar parte de la razón sustancial del negocio, independientemente de su presencia en el modelo legal típico elegido por las partes para disciplinarla... La idea es valorar el interés concreto perseguido y juzgar en cada caso, el negocio como un bloque unitario, aplicando entonces los criterios sobre falta o ilicitud de la causa.”*

“De esta manera el control se potencia, se hace más efectivo, porque hablamos de analizar la razón justificativa del negocio y la licitud de los intereses concretos perseguidos y objetivados en él, desde la perspectiva de la función unitaria del negocio, de la operación económica a la que responde el contrato o el conjunto de contratos aparentemente distintos pero vinculados a ese fin unitario...”⁸⁴.

Se entiende que, primeramente, se debe partir del análisis de la operación económica en la que está inserta la contratación por adhesión entre los empresarios. Así, corresponderá determinar si se trata de la contratación principal, o se encuentra inserta en una operativa de contratos coligados o conexos, que dan estructura a la relación jurídica entre los empresarios y, por

⁸⁴ Castro, Alicia. La pregunta por la causa del contrato: un giro pragmático de la doctrina, en Revista de Derecho y Jurisprudencia Civil, Tomo V, págs. 47 y ss.

tanto, determina que esos contratos de adhesión devengan meramente accesorios o instrumentales a una contratación negociada.

Resulta imprescindible abordar el análisis de la operación económica cuando se está ante contratación entre empresarios, porque suelen tratarse, en muchos casos, de negocios complejos, con contratos coligados, en donde toda la estructura obligacional fue cuidadosamente diseñada y, en la mayoría de los casos, negociada.

De esta forma, se sitúa en sus justos términos la tesis propuesta en este trabajo, ya que no toda contratación por adhesión que se dé entre empresarios se encontrará, necesariamente, incluida en la normativa tutelar prevista por la Ley 17.250, mediante la integración analógica propuesta. Por el contrario, muchos contratos de adhesión que sean instrumentales o accesorios a una operación económica negociada en paridad entre empresarios quedarán excluidos de la posición sustentada en este trabajo, ya que no serían el reflejo de una relación de desequilibrio del poder normativo negocial, sino simplemente una estrategia que quisieron darse empresarios en igualdad de condiciones.

Por ello se insiste en que la tesis sustentada en este trabajo será de mayor aplicación práctica para aquellas hipótesis en las que uno de los contratantes empresarios es de mediano o pequeño porte, al igual que puede ocurrir con profesionales o técnicos independientes.

c.2.-Relevancia del estudio de la equidad.

Luego del estudio de la operación económica en la que se inserta el contrato por adhesión celebrado entre empresarios, y se determina que no se está ante una hipótesis de accesoriedad o instrumentalidad emergente de una contratación principal negociada, corresponde analizar si se respeta la equidad como principio derivado del de igualdad.

Cabe señalar que la equidad a la que se refiere es a la objetiva, que no supone una suerte de “escapismo” a la solución positiva que se dieron las partes (contrato), sino un reflejo del tratamiento que estas se dieron en él, a la luz del principio de igualdad. Esto es, que la contratación por adhesión, teniendo en

cuenta la desigualdad del poder normativo negocial de adherente y proponente, proporcione soluciones que tiendan a equilibrar esa desigualdad.

A su vez, y en coincidencia con lo que viene de expresarse, la equidad debe estudiarse desde la óptica del sinalagma genético, es decir, en el momento de creación de la norma contractual. No debe incidir en su estudio las repercusiones que luego se verifiquen en el aspecto funcional del sinalagma, ya que se correría el riesgo de terminar analizando situaciones tales como la excesiva onerosidad superviniente.

Naturalmente, el estudio de la equidad en la fase genética del sinalagma, deberá centrarse en las cláusulas principales, que regulan las obligaciones típicas del contrato, así como a aquellas que prevén las hipótesis de incumplimiento y responsabilidad. Ahora bien, y conforme el alcance de este trabajo, cabe señalar nuevamente que el análisis deberá centrarse únicamente en detectar hipótesis de abusividad del poder normativo negocial, ya que de lo contrario se estaría generando una protección superior a la prevista en la Ley de Relaciones de Consumo. Por ejemplo, no podría abordarse en ese análisis el estudio del precio de un producto o servicio, y si éste es o no equitativo según el valor promedio del mercado⁸⁵.

Entiendo que el concepto de equidad que se maneja en la Ley de Relaciones de Consumo y el Código Civil es el mismo, y refiere al análisis objetivo del ejercicio del poder normativo negocial. Así, no habrá equidad toda vez que quien detente superioridad en el ejercicio del poder normativo negocial abuse de ella, y cree un programa contractual con un desequilibrio normativo objetivo a su favor.

Indicios de cumplimiento del deber de equidad se aprecian en una contratación por adhesión entre empresarios, cuando, por ejemplo, se le permita al adherente, en un contrato de duración continuada y con renovación automática, poder manifestar su intención de no continuar vinculada al proponente con plazos de pre-aviso razonables, y que no sean tan limitados que devenguen en una simple formalidad. Otra forma de apreciar la equidad en una

⁸⁵ Tal es el espíritu del art. 30 de la Ley 17.250 cuando establece que “*La apreciación de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato...*”.

contratación por adhesión, se da, por ejemplo, cuando se le permite al proponente variar aspectos técnicos o determinadas características de un producto ofrecido y, en esos casos, el contrato prevé la posibilidad del adherente de exigir su resolución si los cambios experimentados desnaturalizan el objeto por el cual se prestó consentimiento.

Si el contrato por adhesión celebrado entre los empresarios, pese a la desigualdad del poder normativo negocial de las partes, y que es inherente a su naturaleza, respeta el principio de equidad, resultará innecesario recurrir a los remedios que brinda la Ley No. 17.250.

En efecto, las cláusulas contenidas en el contrato de adhesión deberán respetar el principio de equidad, de lo contrario comenzarán a regir los remedios previstos por la Ley 17.250 en toda su plenitud.

El contrato es la norma que regula a las partes en una precisa materia a la que éstas se han sometido voluntariamente. Por tanto, y al igual que la Ley, el contrato está sometido al principio de equidad. En este sentido, Jorge Mosset Iturraspe sostiene que el Derecho ha de ser completado con la equidad, la regla general con la excepción, para que siempre pueda alcanzarse una solución humana.⁸⁶

En esta línea, Mosset Iturraspe sostiene que: “...la equidad se mantiene dentro de la obediencia al orden positivo; empero, es creadora o integradora de la norma legal en el trance de elaboración, por el juez, de la norma concreta e individualizada destinada a decidir la controversia. Integra la norma genérica y abstracta con un ‘rico complejo de valoraciones particulares sobre lo singular’.”⁸⁷, cuestión que también resulta inherente a la labor del Juez cuando enfrenta la norma contractual para decidir un conflicto intersubjetivo.

Así, Mosset Iturraspe, siguiendo a Recasens Siches, señaló: “El Juez Juzga. El juzgar del juez entraña siempre un juicio estimativo, no un juicio cognoscitivo. Con su juicio estimativo el juez expresa lo que se debe hacer en el caso controvertido. El meollo de su fallo es una norma, una norma singular,

⁸⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, Interpretación Económica de los Contratos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1ª ed. 1994, pág. 39.

⁸⁷ Mosset Iturraspe, Jorge, Interpretación Económica de los Contratos, ob. cit., pág. 49.

concreta, pero al fin y al cabo, tan norma como la regla general. Para esos menesteres... es necesario ejercitar el 'logos' de lo humano, la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica... La lógica de lo razonable, aunque muy diferente de la lógica de lo racional, es razón rigurosa, justificada.”⁸⁸.

c.3.-Relevancia de la buena fe contractual.

La buena fe contractual, como derivado del principio general de derecho de conducirse las personas mediante la buena fe, se encuentra consagrada a texto expreso en el inciso 2º del artículo 1291 del Código Civil para la etapa de ejecución del contrato, y en el artículo 32 de la Ley de Relaciones de Consumo en forma más general para todas las fases contractuales, es decir, tratativas, formación del contrato y su ejecución.⁸⁹

Entiende Gamarra, siguiendo a Rodotà, que el contenido del contrato se ve influenciado por pluralidad de fuentes, y no solo por la “privada” relativa al acuerdo de voluntades (teoría clásica de la autonomía de la voluntad), sino también se ve integrado por fuentes heterónomas, como las normas legales tuitivas y la actividad judicial en su análisis del caso concreto sometido a su decisión.

Así, Gamarra toma distancia del concepto clásico del contrato según la tesis tradicional del liberalismo (concepción decimonónica), que lo veía como fruto exclusivo de la voluntad de los particulares (autonomía de la voluntad), y solo era pasible de integración en caso de insuficiencia de sus términos

⁸⁸ Mosset Iturraspe, Jorge, Interpretación Económica de los Contratos, ob. cit., pág. 48, en cita de Recasens Siches, Luis, Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1956. A su vez, y en lo que importa a este trabajo, Mosset Iturraspe en la obra citada, en sus páginas 134 y 135, ya estudiaba el ejercicio abusivo de la facultad de predisponer el contrato, a consecuencia del ejercicio abusivo del diferente poder de negociación de la parte más fuerte, donde se verá tentado a hacerlo frente a la parte débil, que solamente cuenta con la opción de aceptar o no el programa contractual preestablecido, sin posibilidad de proponer cambio, y muchas veces apremiado por satisfacer una necesidad vital a través de los bienes y servicios prestados por el proponente.

⁸⁹ Gamarra, Jorge, Buena Fe Contractual, FCU, 1ª ed. Noviembre 2011, pág. 8.

(integración supletoria de lagunas), sin siquiera contemplar la posibilidad de integrarlo mediante la aplicación de normas interpretativas o por actividad judicial⁹⁰.

A su vez, Gamarra sostiene que la buena fe, tanto como principio legal como constitucional, permitirá la integración del contrato tanto en forma dispositiva como imperativa, es decir, en el primer caso colaborando con la voluntad de las partes, en aquellos aspectos que no fueron objeto de regulación expresa o clara, y en el segundo caso imponiendo soluciones aún en contra de la voluntad de éstas (integración coactiva), por haberse vulnerado normas de carácter indisponible.⁹¹

Ahora bien, la relevancia de la actuación judicial en la cristalización del principio o regla de buena fe es vital. En efecto, la buena fe es un concepto general, abstracto, imposible de definir mediante técnica legislativa, e incluso sería inconveniente hacerlo, ya que anquilosaría una determinada concepción de una materia que, por su naturaleza, se encuentra en constante desarrollo. Las reglas o cláusulas generales son utilizadas por el legislador para permitir la mayor libertad al intérprete, y poder así disciplinar un mayor número de casos, para lo cual será trascendental el factor “humano”, es decir, la actividad del juez en la resolución del caso concreto.⁹²

Naturalmente, la construcción (constante) del principio de buena fe estará dada por el estudio de las tendencias jurisprudenciales en la resolución de casos. Gamarra ha identificado elementos que, en el actual estado de situación del desarrollo de la ciencia jurídica, constituyen las bases de una conceptualización de la regla general de la buena fe, a saber. Deber de cooperación o colaboración, para que el contrato cumpla su función económica, que incluye el deber de información que le es instrumental⁹³. Gamarra también ha identificado la obligación de no contradicción, basada en la llamada “teoría de los actos propios”, el principio de confianza (del que derivan las cargas positivas y el

⁹⁰ Gamarra, Jorge, Buena Fe Contractual, op. cit., págs. 8-9.

⁹¹ Gamarra, Jorge, Buena Fe Contractual, op. cit., pág. 10.

⁹² Gamarra, Jorge, Buena Fe Contractual, op. cit., pág. 12.

⁹³ Gamarra, Jorge, Buena Fe Contractual, op. cit., pág. 22.

ejercicio no abusivo de los derechos potestativos)⁹⁴, así como también el deber de respetar los principios generales del derecho y las normas fundamentales emanadas de la Constitución⁹⁵.

De todas formas, Gamarra releva que la buena fe, como norma general integradora del contrato, tanto en fase ejecutiva como de formación, resulta absolutamente insoslayable, al encontrarse regulada en nuestro derecho positivo. Como ya se señaló, no solo en el inciso 2º del artículo 1291 del Código Civil, y en el artículo 32 de la Ley de Relaciones de Consumo, sino también en sede de nulidades, artículo 1565 del Código Civil, en los dos incisos finales del artículo 1288 del Código Civil, cuando regula la causa ilícita. También el Código prevé la buena fe en la obligación de informar (buena fe solidaria) en los artículos 1672 incisos 3 y 4, 1701, 1717 inciso 2, 1718 inciso 2, 1719, 2204, 2236 y 2269, e incluso estudió la buena fe en el Tomo XI del Tratado de Derecho Civil Uruguayo como fundamento de la responsabilidad precontractual.⁹⁶

El Juez, ante el estudio de un caso concreto, en hipótesis de contratación por adhesión entre empresarios, y ante la connatural existencia de un desequilibrio del poder normativo negocial, deberá, de oficio o a solicitud de parte⁹⁷, verificar que no se haya inficionado el equilibrio sinalagmático. Si ello ocurriera, el Juez podría integrar el contrato mediante la regla general de buena fe, para reestablecerlo. En cualquier caso, tal facultad debería ser ejercitada de manera muy restrictiva, a efectos de no vulnerar la seguridad jurídica, de vital trascendencia en la contratación civil. A su vez, y conforme lo establecido en el artículo 31 de la Ley 17.250, el Juez solamente se limitará a analizar la abusividad de la cláusula en cuestión, y el efecto que ella irroga a otras cláusulas contractuales, para integrar el contrato y evitar la nulidad. En este sentido el artículo 31 de la Ley de Relaciones de Consumo es claro al exigirle al Juez que primero proceda a la integración del contrato en el punto afectado por abusividad, para evitar la nulidad, y solo procederá a declararla cuando producto de la

⁹⁴ Gamarra, Jorge, Buena Fe Contractual, op. cit., pág. 25.

⁹⁵ Gamarra, Jorge, Buena Fe Contractual, op. cit., págs. 28 y 29.

⁹⁶ Gamarra, Jorge, Buena Fe Contractual, op. cit., pág. 35.

⁹⁷ Ver nota al pie N° 49.

integración se afecta la causa. Asimismo, la aludida norma no restringe la declaración de nulidad a todo el contrato, y bien podría ser de una parte de éste, si con ello no se afecta la causa en términos generales. Así, si integrada la cláusula abusiva, de todas formas, no puede congeniarse con la causa del contrato, deberá procederse a declarar su nulidad. La nulidad parcial respeta el principio de conservación de los contratos, y emerge de una lectura contextual de los preceptos contenidos en los arts. 30 y 31 de la Ley de Relaciones de Consumo.

En virtud de los conceptos que vienen de desarrollarse, y al sustentarse la posición de Szafir en lo que hace a la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas, reguladas en el art. 31 de la Ley de Relaciones de Consumo, corresponde citar, aunque brevemente, la posición expuesta por el Profesor Jorge Gamarra⁹⁸.

El principio de buena fe se encuentra íntimamente ligado a la abusividad en materia de cláusulas contractuales. Resulta claro que quien abusa de la superioridad en el poder normativo negocial, no actúa de buena fe. Gamarra entendió que la actuación del contratante que vulnere el principio de buena fe inficiona directamente normas de carácter indisponible, es decir, pertenecientes al orden público⁹⁹.

No obstante, el Maestro, en su trabajo sobre “Nulidad de Protección”¹⁰⁰, sostiene que la nulidad regulada en el artículo 31 de la Ley de Relaciones de Consumo es de carácter relativo, porque tutela un interés particular¹⁰¹. A esta conclusión arriba de una interpretación literal de la referida norma, que otorga legitimación activa para accionar por nulidad al consumidor. Ahora bien, la Ley de Relaciones de Consumo, en sus artículos 30 y 31, no define la naturaleza de la nulidad que prevé, por lo que no cabría estar únicamente a una interpretación literal del artículo 31 en lo que hace a la determinación de una legitimación activa. Como bien sostuvo Gamarra al analizar la trascendencia de la buena fe

⁹⁸ Gamarra, Jorge, Nulidad de Protección, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Año I, Tomo I, 2013, FCU, págs.. 87 a 97.

⁹⁹ Ver nota al pie n° 93.

¹⁰⁰ Ver nota n° 100.

¹⁰¹ Gamarra, Jorge, Nulidad de Protección, op. cit., págs. 91-92.

contractual, y según viene de señalarse, ello es materia indisponible, de orden público, por lo que cualquier vulneración a esta resulta atendible de Oficio por el Juez que entienda en una causa en la que surjan cláusulas abusivas. No obstante, y como ya se desarrolló en este capítulo¹⁰², se comparte con el Maestro que la Ley de Relaciones de Consumo habilitó en nuestro derecho el concepto de nulidad parcial, dado que por principio (art. 31 Ley 17.250), la nulidad de una cláusula abusiva no afecta al resto del contrato¹⁰³.

En definitiva, y conforme se propone en este trabajo, resultaría un recurso valiosísimo la aplicación analógica, en vía de integración, de las reglas tuitivas contenidas en la Ley de Relaciones de Consumo. De esta forma, se enriquece la tarea jurisdiccional, al dotarla de la restrictiva posibilidad de integrar el contrato, conforme al principio de buena fe, sin por ello generar un desapego al principio de seguridad jurídica.

¹⁰² Ver pág. 59.

¹⁰³ Gamarra, Jorge, Nulidad de Protección, op. cit., pág. 89.

4.-Análisis de casos jurisprudenciales.

En este capítulo se realizará un análisis de una serie de casos jurisprudenciales en los cuales, de haberse aplicado la tesis propuesta en este trabajo, se habrían alcanzado soluciones más sencillas y, por sobre todo, más predecibles y dotadas del valor seguridad jurídica.

Caso Bastos Tejeira, Miguel c/ Banco Bandes Uruguay S.A¹⁰⁴.

Resulta muy interesante el estudio que del caso se efectuó tanto en segunda instancia como en casación, incluso cabe destacar el detallado abordaje efectuado por el extinto Dr. Julio César Chalar en la discordia extendida en el fallo de la Suprema Corte de Justicia. No obstante, en ninguno de los pronunciamientos se argumentó, siquiera para su descarte, si la hipótesis podía encuadrar dentro de las previsiones de la Ley 17.250.

El punto medular del caso radicaba en si el Banco Bandes debía efectuar o no un preaviso a Los Surcos SRL en lo atinente a un cambio en la operativa de descuentos de facturas a acreditarse como pagos en la línea de crédito extendida en cuenta corriente. La compleja operativa entre el cliente y el banco, bajo la modalidad de contratos coligados, se explicita muy detalladamente en las sentencias, a las que me remitiré a efectos de evitar inútiles reiteraciones¹⁰⁵.

Conforme se ha expresado en este trabajo, no cabrían dudas que Los Surcos SRL no sería consumidor en los términos de la Ley 17.250 (art. 2), al integrar los servicios financieros que le prestaba Banco Bandes S.A. a su proceso de comercialización de productos (venta de frutas y verduras, como proveedor, a comercios de abastecimiento al público, inclusivo de grandes

¹⁰⁴ Sentencias tomadas del curso de esta Maestría, además de ser de conocimiento del autor del trabajo por su desempeño como Asesor Técnico del ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia Dr. Jorge Larrieux en el período marzo 2011 a abril 2016.

¹⁰⁵ Transcripción completa en anexo de jurisprudencia.

superficies). Banco Bandes S.A., en esta relación contractual, se constituyó en prestador servicios financieros.

A su vez, y conforme lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 17.250, la contratación de Los Surcos SRL con Banco Bandes S.A. se dio bajo la modalidad de adhesión.

Como lo relevó la Corporación en mayoría, en el instrumento que documentaba la cesión de créditos, al regular la posible compensación de los saldos de la cuenta corriente, mediante el descuento de facturas, con las deudas exigibles a cargo de cualquiera de los titulares, se estableció el preaviso como medio válido de notificación entre los contratantes.

También los Sres. Ministros integrantes de la mayoría señalaron que el Banco Bandes S.A., a lo largo de la extensa ejecución de los contratos de servicios financieros (aproximadamente quince años), había tolerado en reiteradas oportunidades sobregiros por parte de Los Surcos SRL en su cuenta corriente y, concomitantemente, había ido incrementando la línea de crédito, que comenzó en U\$S 50.000 y culminó en U\$S 200.000.

A su vez, y como lo releva la Sentencia en mayoría y el Sr. Ministro discordante Dr. Chalar, la cesión de créditos en garantía en su cláusula “quinto” establecía que tales créditos garantizan deuda exigible, y no se podían imputar facturas en operación de descuento a deuda futura (no exigible).

Como relevó la Suprema Corte de Justicia en la decisión mayoritaria, el Banco Bandes S.A., en forma unilateral y sin efectuar un preaviso, modificó los términos de la ejecución de los contratos de servicios financieros que prestaba a Los Surcos SRL.. A su vez, Banco Bandes S.A., como motivación para ejercer tal derecho, alegó que Los Surcos SRL había alterado, previamente, el equilibrio negocial en virtud del súbito aumento de su endeudamiento. Respecto al alegado incumplimiento de la parte actora, estaré a la decisión mayoritaria de la Corporación, que no lo entendió acreditado conforme la prueba pericial obrante en la causa.

Pero aún de haberse verificado un incumplimiento por parte del actor de los términos de la contratación por adhesión que lo unía al demandado, este último, y recurriendo a los criterios contenidos en la Ley 17.250, aplicables por analogía al caso, se lo asemejaría a un proveedor de servicios y, por tanto, no

podía incurrir en prácticas que agravaran ese incumplimiento, o expusieran a mayor vulnerabilidad la condición del adherente. La actuación de Banco Bandes S.A. en la emergencia significó un uso abusivo de su condición dominante, al violentar el deber de actuar con buena fe, impuesto al proveedor expresamente por el art. 32 de la Ley de Relaciones de Consumo. Además, la cláusula contractual mediante la que el Banco Bandes S.A. se escudó para cambiar los términos de la contratación en lo que hacía a la operativa de descuento de cheques, implicó una violación del literal C del artículo 31 de la Ley de Relaciones de Consumo (cláusulas que autorizan al proveedor a modificar los términos del contrato). También corresponde señalar que el Banco Bandes S.A. no cumplió con la oferta de servicios comprometida (artículos 20 y 21 de la Ley No. 17.250).

Si bien para la aplicación del principio de buena fe no sería necesario recurrir a la Ley de Relaciones de Consumo, es claro que este instrumento fue el que la reguló con más eficacia, y no se mencionó en ninguna de las sentencias. A su vez, en la propuesta, el Banco Bandes claramente incumplió el deber previsto en los arts. 20 y 21 de la LRC. Mediante el análisis de la operación económica en el caso se evidencia que, pese a la aparente igualdad del poder normativo negocial de ambos contratantes, lo cierto fue que Los Surcos solamente adhirió a un programa negocial de prestación de servicios financieros.

Sin lugar a dudas, la ausencia de preaviso respecto al cambio de operativa en la ejecución del contrato de cuenta corriente (no admitir más sobregiros), así como el cambio en la operativa de descuento de facturas en lo atinente a la imputación de pagos a deudas aún no exigibles, constituyeron un “jus variandi” netamente abusivo, paradigmático de la posición dominante que ostentaba el Banco Bandes en el vínculo negocial delineado mediante un contrato por adhesión.

Bajo los mismos fundamentos utilizados por la decisión mayoritaria de la Suprema Corte de Justicia, se puede sustentar, sin hesitaciones, que Banco Bandes S.A. incumplió el deber de actuar de buena fe, en la etapa de ejecución del contrato de servicios financieros y en su calidad de proveedor. También puede decirse que el contrato tenía una cláusula abusiva que permitía cambiar los términos de la prestación del servicio financiero comprometido en la oferta, lo que significó el incumplimiento de esta última.

Caso Gibson S.A. c/ ADT SECURITY SERVICES S.A.

Se trata de un caso sencillo, donde Gibson S.A. contrató los servicios de monitoreo y respuesta de la empresa ADT. ADT no cumplió con sus obligaciones asumidas, esgrimiendo para ello que su representante o responsable no había firmado aún el contrato, cuando ocurrió el hurto en la empresa Gibson. El Tribunal entendió que, como consecuencia del incumplimiento de ADT, Gibson sufrió el daño patrimonial derivado del hurto.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno sostiene en el último párrafo del Considerando II la existencia del “consumo empresarial”, para así aplicar las soluciones de la Ley 17.250 al caso concreto. En este trabajo ya se desarrolló la incompatibilidad del empresario como consumidor, aunque en el ejercicio de integración analógica propuesto, podría llegarse a la misma solución que la adoptada por el Tribunal.

Resulta compartible la solución adoptada por el Tribunal de aplicar el artículo 30 de la Ley de Relaciones de Consumo a la cláusula del contrato de adhesión que vinculaba a las partes, que eximía de responsabilidad (inoperancia del haz obligacional) al proveedor de servicios de seguridad hasta tanto éste no hubiera firmado el contrato.

No obstante, cabe criticar a la solución adoptada por la Sala cuando ingresó al análisis de las etapas previas a la aceptación por la actora de las cláusulas contenidas en el contrato de adhesión, ya que como la propia sentencia expresa en su Considerando II, en la contratación por adhesión la etapa de tratativas se ve suprimida.

La empresa proveedora de servicios de seguridad pretendía, para la operatividad del contrato, una especie de solemnidad no requerida por la ley, que estaría constituida por la necesidad de firma del instrumento. Esta previsión contractual sin dudas choca frontalmente con el deber de actuar de buena fe consagrado en el artículo 30 de la Ley 17.250. Además, cabe señalar que la exigencia de firma del instrumento por parte del proveedor, para tener operatividad, representaba un fuerte e injustificado desequilibrio entre las partes, ya que luego de adherido el co-contratante que pretendía beneficiarse del servicio de seguridad, la empresa proveedora quedaba en entera libertad de

firmar o no el instrumento, limitando así su responsabilidad, en un caso de contratación por adhesión, cuya funcionalidad típica es funcionar como una propuesta irrevocable, en la que el adherente acepta o no en bloque el programa negocial. Si se le permitiera al proponente modificar los términos de la propuesta contenida en el contrato de adhesión a posteriori de la aceptación por el adherente, se estaría vulnerando abiertamente el principio contenido en el artículo 1253 del Código Civil, además de los principios para la formulación de la oferta de contratación, contenidos en el inciso 1º del artículo 12 de la Ley 17.250, así la prohibición de prácticas abusivas en la oferta, prevista en el artículo 22 de la Ley 17.250, especialmente para el caso los literales A y E.

Por las características de la cláusula en cuestión, que exigía la firma del proponente para activar el haz obligacional, podría sustentarse que se trataba de una cláusula abusiva dentro del contrato de adhesión, conforme lo previsto en el literal A del artículo 31 de la Ley 17.250. Bien podría haberse relevado la nulidad de la cláusula, sin necesidad de integración judicial, ya que no se desnaturalizaría la causa del contrato (inciso 2º artículo 31 de la Ley 17.250).

La reparación del daño emergente impuesta por la sentencia resulta plenamente compartible, a la luz de lo establecido en el artículo 33 inciso 2º de la Ley 17.250, que establece el deber del proveedor de resarcir los daños compensatorios causados por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a su cargo (inciso 1º del artículo 33). A su vez, el mismo artículo 33 en su inciso 1º establece la presunción de nexo causal entre el incumplimiento del proveedor y el daño del consumidor, solo excusable para el primero si medio causa extraña no imputable. Sin dudas resulta un régimen mucho más beneficioso para el empresario que contrató el servicio de monitoreo y respuesta mediante modalidad de adhesión.

La labor interpretadora o integradora que esté llamado a cumplir el juez por las partes (salvo hipótesis de cláusulas abusivas y, por tanto, de nulidad insanable y relevable de oficio), tenderá siempre a la conservación del contrato, buscando reestablecer el equilibrio sinalagmático alterado. En este caso, y dada la abusividad de la cláusula que exoneraba de responsabilidad al proponente que no había firmado el contrato, la actuación de oficio por parte del magistrado

llamado a conocer el caso era preceptiva y, por tanto, debía declarar la nulidad de ésta, sin por ello incurrir en pronunciamiento incongruente.

Caso Rego, Alejandro c/ BBVA S.A.¹⁰⁶

Rego se encontraba vinculado con el BBVA S.A. por un contrato de cumplimiento continuado mediante el cual explotaba un servicio gastronómico en exclusividad para los funcionarios del banco. Rego prestaba el servicio, por el cual el Banco pagaba una suma de dinero fija mensual y, además, Rego obtenía las ganancias que le reportaba la venta de los productos alimenticios a los funcionarios del Banco. Rego, como eje central de la argumentación de su demanda, sostuvo que el Banco ejerció abusivamente el derecho de receso, ya que ni siquiera cursó un preaviso.

En lo que importa al objetivo de este trabajo, ambas sentencias poseen una destacada relevancia. En líneas generales, comparto el análisis que, de la realidad contractual que vinculaba a las partes, se realizó en la sentencia de segunda instancia.

El primer punto que cabía desentrañar en el caso era determinar si las partes se encontraban o no vinculadas por una contratación por adhesión. La sentencia de segunda instancia analizó la contratación en el contexto dado por la operación económica, y llegó a la conclusión de que el Banco había actuado como predisponente en la contratación y Rego, como explotador del servicio gastronómico, como adherente.

No resultan compatibles los argumentos ensayados por la sentencia de casación cuando, del análisis parcial de la operación económica (sin expresarlo en esos términos), sostuvo: “...*Alejandro Rego no pagara alquiler, ni agua, ni energía eléctrica, y que fuera el Banco quien le proporcionaba las instalaciones para el comedor y la cocina, la limpieza del local, el mobiliario, la vajilla, los cubiertos y demás enceres (cláusula tercera, fs. 4), además de recibir un precio*

¹⁰⁶ De conocimiento del autor del trabajo por su desempeño como Asesor Técnico Letrado del ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia Dr. Jorge Larrioux en el período marzo 2011 a abril 2016.

que, a junio de 2011, ascendía a \$ 90.918. Estas circunstancias resultan incompatibles con la naturaleza de un contrato no negociado, por lo que nunca puede ser abusiva una cláusula que fue adoptada en ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

La naturaleza de un contrato no negociado o de adhesión no estriba en el análisis concreto de las obligaciones que las partes asumieron, sino en cómo fue que las asumieron. El Tribunal, analizada la totalidad de la operación económica, llegó a la conclusión de que las partes se encontraban vinculadas por un contrato no negociado, impuesto por el Banco, que tenía interés en brindar un servicio de cantina a sus empleados. La naturaleza del servicio, que no era abierto al público general, sino únicamente a los empleados del Banco, sumado a que toda la logística de instalación la proveía el propio Banco, permitían concluir sin hesitaciones que la contratación con el proveedor del servicio de cantina se dio en un marco no negociado o de adhesión de este último a las condiciones impuestas por el Banco. Tan es así que el Banco pagaba un precio por el servicio propuesto al adherente, habida cuenta de encontrarse dirigido exclusivamente a los funcionarios del Banco. Además, la sentencia de casación parece descartar cualquier hipótesis de contratación por adhesión por el solo hecho de que ambos contratantes eran empresarios, cuando el sujeto que participa de un contrato por adhesión no debe ser calificado en función de sus cualidades, sino por la actitud asumida al aceptar vincularse en un programa contractual no negociado.

Ahora bien, compartiendo con la sentencia de segunda instancia que se estaba ante una contratación por adhesión, corresponde analizar si la cláusula decimoprimeras que establecía el contrato se otorga “...*por el plazo de un año a contar desde el día 1º de febrero de 2010, prorrogable automáticamente por períodos consecutivos iguales*”, y consigna seguidamente que “...*sin perjuicio de lo expuesto este contrato puede ser rescindido unilateralmente en cualquier momento del plazo original o de sus prórrogas, por voluntad de cualquiera de las partes, sin expresión de causa, con un preaviso que deberá comunicarse a la otra con por lo menos sesenta días corridos de anticipación*”.

La fórmula que halló la sentencia de segunda instancia para interpretar la cláusula en cuestión fue correcta y, aunque no lo estableció a texto expreso, significó la declaración de su nulidad y, en el mismo acto, su integración por el

precepto creado jurisdiccionalmente, tal y como se prevé por la Ley 17.250 en el inciso 2º de su artículo 31. Claramente el defecto argumental de la sentencia de segunda instancia radica en que, conforme a su estructura lógica, en la que recurrió exclusivamente a las normas contenidas en el Código Civil, en especial las relativas a la interpretación de los contratos, exorbitó sus preceptos, ya que mediante la pretendida “interpretación de la cláusula decimoprimer”, en realidad, relevó una nulidad por abusividad e integró judicialmente el contrato.

Recurriendo a solidos fundamentos expuestos por doctrina nacional, la Sala sostuvo: *“Una primera lectura provoca cierta perplejidad: cómo puede establecerse un plazo y, a la vez, establecer que ese plazo cae en cualquier momento con un preaviso de sesenta días de cualquiera de las partes.*

IV. Una forma de resolver el asunto es entender que, pactado un plazo cierto y prorrogable por sucesivos períodos anuales, debe considerarse nula la estipulación del decaimiento del plazo en cualquier momento por la sola expresión de voluntad de cualquiera de la partes, aunque medie un preaviso.”

(...)

“Como en el caso, el ejercicio del derecho de receso no se condicionó a la configuración de presupuestos de hecho ajenos a la voluntad de los beneficiarios, sino que se estableció el contrato podía ser rescindido unilateralmente “en cualquier momento del plazo original o de sus prórrogas, por voluntad de cualquiera de las partes, sin expresión de causa” esa estipulación vulnera los arts. 1253 y 1291 del Código Civil puesto que viene a significar que cada contratante sigue obligado si quiere, no siendo una situación en que esté en juego el derecho de los contratantes a no estar obligados de por vida, puesto que es un contrato con plazo. De manera que cabe concluir la nulidad de dicho pacto.”.

Claramente una interpretación conforme los postulados sustentados en este trabajo habría adicionado, además, que la aludida cláusula violentaba el artículo 30 de la Ley 17.250, aplicable al caso por la vía analógica propuesta, ya que creaba un injustificado desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes, analizada en el contexto de la operación económica que los vinculaba. Si bien es cierto que la potestad rescisoria, aún con plazo pendiente, se previó para ambos contratantes, lo cierto es que su ejercicio no implicaba las

mismas consecuencias para uno que para otro, y dependía, además, como bien lo señaló la Sala, de su sola voluntad, y no de la configuración de presupuestos de hecho ajenos a la voluntad de los beneficiarios. Evidentemente, el ejercicio del derecho de receso por el Banco implicaba un perjuicio muy superior para el adherente explotador del servicio de cantina que si se daba a la inversa.

De esta forma, se comparte con la sentencia de segunda instancia que la cláusula decimoprimeras, tal y como estaba redactada, devenía nula por abusividad. Ahora bien, no comparto, desde el punto de vista argumental, el “salto interpretativo” que dio la Sala por el cual, en definitiva, se llegó a la integración del contrato. Lo correcto hubiera sido, siguiendo la línea argumental de este trabajo, recurrir por vía analógica al precepto contenido en el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 17.250 y, luego de relevar la nulidad, integrar la cláusula judicialmente, para de esa forma propender a la conservación del contrato. Bajo esta fundamentación, cabe compartir plenamente la solución que la Sala se limitó a denominar como “interpretación” de la cláusula, cuando sostuvo que: *“En ese contexto, el intérprete del contrato subcausa no puede soslayar la operación económica en juego y debe razonablemente inclinarse hacia la tesis de un plazo prorrogable y concluir que el preaviso de sesenta días sólo podía operar para evitar una nueva prórroga al vencimiento del plazo anual.”*.

5.-Conclusiones.

En nuestro derecho no existe regulación general sobre la contratación por adhesión. Como se ha analizado, doctrina y jurisprudencia mayoritarias recluyen las normas tuitivas previstas en la Ley de Relaciones de Consumo únicamente a situaciones de consumo, sin elevar sus principios a la categoría de generales del derecho. Solo Gamarra entendió que la materia regulada en la Ley No. 17.250 sobre cláusulas abusivas estatuye un verdadero principio general de derecho.

En este sentido, los empresarios que contratan bajo la modalidad por adhesión, al no ser consumidores finales, se ven excluidos del mecanismo protector previsto por la Ley 17.250, aunque su situación termina por ser análoga. Misma situación ocurre respecto a los profesionales independientes que participan de contratos de adhesión para la adquisición de bienes o servicios, sin constituirse en destinatarios finales (consumidores).

La solución propuesta busca unificar el criterio de tratamiento ante situaciones de desigualdad del poder normativo negocial que son idénticas, independientemente de la verificación de una desigualdad económica subyacente.

La contratación por adhesión entre empresarios significa, por la realidad del tipo contractual, la existencia ineludible de desigualdad del poder normativo negocial, aunque no se verifique el desequilibrio económico que se da entre consumidor y proveedor. De todas formas, y como ya se analizó, la Ley No. 17.250 no establece su estatuto protector sobre las bases de la desigualdad económica o cultural, sino sobre la desigualdad de poder normativo negocial de los co-contratantes en una relación de consumo.

Es justamente esta desigualdad del poder normativo negocial, verificable sin lugar a dudas en la contratación por adhesión entre empresarios, que amerita la aplicación del estatuto protector de los consumidores por analogía. Si bien es cierto que la contratación entre empresarios puede reflejar desequilibrios en el

poder normativo negocial en hipótesis de otros contratos no paritarios¹⁰⁷, ello llevaría a un abordaje casuístico que terminaría por vulnerar el principio de seguridad jurídica, motivo por el que se delimita la tesis propuesta a los casos de contratación empresarial por adhesión.

El paradigma de la autonomía de la voluntad cada vez va cediendo más terreno a formas contractuales donde el programa negocial es delineado absolutamente por un predisponente, dirigido a un destinatario cuya libertad radica únicamente en aceptar en bloque o rechazar la propuesta irrevocable. Como sostuvo Benítez Caorsi, se ha demostrado que la autonomía privada, entendida como posibilidad de constituir relaciones jurídicas, en el caso de posiciones desiguales, conlleva a la pérdida de la libertad para el sujeto más vulnerable. En este sentido, hay que partir de la base que el principio de la libertad no puede aceptar que se sea libre para no ser libre¹⁰⁸.

Por ello, este trabajo pretende generar un insumo de seguridad jurídica ante casos de contratación por adhesión entre empresarios, ya que se permite homogeneizar la respuesta de la jurisprudencia en hipótesis de desigualdad del poder normativo negocial de estos. Del estudio de los casos propuestos emerge claramente que se necesita sistematizar la respuesta que nuestra jurisprudencia brinda para este tipo de casos, ya que las soluciones son muy diversas. De todas formas, cabe recordar que la intervención del juez siempre será mínima, o poco invasiva, aunque está dirigida a incidir sobre el programa contractual, ya que su misión será salvaguardar la autonomía del contratante que carece, en los hechos, de poder normativo negocial¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Al decir de Juan Benítez Caorsi, en "La Revisión del Contrato", ed. Amalio M. Fernández, Ed. Febrero 2008, pág. 103, Las cláusulas abusivas no son patrimonio de los contratos de adhesión, sino que se pueden verificar en todos los contratos.

¹⁰⁸ Benítez Caorsi, Juan, La Revisión del Contrato, op. cit. pág. 114-115.

¹⁰⁹ Benítez Caorsi, Juan, La Revisión del Contrato, op. cit., pág. 125. En este punto, Benítez Caorsi expresa que: "...el control judicial funciona como un instrumento de realización de una efectiva libertad, puesto que el límite a la autonomía de los privados no está concebido para reprimir o restringir la libertad de los contratantes, sino para realizarla plenamente, tutelando a los sujetos que se encuentran en una posición de mayor debilidad."

Como vimos, la solución no pasaría por considerar al empresario como consumidor, ya que ello es incompatible con la definición que nos brinda la Ley de Relaciones de Consumo en su artículo 1º.

Los principios recogidos en la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250 resultan de aplicación general al derecho de los contratos, en su sub-especie por adhesión, y constituyen una valiosa herramienta a la hora de interpretarlos y analizar si existió o no abuso del ejercicio del poder normativo negocial por el predisponente que, en definitiva, inficione de nulidad alguna de sus cláusulas.

La contratación por adhesión es una realidad insoslayable, a la que no se le ha dado la relevancia que realmente merece. En este sentido, cabe señalar que la contratación por adhesión en la que participan particulares se da siempre en una relación de consumo (otras hipótesis devienen verdaderas “moscas blancas”). Esquemas de divergencia en el poder normativo negocial siempre fueron recogidos por el Derecho a lo largo de la historia, como ocurrió en los contratos de trabajo, que derivó en el surgimiento del derecho del trabajo, así como también las hipótesis contempladas en la Ley 8.733 sobre promesas de enajenación de inmuebles a plazos, leyes de arrendamientos urbanos y rurales, etc.

Nuestro ordenamiento jurídico no se ha “aggiornado” en una regulación sistemática de los contratos por adhesión, y ello ha llevado a muchos a limitar su alcance únicamente a las relaciones de consumo que se dan bajo esa tipicidad contractual. Permanecer ligados estrictamente al paradigma decimonónico de la autonomía privada de la voluntad, hoy en día, resulta utópico. El predisponente en un contrato por adhesión posee un poder normativo negocial absoluto, que conduce naturalmente a un desequilibrio entre las partes en sus posibilidades de influir en el programa negocial que las va a regir. Ese poder absoluto debe ser limitado, como todo poder que tiende a la absolutez, y la herramienta propuesta en este trabajo resulta idónea a tales efectos.

6.-Índice bibliográfico.

1.-Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012, Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Ed. El Derecho, Argentina, agosto 2012.

2.-Barbé Pérez, Héctor, “La analogía como método y técnica de integración del derecho”, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 61, año 1964.

3.-Benítez Caorsi, Juan, La Revisión del Contrato, Ed. Amalio M. Fernández, Ed. Febrero 2008.

4.-Blengio, Juan, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Tomo XXVII, “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”.

5.-Blengio, Juan, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Tomo XXXI, “Hacia una contratación más equilibrada y justa”.

6.-Blengio, Juan, El Contrato y la Operación Económica, Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Año 1, Tomo I, FCU, 2013.

7.-Blengio, Juan, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Tomo XXXIX, “La parte contractual débil”.

8.-Carnelli, Santiago y Sarlo, Oscar, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Tomo XXXI, “El principio de igualdad y la contratación del Código Civil”.

9.-Castro, Alicia. La pregunta por la causa del contrato: un giro pragmático de la doctrina, Revista de Derecho y Jurisprudencia Civil, Año 5, Tomo V, FCU, 2017.

10.-Caumont, Arturo, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Tomo XXXVII, “Contrayentes vulnerables por inequilibrio subjetivo en la formación y ejecución de los contratos. Cambios en los paradigmas contractuales”.

11.-De Cores, Carlos, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Tomo XXXIX, “El concepto de desequilibrio en los contratos de adhesión (artículos 30 y 31 de la Ley 17.250).”.

12.-Fernández, Gabriel, Metodología de Análisis de la Validez del Contrato. Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Año 1, Tomo I, FCU, 2013.

13.-Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX, FCU, 4ª ed. 2003.

14.-Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXVI, FCU, 2009.

15.-Gamarra, Jorge, Buena Fe Contractual, FCU, 1ª ed. Noviembre 2011.

16.-Gamarra, Jorge, Nulidad de Protección, en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Año I, Tomo I, 2013, FCU.

17.-Groisman, Carlos y Molla, Roque, Carlos Groisman y Roque Molla, "Crisis del sistema jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, en el Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXV.

18.-Mariño López, Andrés, ADCU, T. XXXI, FCU, "En torno al concepto de consumidor. Estudio del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Relaciones de Consumo."

19.-Mosset Iturraspe, Jorge, Interpretación Económica de los Contratos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1ª ed. 1994.

20.-Pereira Campos, Santiago y Rueda Kramer, Daniel, Estudios Sobre la Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo, FCU, 1ª ed. Octubre 2008, obra colectiva dirigida por Santiago Pereira Campos y Daniel Rueda Kramer.

21.-Ramírez, Juan Andrés en ADCU T. XXXVI, "La Analogía como método único de interpretación. Inconsistencia lógica de la distinción entre interpretación e integración".

22.-Sánchez Fontáns, José, "Interpretación extensiva y analogía", en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 60, año 1963.

23.-Szafir, Dora, Derecho del Consumidor, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Tomo I, La Ley Uruguay, 2011.

24.-Szafir, Dora, Consumidores, Análisis Exegético de la Ley 17.250, FCU, 3ª ed. Abril 2009, pág. 18.

25.-Tomé, Miguel, Código Civil Comentado, ed. Amalio M. Fernández, 1ª edición noviembre 2017.

26.-Videla Escalada, Federico, La Interpretación de los Contratos Civiles, en Monografías Jurídicas, No. 90, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

7.-Anexo de Jurisprudencia.

En archivo adjunto.

7.-Anexo de Jurisprudencia.

Casos Bastos c/ BANCO BANDES.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, identificada como DFA 0005-000479/2013 de fecha 26 de junio de 2013.

Ministro Redactor: Dr. John Pérez Brignani

Ministros Firmantes: Dr. Tabaré Sosa Aguirre, Dr. Álvaro José França Nebot, y Dr. John Pérez Brignani.

Montevideo, 26 de junio de 2013.

VISTOS, para sentencia definitiva de segunda instancia los presentes autos caratulados: “BASTOS TEJEIRA, MIGUEL C/ BANCO BANDES URUGUAY S.A. DAÑOS Y PERJUICIOS. COBRO DE PESOS.” (IUE: 0002-009198/2011) venidos a conocimiento de esta Sede en virtud del recurso de apelación deducido contra la sentencia Nro. 70/2012, aclarada por providencia 2820/2012, dictadas por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Civil de 14º Turno, Dra. Gloria Seguessá Mora, y

RESULTANDO:

I)Que se da por reproducida la relación de hechos formulada por la a-quo por ajustarse a las resultancias del presente expediente.

II)Que por sentencia Nro. 70/2012 se condena a la parte demandada a abonar a la parte actora los daños y perjuicios cuya cuantificación se difiere para el procedimiento incidental de liquidación previsto en el art. 378 del CGP de acuerdo a los parámetros establecidos en el Considerando 2 in fine. Sin especial condenación.

Por dispositivo 2820/2012 se aclara que por error material en el fallo, donde dice Considerando 2 debe decir Considerando 4 in fine, por así corresponder.

III)Contra el mencionado fallo ambas parte interponen recurso de apelación expresando en lo sustancial,

Parte actora

a)que no es procedente el diferimiento del monto objeto de condena por concepto de daños y perjuicios. En autos se hallan todos los elementos para cuantificar la condena. Estima que

el valor de la empresa tasada legalmente es el monto de la pérdida sufrida, el monto de los daños. No coincide con la recurrida cuando ésta expresa que no es posible cuantificar la chance que tenía la empresa de seguir funcionando, ya que el tasador para justipreciar el valor venal de la empresa ha tomado especialmente en cuenta la calidad y potencialidad de los clientes y la potencialidad de seguir funcionando si la demandada no hubiera incurrido en incumplimiento contractual que finalmente le hizo cesar sus actividades a la actora,

b) que discrepa con la limitante establecida en el Considerando 4 in fine como parámetro para la liquidación, por cuanto debe primar el principio de reparación integral del daño sin limitaciones de tipo alguno. La situación financiera de la empresa actora no tiene ninguna incidencia al tiempo de cuantificar los daños que causó el incumplimiento del demandado. En efecto, no puede tomarse en cuenta, como lo sugiere la impugnada, la estimación efectuada por uno de los socios en la partición de la sociedad conyugal ya que, en primer término, es un aspecto puramente subjetivo que para nada compromete o vincula desde un punto de vista legal la voluntad de la actora; esta empresa posee voluntad y autonomía propias, independientemente de sus socios. También discrepa con la estimación o avalúo de cuota social de Los Surcos SRL efectuada en el pasado para ser tenida en cuenta al tiempo de cuantificar los daños, aspecto irrelevante desde el punto de vista jurídico objetivo y de la propia empresa actora. Además de tratarse de otra apreciación subjetiva es absolutamente ineficaz frente a elementos objetivos contundentes que obran en autos; el valor venal de la empresa surge de su facturación, de su contabilidad, y básicamente en lo que al proceso refiere, de la tasación pericial efectuada infolios.

Parte demandada

a) que le agravia que la sentencia impugnada haya considerado que en enero de 2010 su parte haya ejecutado actos sin preaviso a la actora que hayan significado incumplimiento contractual. El no adelanto de hasta el 80% exacto del importe de las facturas (circunstancia habilitada por el contrato de apertura de crédito) obedeció a la pésima situación financiera de la actora, que la apelante se encarga de describir postulando que se encuentra plenamente probada. El banco fue lo suficientemente condescendiente con la actora, otorgándole un 9,43% más de fondos por encima del tope a que se había obligado,

b) que no existe nexo causal entre la responsabilidad imputada y el daño invocado. La aludida negativa del banco de adelantar el importe faltante para llegar al 80% de las facturas presentadas ninguna incidencia tuvo en el daño que se aduce. Esto es así porque como la cuenta corriente estaba sobregirada, su acreditación con el saldo necesario para completar el adelanto del 80% de las facturas no hubiera modificado en nada la posición deudora de Los Surcos

SRL porque todo lo que se acreditara tendría efecto, solamente, para disminuir el sobregiro; no le sobraría nada para aplicar a otros fines. El desencadenante de esta situación fue pura y exclusivamente el desastre financiero de la actora,

c) que no existió una pérdida total de la empresa, al menos, en esos términos. La propia actora, según el documento de fs. 332/334 (nota suscrita por el representante legal de la propia actora en mayo de 2011), admite que la empresa aun funciona; aun en la tasación por ésta presentada. Además, no hay cierre ante BPS y DGI,

d) que la empresa actora no tenía posibilidad de seguir funcionando, de hecho, sigue funcionando tal como se indica supra. Ésta tenía dos actividades, producción propia e intermediación, lo que dejó de realizar es la intermediación pero continúa funcionando como empresa en tanto producción agropecuaria. Al referirse a esta pérdida de posibilidad de seguir funcionando, la impugnada debió referirse a la primera actividad descrita, la de intermediación, y no a la otra que aun la sigue desempeñando. Sobre la chance perdida, se necesitaba de una valoración de la situación fáctica de la empresa (desde los puntos de vista económico y jurídico) a enero de 2010 con relación a las posibilidades de que en el futuro se verificara dicha hipótesis. De ese modo, se comprendería que la situación en que se encontraba la empresa no era propicia para el mantenimiento de dicha actividad, por el contrario, demostraría que no tenía ninguna posibilidad de supervivencia,

e) que le agravia que la impugnada considere, como parámetro para la cuantificación de daños y perjuicios, el valor venal de la empresa emergente de los balances que surgen de autos sin excluir la incidencia de los bienes de uso y omitiendo considerar el pasivo extracontable constituido por los cheques devueltos por falta de fondos que totalizaban \$9:282.686. Del balance del año 2008 (porque no existe del 2009, ello se encarga de decirlo la propia contadora de la empresa) emerge que en la cuenta del activo se incluyen bienes de uso como activo (inmuebles, vehículos, maquinarias, etc.), bienes que la actora no perdió sino que sigue usando en virtud de la producción propia que aun mantiene.

IV) Por autos Nros. 2962/2012 y 3140/2012, respectivamente, se confiere traslado de los recursos de apelación deducidos.

V) A fs. 751/757 evacuó el traslado conferido la demandada abogando por la confirmatoria. A fs. 759/776 hace lo propio la actora.

VI) Por auto Nro. 3422/2012 se conceden los recursos de apelación deducidos.

VII) Que recibidos los autos en la Sala se dispuso pasaran los autos a estudio sucesivo de los diferentes Ministros.

VIII) Realizado el estudio y acuerdo correspondiente se decidió dictar decisión anticipada en virtud de darse en la especie los supuestos del art. 200 CGP designándose Ministro redactor al Dr. John Pérez Brignani.

CONSIDERANDO:

I) Que el Tribunal con el voto unánime de sus miembros naturales habrá de revocar la sentencia objeto de impugnación por ser los agravios introducidos por la parte demandada de total recibo.

II) En tal sentido tenemos que la actora funda su pretensión indemnizatoria en que la demandada habría incumplido los contratos de línea de crédito, y factoring con Tienda Inglesa, al rescindir sin justificación ni preaviso alguno los mismos., interrumpiendo así la asistencia (sobregiro) a la cuenta corriente de Los Surcos SRL en plena zafra (fs. 70).

Afirma asimismo que habría incumplido. la cláusula 4º del contrato de cuenta corriente rotulada "compensación". manipulando a su antojo la cuenta, la cual se señala ya estaba clausurada, y que se habría quedado con facturas en su poder, en forma indebida, en lugar de acreditarlas en la cuenta corriente para disminuir el eventual sobregiro que pudiera existir.

Ataca de nulidad la cláusula 9º del contrato por entenderla leonina, en tanto quebranta reglas o principios de la contratación y la ejecución de los contratos. Rompe el equilibrio de las partes, la igualdad negocial, dejando la ejecución del contrato al arbitrio de una de las partes, la más fuerte, el banco.

Por su parte la demandada sostiene que no existió incumplimiento de su parte, que su actuación fue lícita, ya que suspendió la cuenta corriente cuando la actora no acreditó en tiempo y forma el pago de los cheques devueltos por falta de fondos. Indica que la actora misma no contaba con autorización para girar en descubierto, tal como se pactara. No existió autorización tácita, como dice la actora sino que existieron sobregiros advertidos por el banco y omitidos por la actora.

Con relación a la línea de crédito con garantía hipotecaria, señala que como no había plazo de vigencia de la disponibilidad del crédito va de suyo la legitimidad de que el banco se reserve el derecho de revocar, suspender, o limitar en cualquier tiempo el crédito otorgado, atendiendo tanto a sus propias circunstancias de liquidez como la evolución de la situación patrimonial y financiera del cliente acreditando, tal como se establece en la cláusula 2º de la hipoteca. (fs. 14 v. in fine/15, y 107 v. in fine/108).

Afirma que el banco no suspendió, limitó o revocó ninguna línea de crédito. Lo que sucedió en enero de 2010 fue que la demandante rebasó groseramente los límites del crédito de que gozaba, haciendo caso omiso a las advertencias que se le efectuaran por parte de la gerencia de la sucursal, reiterada y sucesivamente, en el sentido de que debía adecuar su conducta a los límites del crédito que tenía concedido. A su vez las facturas que tenía para cobrarle a Tienda Inglesa en los próximos días eran insuficientes para cubrir el adeudo. Esta situación se mantuvo hasta el 18/1/2010 donde el banco empezó a devolver los cheques por falta de fondos (anteriormente había abonado algunos con fondos propios del banco) y de acuerdo con el art. 62 del decreto ley 14.412, transcurridos 5 días desde esa devolución, como la actora no acreditó haber cubierto esos cheques la cuenta le fue suspendida.

Sobre la línea de crédito con garantía de cesión de facturas manifiesta que la cláusula 4º refiere a un monto abierto no reutilizable alcanzado el cual cesaba la obligación de asistencia del banco. Una vez que Tienda Inglesa abonaba al banco, éste no estaba obligado a depositar ese importe por facturas en la cuenta corriente de la actora, o de ponerlo a su disposición mediante cualquier otra vía mientras existieran deudas con el banco, exigibles o aun pendientes con plazo de vencimiento puesto que los importes por esa vía percibidos correspondían al pago de las facturas que por haber sido objeto de la cesión global de facturas futuras, habían emigrado del ámbito de las facultades de disposición irrestrictas del cedente y habían pasado al del banco cesionario.

No había una obligación inexorable de poner a disposición de la cedente la parte de lo percibido en cuanto excediera el monto de los créditos exigibles porque hay que tener en cuenta la existencia de otros créditos a su favor no exigibles, pero aun pendientes de vencimiento; la garantía se desdibujaría y perdería la eficacia que precisamente quisieron darle las partes al otorgarla, porque podría dejar sin cobertura una parte importante del endeudamiento del cliente.

La demandada sostiene que la situación financiera de la actora se encontraba deteriorada desde el año 2006 producto de un inapropiado manejo financiero. de la firma. Reconoce la existencia de esporádicos sobregiros tolerados porque los cheques fueron librados para pagar a la cadena de productores por la compra de tomates (sobregiros circunstanciales, donde el banco hizo una excepción estimando razonable cubrirlos con fondos propios a fin de evitarle las consecuencias de la devolución de cheques). En diciembre de 2009 se produce un sobregiro extraordinario, diferente y más grave que los anteriores, persistente y por un monto más elevado que los esporádicos sobregiros anteriores, que tuvo una duración de casi un mes. Ese sobregiro

no fue cubierto con recursos genuinos sino que debió acudir la actora al auxilio de prestamistas, entre otros.

III) Ahora bien conforme a la pretensión introducida y defensas invocadas por la demandada, corresponde determinar en la presente causa si existió o no el incumplimiento alegado por parte de la reclamante, o si por el contrario la supresión de la línea de crédito otorgada, que motiva la presente reclamación se encontraba plenamente justificada conforme a los parámetros de los contratos celebrados entre las partes.

En este orden debemos tener presente que para que exista responsabilidad contractual deben darse necesariamente tres elementos. El primer elemento necesario para que haya responsabilidad contractual, es un hecho imputable al deudor que no ejecuta la obligación o no cumple correctamente la obligación contractual asumida. En segundo lugar la existencia de un daño sufrido por el acreedor como consecuencia de la no ejecución o mal ejecución de la obligación. Por último debe existir una relación de causa a efecto entre el hecho del deudor y el daño. (Cfm Droit Civil sur le direction de Chirstian Larroumet. Tomo III Le obligation Le contrat 2da parte effects Edit Económica 2007 pag 632).

Corolario de lo antes expresado es que no puede exigirse la responsabilidad del deudor cuando no ha existido de su parte un incumplimiento imputable de las obligaciones asumidas y esto es precisamente lo que acontece en la especie.

En efecto de un examen de la prueba pericial producida surge plenamente acreditado que al 8/1/2010 la actora superaba el límite de crédito otorgado por Bandes en un 9,43% más de sus garantías otorgadas a fecha 8 de enero del 2010 , (fs 575).

El sobregiro de la empresa Surcos se ubicaría en \$312.950,85 pagando todos los cheques devueltos y los pasivos que se debían a Bandes en ese momento. (fs 577).

Dichos sobregiros, no autorizados por la demandada en forma expresa, habilitaban a la demandada a clausurar la cuenta como lo hizo ya que nada obligaba a seguir manteniendo un sobregiro que claramente violaba lo dispuesto contractualmente.

No debemos perder de vista que el sobregiro referido constituye un inexacto incumplimiento de la obligación e implica la frustración de la expectativa del acreedor, y por tanto, la lesión al interés del acreedor en la prestación ; y supone también violación de la obligación de cumplir exacta y puntualmente la prestación que incumbe al deudor en virtud de la relación obligatoria (Cfm Betti, Teoría General de las Obligaciones tomo I pag 123).

Otro aspecto a tener en cuenta es que los diferentes contratos existentes entre las partes, se encuentran coligados entre si en función de una única operación económica perseguida por las

partes : el financiamiento de la actividad empresarial de la actora, dentro de determinados montos precisos y parámetros de financiación.

Todo contrato tiene el equilibrio económico que las partes le confieren, conforme al reglamento de intereses contractualmente previsto, cada prestación tiene siempre y solamente el valor de la respectiva contraprestación, concedida al contratante interesado a fin de obtenerla y no un abstracto y objetivo valor de mercado. (Cfm Gabrielli , Enrico Doctrina General del Contrato Vol 1 1er edicion 2009 pag 135).

Es por ello que ambas partes, cargan con el deber de prestar toda la colaboración que exija la naturaleza de las prestaciones asumidas para el mantenimiento del equilibrio económico pactado. Es por ello que les está prohibido adoptar una actitud absolutamente pasiva que agrave el deber de prestación del deudor, ni muchos menos que impida u obstaculice la realización de la conducta debida.

Ahora bien ,en la especie surge de la pericia practicada que el endeudamiento de la actora excedió el limite de crédito previsto contractualmente, lo que produjo un desequilibrio de la ecuación financiera del contrato y por ende de las contraprestaciones asumidas por la demandada.

Por consiguiente habiendo, el reclamante, claramente incumplido, las obligaciones a su cargo, mal puede basarse en su propio incumplimiento para reclamar daños y perjuicios basado en la existencia de un incumplimiento de la contraparte que claramente no se produjo.

Cabe señalar que no existe a juicio de la Sala bases ciertas que permitan inferir que el sobregiro de mención podría haberse levantado con la presentación de nuevas facturas aportadas por el normal y diario funcionamiento de la empresa (fs. 577). ya que el perito afirma tal circunstancia en forma especulativa o condicional, sin aportar datos concretos que determine que tal extremo podía verificarse. Es más si bien en la demanda se refieren créditos de otros clientes, no existen elementos que permitan tener por acreditados que los mismos podrían cubrir el mismo. Adviértase que no se trata de una cantidad insignificante sino de U\$S 35000.

Es más como afirma el Cr. Nelson Chicurel, en la ampliación de pericia que le fuera solicitada, aún en el caso de que el banco hubiese depositado \$686.466,06 la promotora hubiera seguido estando en sobregiro, aunque por una cifra exigua (\$16.871,31). Al 5/1/2010 la empresa ya tenía tomada la totalidad del crédito concedido y estaba empleando fondos dados por el banco por encima de la línea de crédito. En efecto si el banco hubiera adelantado el 80% de las facturas de Tienda Inglesa igualmente la posición pasiva de la actora iba a ser la misma, se cancelaría el sobregiro pero e se estaría utilizando créditos por encima de la línea concedida en un 9,43%, lo

que conlleva a la que la demandada haya puesto fondos propios para cancelar las obligaciones correspondientes.

Por otra parte cabe destacar que no existía autorización para el sobregiro referido, ni la demandada estaba obligada contractualmente a soportarlo. Ello por cuanto implicaría una modificación de la bases económicas del acuerdo y una modificación unilateral de las condiciones pactadas al utilizar fondos que en grado alguno fueron previstos dentro de la línea de crédito concedida.

La existencia de pequeños y esporádicos sobregiros, reconocidos por las partes, no determinan la modificación de las obligaciones ni que la demandada debiera soportar el sobregiro de la naturaleza referida anteriormente.

Con relación a que la demandada se habría quedado indebidamente con pagos que no acreditó a la cuenta corriente, el perito fue concluyente sosteniendo que el importe correspondiente a los giros últimos de Tienda Inglesa del 18/1/2010 y 2/2/2010 fue aplicado a diferentes vales que la empresa actora firmó anteriormente con Bandes (fs. 580). En esos meses de enero y febrero vencían algunos vales, por lo que Bandes imputa ese pago de Tienda Inglesa a su cancelación, y por ello es que no lo acredita en la cuenta corriente. Bandes no estaba obligada a imputar esos importes a la cuenta corriente si tenía otros créditos para cobrarle al mismo deudor (ver cláusulas 4º y 5º de la ampliación y modificación de hipoteca, fs. 124 v./125, entre otras).

Del informe pericial se desprende que la empresa, aún pagando todos los vales, tiene cheques devueltos contra su cuenta por la suma de \$9.282.958,60 (fs. 591 y 593), de los cuales considera que sólo podría abonar \$1.565.594, restando cheques impagos por U\$S 7.717.064 (ampliación pericial, fs. 622). No asegura enfáticamente que la actora hubiera abonado ni ésta ni aquélla cifra permaneciendo aún en actividad y en plena zafra.

La actora no acredita que tuviera fondos para cubrir la mencionada cifra (la cual no era para nada habitual en las transacciones bancarias que desde hacía 15 años se practicaban las partes con total armonía), por lo cual la demandada no tenía otra salida que suspender la cuenta (sin perjuicio del mandato de los arts. 60 y 61 del decreto ley 14.412) y cesar con una asistencia financiera a una empresa absolutamente deficitaria que estaba debiendo medio millón de dólares a tenedores de cheques sin fondos por ella librados.

Adviértase que según surge del informe pericial la actora había tenido que recurrir a prestamos particulares para paliar la situación(deposito de \$772.000 proveniente de un préstamo particular no bancario a la empresa por U\$S 40.000 (fs. 619), lo que hace suponer que carecía de fondos propios o genuinos para seguir operando. Por otra parte de la propia demanda surge que

la rentabilidad de la empresa es de entre el 8% y el 12%, monto al que debe restársele gastos y amortizaciones (fs. 72). ; es decir que el margen de utilidad era , entonces, escaso.

La ausencia de planes concretos de pagos de las cifras adeudadas determinaba que la demandada careciera de garantías suficientes para cubrir el creciente endeudamiento de la actora.

Por consiguiente habiendo excedido el límite de crédito, no renovable de acuerdo a las convenciones celebradas, no habiéndose cancelado las crecientes obligaciones por parte de la reclamante, determina que la demandada se encontraba plenamente legitimada, en protección de su propio patrimonio, (ya que también tenía problemas financieros según pericia de fs 584) para no seguir soportando el incumplimiento de la actora).

En suma : existió un claro incumplimiento de la parte actora que justifico las medidas adoptadas por la demandada.

Las reglas de la sana crítica, indican que ningún prestamista público ni privado hubiera persistido en seguir asistiendo un emprendimiento que no mostraba señales claras de recuperación (no emerge de autos cómo la actora pensaba pagar esos U\$S 500.000 a los tenedores de cheques).

IV)Respecto al carácter de " leonina" de la cláusula 9º literal "a" de la cesión de crédito en garantía (fs. 126 v., y 133 v., entre otras) cabe señalar que la misma no es de aplicación en la especie ya que . la demandada no canceló ni disminuyó la línea de crédito sino que ante el agotamiento de la línea de crédito concedida y el sobregiro correspondiente decidió no continuar el financiamiento.

V)En cuanto a la inexistencia de preaviso cabe señalar que no era exigible una comunicación formal en tal sentido y que tratándose de una relación comercial de quince años las reglas de la sana crítica (art. 140 CGP) imponen pensar válida y verosímilmente que existieron comunicaciones verbales informales donde la accionada ponía en conocimiento de la actora la situación de la cuenta. Aparte de ello la actora era conciente del nivel de endeudamiento y que había sobrepasado el límite de crédito.

VI)Que la correctísima actitud de las partes y sus profesionales no amerita sanción procesal especial en el grado.

En virtud de lo expuesto y de lo que disponen los arts 688 del CC 139,140 y ss del CGP
EL TRIBUNAL FALLA:

Revocase la sentencia objeto de impugnación y en su merito desestimase la demanda sin especial condenación en el grado.

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 475/2014, de fecha 12 de mayo de 2014.

Ministros firmantes:

Dr. Jorge Omar Chediak González (Discorde)

Dr. Jorge Tomás Larrieux Rodríguez (Presidente)

Dr. Ricardo César Pérez Manrique

Dr. Jorge Ruibal Pino (Redactor)

Dr. Julio César Chalar Vecchio (Discorde)

Montevideo, doce de mayo de dos mil catorce.

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "LOS SURCOS S.R.L. C/ BANCO BANDES URUGUAY S.A. - DAÑOS Y PERJUICIOS - COBRO DE PESOS - CASACION", IUE 2-9198/2011.

RESULTANDO QUE:

I.-Por Sentencia DFA 0005-000479/2013 dictada el 26 de junio de 2013 por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o. Turno, se revocó la sentencia objeto de impugnación y en su mérito se desestimó la demanda, sin especial condenación en el grado (fs. 784-799).

Por su parte, el Pronunciamiento No. 70 del 17 de octubre de 2012, procedente del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14o. Turno, resolvió condenar a la parte demandada a abonar a la parte actora los daños y perjuicios cuya cuantificación se difirieron al procedimiento incidental de liquidación previsto en el art. 378 del C.G.P., de acuerdo a los parámetros establecidos en el Considerando No. 2 in fine, sin especial condenación (fs. 693-713).

II.-El representante de Los Surcos S.R.L. interpuso recurso de casación, expresando en síntesis que:

-La Sala aplicó erróneamente las normas vinculadas al incumplimiento de los contratos y a las relativas a la interpretación de la prueba, básicamente a la prueba pericial producida en autos, al apartarse del dictamen sin la debida fundamentación. Además, se había equivocado al señalar que la parte actora impetró la nulidad de las cláusulas contractuales, cuando en realidad no fue lo que aconteció.

-La recurrente lo que hizo fue impetrar que se declarara la resolución de los contratos que la vinculaban con Banco Bandes Uruguay S.A. por incumplimiento de su parte y por ende, solicitó daños y perjuicios.

-El Tribunal incurrió en error al aplicar el art. 184 del C.G.P., por cuanto las conclusiones del peritaje dispuesto de oficio, habían sido objeto de apartamiento, sin consignarse los fundamentos de carácter técnico para ello.

-Todos los incumplimientos denunciados por culpa de Bandes fueron terminantemente demostrados a través de la pericia económica y contable. Así en el punto 3.2 de la pericia se describió claramente la operativa relativa al factoring de Tienda Inglesa y muy claramente las facturas entregadas el día 5 de enero de 2010, fecha de quiebre dispuesta unilateralmente por la demandada, quien modificó sin preaviso de ninguna clase las condiciones contractuales, dejando de verter en la cuenta corriente el importe habitual de las facturas, razón por la cual, la cuenta corriente cayó y se empezaron a devolver cheques.

-Incluso el Banco desvió fondos que debía verter en la cuenta corriente de Los Surcos S.R.L. a otra cuenta interna del Banco y los destinó en parte a cancelar operaciones no vencidas, modificando la operativa habitual entre las empresas y las condiciones de los contratos, sin preaviso ninguno. Tal incumplimiento contractual produjo la ruptura de la relación y los graves daños y perjuicios cuyo resarcimiento se reclama en autos, todo lo que resultó acreditado en el peritaje.

-Si se hubiera depositado como era habitual en la dinámica contractual en la cuenta de Bandes, no sólo se hubieran cubierto los sobregiros, sino que además el Banco podría haber aplicado dichos fondos para la cancelación de los vales.

-Ningún contrato autorizaba al Banco por máxima administración de recursos de la empresa que ostentara, a cancelar operaciones no vencidas, por anticipado. Todos los contratos de cuentas corrientes, apertura de línea de crédito, garantía solidaria e hipotecaria que enmarcaron la relación comercial, absolutamente todos, autorizaban solamente a cancelar operaciones vencidas, vale decir deudas, no otro tipo de operaciones, como lo había hecho el Banco.

-Las conclusiones de las declaraciones periciales eran categóricas. Sin embargo, el fallo de segunda instancia soslayó la esencia y conclusión del peritaje, y tomó en cuenta algunos aspectos puntuales y controvertidos del peritaje, como lo fue la oposición pasiva y el sobregiro, que el propio perito se encargó de restarle importancia.

-La Sala concluyó que el Banco no estaba obligado a financiar sobregiros, solución que no se comparte, cuando en realidad, de la ampliación de la pericia efectuada, surgía palmariamente que el sobregiro no era tal, era insignificante e inexistente.

-El propio perito consignó que si la situación fuera grave de ninguna manera se habría – dos meses antes de los hechos en cuestión- elevado la línea de crédito de U\$S150.000 a U\$S200.000. Como bien indicó el perito, todo parece resultar de la difícil o grave situación deficitaria del Banco Bandes, que cerró su ejercicio en ese mismo momento con importantes pérdidas económicas, modificando así los criterios de gestión.

-Además de haber desconocido el peritaje, la Sede no tomó en cuenta la calificada opinión del Gerente Assanelli (fs. 537) quien fue coincidente con los testimonios de la Contadora Bereta (profesional externa) y con todas las descripciones del peritaje, quienes coincidieron en el sentido de demostrar que en la especie fue el Banco el que incumplió modificando como dijo el perito el protocolo comercial habitual.

-El “ad quem” aplicó erróneamente las normas que regulan la responsabilidad contractual, los efectos y la interpretación de los contratos, arts. 218, 221 del Código del Comercio, arts. 1291, 1297, 1341, 1497 y 1499 del Código Civil y concordantes del Código del Comercio.

-Ninguna cláusula contractual autorizaba la cancelación de operaciones no vencidas con el remanente de los recursos de la empresa como se hizo. El Tribunal aceptó tal potestad, sin embargo, ninguna cláusula legitimaba tal actitud e interpretación.

-La Sala, también se equivocó al expresar que en determinado momento, hubo reiterados avisos que se suspendería la relación, que se dejaría sin efecto el contrato en línea de crédito o el de cuenta corriente, por cuanto ello no fue así. No hubo prueba en todo el proceso de un preaviso, salvo los dichos de la parte demandada, nada más.

-En definitiva, la recurrente solicitó que se procediera a casar el fallo recurrido y en su lugar se hiciera lugar a la demanda promovida (fs. 802-821).

III.-Que la parte demandada al evacuar el traslado del recurso solicitó el mantenimiento de la impugnada (fs. 824-834).

IV.-Que previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en forma legal.

CONSIDERANDO QUE:

I.-La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus miembros, hará lugar al recurso deducido y, en su mérito confirmará el pronunciamiento de primera instancia, salvo en cuanto a la condena en carácter de pérdida de chance, la que se estima en un 15%.

II.-Con carácter previo, manteniendo la posición adoptada en otras oportunidades por la Corporación, corresponde relevar con respecto a la interpretación de los contratos, que es jurisprudencia constante de la Corporación que ésta constituye "quaestio iuris", por lo que es pasible de revisión en etapa casatoria (Sentencias Nos. 54/95, 56/93, 141/98, 98/04, 184/05, 127/09, 216, 13 y 247/13, entre otras).

Como lo ha sostenido la Corte, las cláusulas que conforman los contratos, son normas jurídicas en la medida que conforme a la regla que consagran los arts. 209 del Código de Comercio y 1.291 del Código Civil (principio de asimilación del contrato a la Ley), constituyen normas que vinculan a las partes como la Ley misma. También se entiende que es cuestión de Derecho, como es obvio, todo lo relativo a la interpretación de los contratos, señalándose que dicho negocio jurídico crea normas jurídicas, por lo que la sentencia es revisable en casación (E. Vescovi, "El recurso de casación", nota 25, pág. 70); (ver entre otras, Sentencias de la Corporación Nos. 250/85; 327/85; 31/91; 388/04, 115/07).

En estos términos y en función de los agravios formulados por la recurrente, corresponde determinar si el Tribunal incurrió en errónea interpretación de las normas vinculadas al incumplimiento contractual y de la prueba, básicamente a la prueba pericial producida en autos.

III.-La Sala revocó la sentencia de primera instancia, postulando que existió un claro incumplimiento de la parte actora que justificó las medidas adoptadas por la demandada de clausurar la cuenta ya que nada la obligaba a seguir manteniendo un sobregiro que claramente violaba lo dispuesto contractualmente (fs. 793).

En primer lugar, cabe relevar que contrariamente a lo interpretado por la Sala, la mayoría que conforma este pronunciamiento, no participa de dicho criterio, por el contrario se defiere con el "ad quem" en que la suspensión de la línea de crédito otorgada, se encontraba plenamente justificada, conforme a los parámetros de los contratos celebrados entre las partes.

En efecto, corresponde mencionar que, sin perjuicio que la relación comercial no estaba regulada expresamente en los contratos que vinculaban a las partes, en la especie importa entender el acuerdo o modelo de gestión y a la forma de proceder que ambas partes habían asumido durante los 15 años de relacionamiento comercial. Pues atendiendo a ello, era de esperarse que se siguiera aplicando el Protocolo Comercial habitual, en función del principio de buena fe que debe regir en este tipo de relaciones, que suelen basarse en la confianza que genera la entidad por un lado y el cliente que opera con ésta por otro.

En este punto, se comparte el análisis realizado en primera instancia, cuando se señaló que el actor acreditó que el cambio que realizó la demandada sin justificación ni previo aviso, fue

ilícito, al surgir de una interpretación contextual del contrato que se había pactado la obligación de comunicar, con la debida antelación, la rescisión del contrato de línea de crédito, circunstancia que al no surgir del cúmulo probatorio, no habilita a eximir de responsabilidad al demandado.

En relación al contenido normativo negocial que vinculaba a las partes, resulta trasladable a la causa, lo indicado por la Corte en Sentencia No. 168/03, cuando citando al Profesor Blengio expresó que: "... el contrato, que es la manifestación por excelencia de la autonomía privada, el reconocimiento a la fuerza vinculante asignada a la norma creada por el acuerdo de voluntades, tiene una emblemática asimilación a otra especie normativa, de rango superior a la que está subordinada: la Ley (art. 1.291 C.C.). El conjunto de normas ordenativas referentes al contrato como fuente de efectos jurídicos, permite inferir que las mismas se estructuran en primer lugar en torno a diversas manifestaciones del principio de libertad: decidir si se contrata o no, elegir el tipo negocial y al cocontratante y de determinar el contenido de la autorregulación".

En segundo lugar: "que esa libertad no es omnímoda por cuanto...la autonomía, es decir la potestad de crear normas jurídicas a través del acuerdo de voluntades, es admitida dentro de ciertos márgenes...".

Y más adelante agrega que será necesario "que tal acuerdo de voluntades se ajuste a las previsiones de la Ley entre las que tienen especial relevancia las referidas al objeto, la causa y las denominadas cláusulas generales como las del orden público, buenas costumbres, buena fe... no sólo en base a las normas del Código, sino la globalidad del ordenamiento, y en primer lugar las disposiciones constitucionales (La autonomía de la voluntad y sus límites, A.D.C.U. t. 27, págs. 396, 397)".

Trasladando tales expresiones al caso de autos, como surge del análisis que practicara la "a quo", de los contratos agregados en autos se desprende que la línea de crédito garantizada con la cesión de crédito en el año 2001 ascendía a U\$S50.000, la que fue ampliada en el año 2009 a U\$S150.000 y luego a U\$S200.000, surgiendo asimismo de los referidos documentos que la rescisión del contrato debía ser previamente notificada a su co-contratante.

Asimismo de la cláusula décimoprimer del contrato de cesión de crédito surge que la parte demandada se obligaba a devolver a la actora el monto de los créditos cedidos que excedan la suma que la cedida adeudara (fs. 66), y en la modificación y ampliación de la cesión de crédito, en la cláusula décima se desprende que como Bandes podía autorizar la reutilización del crédito, el contrato era válido mientras no se notificara por escrito lo contrario (fs. 32 y 33, y 125 a 128).

En igual sentido, del instrumento que documenta la cesión de créditos (fs. 120-124) al regular la posible compensación de los saldos de la cuenta corriente con las deudas exigibles a

cargo de cualquiera de los titulares, se estableció el preaviso como medio válido de notificación entre los contratantes.

En este orden, del informe pericial obrante en autos, coincidente con las declaraciones testimoniales de la contadora externa de la actora, así como el gerente de la demandada de la sucursal Colón, se desprende que el importe de las facturas de Tienda Inglesa no era utilizado en un 100% para cancelar deudas existentes entre actora y demandada, sino que su mayoría era acreditado en la cuenta corriente de la actora para que hiciera frente a las obligaciones vencidas y gastos de funcionamiento de la empresa.

Asimismo, se desprende de autos que la demandada habitualmente descontaba los importes de las facturas acreditando, antes que fueran cobradas, en principio el 90% y luego el 80% en la cuenta corriente de la actora a fin de proveerle disponibilidad de dinero, suscribiéndose un vale y cuando la factura era efectivamente cobrada, se cancelaba con un 10% al inicio y luego con un 20%, liquidándose intereses y depositándose el saldo en su cuenta corriente.

En definitiva, el Tribunal incurrió en errónea aplicación de los arts. 1.291 y 1.297 del Código Civil, al comprobarse que la demandada se apartó de las normas contractuales, que son Ley entre las partes y, en ese marco de incumplimiento atendiendo a la dependencia financiera de la actora es que se provocó el daño reclamado por la empresa Surcos S.R.L.

A su vez, de acuerdo a lo estatuido por el art. 1.298 del Código Civil, la voluntad de los contrayentes habrá de tenerse en cuenta, pero en conexión lógica con lo que resulte del contenido de las obligaciones del contrato, el cual surgirá, no solamente de lo pactado por las partes en los contratos, sino también de los hechos posteriores de los contrayentes (art. 1.301 del Código Civil).

Como se señaló en Sentencia No. 115/07: "El art. 1.301 del C. Civil admite tomar en cuenta los hechos posteriores al acuerdo debatido, ejecutados por las partes, para la reconstrucción de sus comunes intenciones, pero nada impide que también se acuda a las circunstancias fácticas anteriores, orientadas en el mismo sentido (Cfme. Gamarra, ob. cit., pág. 223)".

Y al respecto, resulta relevante que al contestar la demanda (fs. 298), el demandado señaló que en determinados sobregiros producidos en forma esporádica, el Banco se limitó a pagar con fondos propios cheques librados contra la cuenta, a fin de evitar que el cliente padeciera las consecuencias negativas de la devolución de éstos por falta de fondos.

Por ello, en ese contexto resulta claro que si bien contractualmente la cuenta corriente de Los Surcos S.R.L. no contaba con autorización para girar en descubierto, lo cierto es que en alguna oportunidad ello sucedió y fue contemplado por el propio Banco.

Elementos de convicción que corresponde analizar conjuntamente con otros extremos que surgen de autos relativos a los hechos posteriores de los contrayentes que permiten esclarecer, conforme señalamos anteriormente, cual fue la común intención de las partes al respecto.

Así, como lo señalara la “a quo” a fs. 707 vto., tal operativa comercial fue manifestada por la parte actora y admitida por la demandada cuando afirmó que el Banco procuró durante el tiempo en que se desarrolló la relación comercial un justo equilibrio liberando los importes cedidos en cuanto excedieron lo necesario para cancelar las obligaciones vencidas.

Por lo que cabe concluir, como se señalara en el pronunciamiento citado “ut supra” que: “La posición contraria supondría desatender la pauta interpretativa prevista por el art. 1.301 C. Civil, sin tener en cuenta que el conjunto de actos realizados por las partes en ejecución del tipo contractual posee un indudable valor como medio hermenéutico, en razón de lo que podría denominarse un principio de coherencia y de continuidad en la voluntad contractual, en la fase de conclusión y en la fase de ejecución del contrato”(Cfme. Díez Picazo - cita de Rodríguez Russo, ob. cit., pág. 201).

Ahora bien, resulta significativa la conducta adoptada por la demandada quien admitió y resultó corroborado en autos, que en enero de 2010 varió la forma en que se desarrolló el vínculo comercial con la actora, modificando su forma de actuar respecto del crédito cedido por la promotora, sin preaviso que le permitiera adoptar los recaudos necesarios para poder seguir funcionando, y sin que hubiera existido un cambio trascendente en la situación económica financiera de la actora que determinara tal proceder.

De allí que se compartan las conclusiones a las que arribó la sentenciante de primer grado, cuando afirmó que: “...sin perjuicio que del contrato de cesión de crédito surge que es global por los créditos presentes y futuros que la actora tenga contra Tienda Inglesa por tiempo indeterminado, es claro que la verdadera intención de la partes era que sólo una parte de ese crédito iba a ser utilizado en beneficio de la demandada para cancelar adeudos de la actora (los vencidos) mientras que el excedente que era mayor del importe cobrado, beneficiaba a la actora” (fs. 709 vto.).

De conformidad a lo expuesto, asistiéndole razón a la impugnante corresponde recibir el recurso de casación interpuesto y anular la recurrida en los aspectos concretos de agravios, confirmándose el fallo de primer grado.

IV.-En cuanto a la alegada errónea valoración de la prueba y en especial a la prueba pericial producida en autos, cabe recordar que la Corte en Sentencia No. 374/2012, remitiéndose a un fallo anterior, señaló que: “Como decidió la Corporación en Sentencia No. 47/08 en relación

a la prueba pericial: 'la adopción por el Tribunal de las conclusiones periciales, no requiere en nuestro ordenamiento fundamentación ulterior, como sí lo impone, en cambio, el apartamiento (art. 184 C.G.P.), más aun cuando, como en el subexamine, la pericia en cuestión no fue objeto de oportuna impugnación o crítica de parte (Cf. Código General del Proceso, obra colectiva dirigida por el Prof. Vescovi, T. 5, 1998, pág. 357)'.

Si el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel" (Cf. Sentencia No. 352/04).

Así también ha expresado la doctrina procesalista vernácula, al estudiar el tema de la valoración de la prueba pericial.

El profesor Tarigo señaló: "El Tribunal deberá tomar en consideración al valorar la pericia, la competencia de los peritos, la unidad o disconformidad de sus opiniones, los principios técnicos o científicos en que se funda el dictamen, la concordancia de su aplicación con las reglas de la lógica y de experiencia de la sana crítica, y los resultados de los restantes medios de prueba producidos en el proceso. El Tribunal no puede, desde luego, guiarse por su sola convicción, debiendo por el contrario, y tal como lo exige expresamente el art. 184, expresar en la sentencia las razones en que se ha fundado para apartarse del dictamen pericial si así hubiera acontecido" (Cf. Lecciones de Derecho Procesal Civil, T. II, Ed. 1994, pág. 116).

En el mismo sentido, el Prof. Cardinal indicó: "...puede sostenerse entonces que, en el caso de divergencia entre el criterio del juzgador y del perito el primero debe, fundadamente, explicitar los motivos de apartamiento del dictamen en base al resto de las probanzas diligenciadas en el proceso o en reglas de razonamiento propias de la ciencia, arte o técnica propias del experto, añadiendo en referencia al apartamiento del dictamen que, debe tenerse presente las posibilidades de apartamiento basadas en razones de mérito al examinar el contenido del dictamen. Primeramente, el Tribunal puede justificarlo en errores sea en la práctica de la prueba que hacen que el experimento carezca de eficacia para el caso concreto, sea en errores de razonamiento que lleven a una conclusión reñida con la lógica o el normal modo de acontecer...".

Una segunda posibilidad es aquella en la cual el Tribunal, en mérito al resto de las probanzas diligenciadas entiende incompatible la conclusión del experto con los hechos tenidos por acreditados según el cúmulo probatorio; en tal caso, la fundamentación del apartamiento se encuentra en tal circunstancia, que el decisor debe analizar en su sentencia; precisando en sus conclusiones que: "salvo el caso de inexistencia de impugnación o crítica al dictamen -en el cual el Tribunal puede simplemente fundarse en el mismo para tener por probado el hecho objeto de

pericia-, siempre que en la valoración del mismo el juzgador comparta o se aparte de sus conclusiones, debe fundamentar su posición respecto de su eficacia convictiva”(Cf. R.U.D.P. No. 4, 1996, pág. 641 y ss.).

Pero además, como bien se indicó en primera instancia, correspondía a la parte actora probar su pretensión, es decir, que el Banco Bandes cambió sin justificación alguna ni preaviso, el desarrollo de la relación comercial, lo que se tuvo por acreditado en dicha instancia, pero no así por la Sala, quién entendió justificada la supresión de la línea de crédito otorgada, cuando de la prueba pericial producida “...surge plenamente acreditado que al 8/1/2010 la actora superaba el límite de crédito otorgado por Bandes en un 9,43% más de sus garantías otorgadas a fecha 8 de enero del 2010 (fs. 575)...” (fs. 793).

Cuando en rigor, el informe pericial corroboró lo consignado por la actora, en el sentido que sin previo aviso, Bandes no vertió a la cuenta corriente el importe habitual de las facturas de Tienda Inglesa (80%) y luego, una vez efectuados los depósitos por parte de la actora, los destinó a pagar vales que aún no estaban vencidos, lo que no era la práctica habitual que venía ejerciendo el Banco.

Tampoco se puede dejar de apreciar lo manifestado por el perito en la ampliación en el sentido que si Bandes el 8 de enero hubiera depositado en cuenta corriente de Surcos S.R.L. el 80% del importe de las facturas de Tienda Inglesa (como era lo habitual), la empresa igualmente hubiera estado en sobregiro, aunque claro está por un monto sensiblemente menor, en vez de un sobregiro de \$686.466,06 hubiera sido de \$16.871,31 cifra que, dada la operativa comercial y comparada con otros sobregiros mantenidos en otras oportunidades, resultaba insignificante (fs. 297 vto.).

Pero ello no fue así en tanto quedó demostrado, a través de la pericia practicada, que en enero de 2010 Bandes cambió de forma de proceder y sin previo aviso, lo que acredita que incurrió en responsabilidad por no actuar de acuerdo a la conducta esperada, ni de buena fe.

V.-En consecuencia de lo anterior, corresponde establecer la condena objeto del referido pronunciamiento.

Como surge de la causa, la promotora solicitó la resolución del contrato de apertura de cuenta bancaria, de concesión de línea de crédito de descuento de facturas contra cesión de créditos y garantía, sus ampliaciones y modificaciones. Además, solicitó se condenara al Banco el pago de los daños y perjuicios ocasionados a la empresa, lo que estimó en la suma de \$36.798.817,00 (fs. 95).

Como lo indicó la Corte en Sentencia No. 452/2013: “La llamada pérdida de chance no es un rubro específico del daño reparable sino que se estudia en los caracteres del perjuicio (debe ser personal, lícito, cierto y directo), esto es, cuando se analiza la debida certidumbre. El elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una chance presenta los caracteres de directo y cierto cada vez que está constatada la desaparición de la probabilidad de un acontecimiento favorable aunque, por definición, la realización de una chance no es jamás cierta. Se ha dicho que la pérdida de chance se ubica entre el perjuicio cierto y el eventual; como el primero y a diferencia del segundo, es reparable. No se limita a un perjuicio personal, puede configurarse en materia de reparación del daño a los bienes; así, a título de ejemplo la jurisprudencia toma en consideración la pérdida de chance de ganancias que representará la conclusión de un contrato (V. Chartier, Ives, ‘La réparation du préjudice’, Ed. Dalloz, París, 1996, pág. 14)”.

En la especie, se coincide con el pronunciamiento de primera instancia, cuando se entiende que ante la ausencia de elementos suficientes para evaluar la cuantificación de los daños y perjuicios, cabe diferir a la vía del art. 378 del C.G.P., debiéndose tomar como parámetro el valor venal de la empresa a cuyos efectos se atenderá a los balances que surgen de autos.

Sin embargo, se disiente con la misma en lo que refiere a los parámetros a tener en cuenta al momento de la estimación de la pérdida de chance, es decir, atender a cual hubiera sido la chance que obtendría la empresa de seguir funcionando, si el demandado hubiera avisado con un tiempo razonable el cambio de las condiciones del relacionamiento o culminación de la misma.

En la medida que quedó acreditado en la causa que la demandada no dio preaviso alguno, se estima que a los efectos de la apreciación de la chance pérdida, lo que realmente cabe establecer es si, en caso de haber obtenido dicho preaviso, hubiera podido evitarse el denunciado desmantelamiento de la empresa.

Y al respecto, resulta del informe del perito designado en autos, quién señaló que: “...se conoce a ciencia cierta que tiene absolutamente todas las garantías, desde empresariales a personales otorgadas al Banco, sin que tenga posibilidades de cambiarse de institución financiera y poder seguir su actividad normalmente...” (fs. 591).

Así, teniendo en cuenta el informe del perito, y los demás elementos que surgen de autos evidencian que la empresa venía ampliando su crédito lo que si bien demuestra la confianza que tenía el Banco en su cliente y la conformidad con las garantías que le otorgaba, ello también es indicador que estaba necesitando cada vez más liquidez para su giro diario a efectos de pagar a sus proveedores.

Lo que conduce a entender que si la demandada le hubiera otorgado un preaviso de por lo menos 90 días -teniendo en cuenta la operativa comercial que se extendió por años-, las posibilidades que hubiera tenido la accionante para hacer frente a las nuevas condiciones impuestas por la accionada, o de recurrir a otras formas o fuentes de financiación que le hubieran permitido continuar con el giro comercial. Al tratarse de una operativa comercial importante y que venía de años atrás, se estima prudente y razonable fijar el quantum de la pérdida de la chance en un 15%.

VI. -Las costas se deberán abonar en el orden causado.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría

FALLA:

CASASE LA SENTENCIA RECURRIDA Y, EN SU MERITO CONFIRMASE EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA, SALVO EN LO QUE HACE A LA PERDIDA DE CHANCE, QUE SE ESTIMA EN UN 15%, SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL.

PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUELVA.

DR. JORGE CHEDIAK DISCORDE:¹ Por cuanto entiendo corresponde desestimar el recurso de casación movilizad, sin especial condenación, por los siguientes fundamentos:

I) Surge del libelo introductorio que la actora promovió demanda pretendiendo el cobro de los daños y perjuicios que sostiene le fueron causados como consecuencia de incumplimientos de orden contractual en que habría incurrido la accionada.

Así, sostiene que el Banco Bandes Uruguay S.A. incumplió la ejecución del contrato de línea de crédito, no cubrió la cuenta corriente, no la proveyó de fondos, a pesar de las sólidas garantías reales, personales y cesión del cien por ciento de toda la cobranza de sus clientes, estando la empresa autorizada a sobregirar.

En definitiva, reclama se declare la resolución de los contratos de apertura de cuenta corriente bancaria, de concesión de línea de crédito de descuento de facturas contra cesión de crédito en garantía, sus ampliaciones y modificaciones, por incumplimiento culpable del demandado y se le condene a reparar el daño ocasionado por su incumplimiento contractual que sostiene: "...no es otro que el monto correspondiente al valor unitario, valor llave de la empresa que se desmanteló, desarticuló, y dejó de existir en el mercado por la culpa de la conducta civil del

¹ Por aspectos formales relativos al agravio fincado en el apartamiento de las conclusiones periciales.

demandado, es decir que se reclama por concepto de daños y perjuicios que se indemnice la cantidad de \$36.798.817,00... monto resultante de la tasación de la empresa..." (fs. 90 vto.).

II) A los efectos de la dilucidación de lo debatido en la causa, deviene imprescindible considerar los múltiples contratos que vincularon a las partes.

a) "GARANTIA HIPOTECARIA" del 30/XII/1997, por la que se confiere una línea de crédito (fs. 107/113) y su "AMPLIACION DE CREDITO HIPOTECARIO" del 1/XII/1998 (fs. 103/106).

Surge de ambos documentos que la línea de crédito fue concedida "...para ser utilizado en una sola vez o en varias operaciones como ser: préstamos, adelantos, vales, títulos valores en general, tarjetas de crédito, descuentos de documentos, créditos documentarios, financiación de exportaciones, fianzas, avales y/o garantías concedidas u otorgadas por COFAC, o cualquier otra operación del tipo que sea, por la que ésta deviniera acreedora" (fs. 103 vto. y 107 vto.).

En la cláusula CUARTO del contrato de garantía hipotecaria suscrito en 1997 (aplicable a la ampliación de 1998, en virtud de lo dispuesto en su cláusula TERCERO, fs. 104 vto.): "Los plazos acordados para la restitución de los importes adeudados y sus intereses, caducarán de pleno derecho, haciendo exigible automáticamente la hipoteca, en caso de configurarse cualquiera de las siguientes circunstancias: a) incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el presente contrato..." (fs. 109).

b) Contrato de "CESION DE CREDITOS" del 22/II/2001, por el cual las partes acordaron una línea de crédito hasta la suma de U\$S 50.000 y como contrapartida la actora cedió "...toda la facturación que le hacen a TIENDA INGLESА, hasta la cancelación definitiva de los préstamos que la firma mantiene con COFAC" (fs. 66).

Corresponde tener presente que dicha línea de crédito fue sucesivamente ampliada hasta llegar a la suma de U\$S200.000, conforme surge de los documentos incorporados en fs. 125/126 vto. ("Ampliación y modificación de cesión de crédito en garantía", del 10/VI/2009) y fs. 132/134 ("Cesión de crédito en garantía", del 23/X/2009).

Del último de los documentos referidos surge que: "Las partes convienen expresamente que: a) la línea de crédito relacionada en la cláusula primera puede ser cancelada o disminuida en cuanto al monto en cualquier momento por BANDES URUGUAY sin expresión de causa y sin que tal decisión genere derechos a indemnización de daños y perjuicios de ninguna naturaleza a favor del cedente; b) operará la mora de pleno derecho..." (fs. 133 vto.).

c) "Contrato de apertura de cuenta corriente bancaria", agregado en fs. 120/124. De este contrato surge en su punto 3.2 lit. c que el titular de la cuenta corriente deberá "proveer de fondos

a la cuenta, en cantidad suficiente para atender puntualmente todos los pagos que deba efectuarse contra la misma. De no mediar previa autorización expresa y por escrito de COFAC, no se podrán girar cheques ni emitir órdenes de pago contra la cuenta en descubierto, y si se hace, COFAC no los pagará...” (fs. 120).

III) En ese marco contractual, corresponde ingresar al estudio de los agravios expresados por el actor al recurrir en casación.

En primer lugar, se agravia el recurrente por entender que la Sala se aparta, sin fundamento, de las conclusiones a que arribó el Sr. Perito en su informe que luce incorporado en fs. 567 a 594 y su ampliación (fs. 614 a 622).

En este orden sostiene el impugnante que “...se ha incurrido en error al aplicar el art. 184 del C.G.P., de acuerdo a las reglas del art. 140 del C.G.P., por cuanto las conclusiones del peritaje dispuesto de oficio por la Sede, han sido objeto de apartamiento por parte del Tribunal, sin consignarse fundamento de carácter técnico para ello, por lo que no se aplicó la regla de la sana crítica, art. 140 del C.G.P.... de manera que se obvió el resultado y conclusión del referido peritaje, interpretándolo fuera de contexto” (fs. 802 vto.).

No comparto lo expresado por el impugnante, en la medida que no advierto que la Sala hubiere efectuado una errónea valoración de las probanzas obrantes en autos sino que la decisión adoptada resultó acorde a la pericia realizada, no pudiendo afirmarse que haya trasgredido lo dispuesto por el art. 184 del C.G.P. en tanto no se apartó de los dictámenes técnicos obrantes en autos, sino que la decisión resultó acorde a los mismos. Es más, basta la lectura de la atacada para comprobar que en ella se refiere en múltiples ocasiones al peritaje y en él se apoya la fundamentación de la Sala.

Véase que el razonamiento en que se sustenta el fallo de segundo grado se apoya en lo siguiente:

-“...de un examen de la prueba pericial producida surge plenamente acreditado que al 8/1/2010 la actora superaba el límite de crédito otorgado por Bandes en un 9,43% más de sus garantías otorgadas a fecha 8 de enero del 2010 (fs. 575).

El sobregiro de la empresa Surcos se ubicaría en \$312.950,85 pagando todos los cheques devueltos y los pasivos que se debían a Bandes en ese momento (fs. 577)” (fs. 793).

-“...en la especie surge de la pericia practicada que el endeudamiento de la actora excedió el límite de crédito previsto contractualmente, lo que produjo un desequilibrio de la ecuación financiera del contrato y por ende de las contraprestaciones asumidas por la demandada” (fs. 794).

-“Cabe señalar que no existe a juicio de la Sala bases ciertas que permitan inferir que el sobregiro de mención podría haberse levantado con la presentación de nuevas facturas aportadas por el normal y diario funcionamiento de la empresa (fs. 577), ya que el perito afirma tal circunstancia en forma especulativa o condicional, sin aportar datos concretos que determine que tal extremo podía verificarse.

(...)

Es más como afirma el Cr. Nelson Chicurel, en la ampliación de pericia que le fuera solicitada, aún en el caso de que el banco hubiese depositado \$686.466,06 la promotora hubiera seguido estando en sobregiro, aunque por una cifra exigua (\$16.871,31). Al 5/1/2010 la empresa ya tenía tomada la totalidad del crédito concedido y estaba empleando fondos dados por el banco por encima de la línea de crédito. En efecto si el banco hubiera adelantado el 80% de las facturas de Tienda Inglesa igualmente la posición pasiva de la actora iba a ser la misma, se cancelaría el sobregiro pero se estaría utilizando créditos por encima de la línea concedida en un 9,43%, lo que conlleva a que la demandada haya puesto fondos propios para cancelar las obligaciones correspondientes” (fs. 795/796).

-“Con relación a que la demandada se habría quedado indebidamente con pagos que no acreditó a la cuenta corriente, el perito fue concluyente sosteniendo que el importe correspondiente a los giros últimos de Tienda Inglesa del 18/1/2010 y 2/2/2010 fue aplicado a diferentes vales que la empresa actora firmó anteriormente con Bandes (fs. 580). En esos meses de enero y febrero vencían algunos vales, por lo que Bandes imputa ese pago de Tienda Inglesa a su cancelación, y por ello es que no lo acredita en la cuenta corriente. Bandes no estaba obligada a imputar esos importes a la cuenta corriente si tenía otros créditos para cobrarle al mismo deudor (ver cláusulas 4o. y 5o. de la ampliación y modificación de hipoteca, fs. 124 v./125, entre otras).

Del informe pericial se desprende que la empresa, aún pagando todos los vales, tiene cheques devueltos contra su cuenta por la suma de \$9.282.958,60 (fs. 591 y 593), de los cuales considera que sólo podría abonar \$1.565.594, restando cheques impagos por U\$S7.717.064 (ampliación pericial, fs. 622). No asegura enfáticamente que la actora hubiera abonado ni ésta ni aquella cifra permaneciendo aún en actividad y en plena zafra” (fs. 796/797).

-“Adviértase que según surge del informe pericial la actora había tenido que recurrir a préstamos particulares para paliar la situación (depósito de \$772.000 proveniente de un préstamo particular no bancario a la empresa por U\$S 40.000 (fs. 619), lo que hace suponer que carecía de fondos propios o genuinos para seguir operando. Por otra parte de la propia demanda surge que

la rentabilidad de la empresa es de entre el 8% y el 12%, monto al que debe restársele gastos y amortizaciones (fs. 72); es decir que el margen de utilidad era, entonces, escaso” (fs. 797/798).

Como viene de verse, lejos de apartarse de las conclusiones del Sr. Perito, la Sala sustentó la impugnada en los datos que surgen del informe pericial y su ampliación, lo cual le permitió concluir expresando –en términos compartibles- que: “...existió un claro incumplimiento de la parte actora que justificó las medidas adoptadas por la demandada. Las reglas de la sana crítica, indican que ningún prestamista público ni privado hubiera persistido en seguir asistiendo un emprendimiento que no mostraba señales claras de recuperación (no emerge de autos cómo la actora pensaba pagar esos U\$S500.000 a los tenedores de cheques)”.

De lo anterior, surge claro que la Sala no se apartó de las conclusiones del peritaje y, en mi entender, en la interpretación del mismo bajo ninguna forma conculcó la Sala las reglas de la sana crítica.

Las conclusiones a que arriba el Tribunal en cuanto entiende acreditado que “...existió un claro incumplimiento de la parte actora que justificó las medidas adoptadas por la demandada”, puede ser a lo sumo opinable, pero bajo ninguna óptica deriva de una valoración irracional o absurda del material probatorio, ésto es que dicha prueba “...no admita otra apreciación que la que precisamente le negó el sentenciador contra la evidencia, porque si existe otra siquiera... no es posible el error de hecho en casación...” (Hernando Morales Molina, "Técnica de Casación Civil", pág. 157). Por consecuencia, la valoración probatoria realizada por el Tribunal no vulnera las reglas legales de la sana crítica.

IV) En lo demás, el recurrente señala que la Sala aplicó erróneamente lo dispuesto en los artículos 218 y 221 del Código de Comercio y artículos 1291, 1297, 1341, 1497 y 1499 y concordantes del Código Civil.

En este orden, entiendo que más allá de la denuncia de infracción de dichas normas, el recurrente no explica los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, por lo que a su respecto incumple con la carga impuesta por el artículo 273 nal. 2 del Código General del Proceso, lo que de por sí es suficiente para desestimar el agravio.

Es más, a poco que se estudie este agravio puede comprobarse que en realidad la actora vuelve a cuestionar la valoración probatoria de la Sala. Así, a modo de ejemplo sostiene: “De cualquier manera, el tema del sobregiro fue laudado por el perito...” (fs. 814), “Esto es lo que interpreta como se dijo el Señor Perito...” (fs. 815), “...esto lo advirtió el perito el incumplimiento de la cláusula 7a....” (fs. 815 vto.), “Estas son las conclusiones de la señora juez contestes con el peritaje y demás elementos que surgen de autos” (fs. 817 vto.), etc.

Por todo lo anterior, entiendo corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto, sin especial condenación.

DR. JULIO CESAR CHALAR DISCORDE: A mi juicio corresponde desestimar el recurso interpuesto, conforme los siguientes argumentos.

I)La parte actora, LOS SURCOS S.R.L., promovió proceso ordinario contra BANCO BANDES S.A., peticionando la resolución de los contratos de cuenta corriente bancaria, de línea de crédito “de descuento de facturas contra cesión de crédito en garantía” por incumplimiento del demandado, condenándolo al pago de los daños y perjuicios ocasionados por pérdida de la empresa, equivalentes a su valor llave, que conforme tasación agregada con la demanda sería de \$ 36.798.817, más ilíquidos.

La demanda se amparó parcialmente en primera instancia. En segunda instancia se revocó el fallo de primera instancia, desestimándose in totum la demanda, por entenderse que no existió incumplimiento alguno de la parte demandada.

Entiendo que el recurso de casación interpuesto por la parte actora debe ser desestimado, por no ser de recibo los agravios esgrimidos contra la sentencia de segunda instancia impugnada, conforme los argumentos que siguen. Salvo en lo expresado seguidamente, comparto los argumentos de la Sala.

II)Las obligaciones que se pretenden incumplidas. Cabe partir de señalar que la parte actora basa su caso en el supuesto incumplimiento contractual en que habría incurrido la parte demandada. Dicho incumplimiento se resume en la demanda en estos términos:

“ENTRE LOS MESES DE DICIEMBRE DE 2009 Y ENERO DEL CORRIENTE 2010, EL DEMANDADO BANCO BANDES URUGUAY S.A., SIN NINGUN ARGUMENTO JURIDICO VALIDO... DECIDIO RESOLVER (rescindir) UNILATERALMENTE, SIN PREAVISO, Y SIN NINGUN ESCRUPULO, LOS CONTRATOS DE LINEAS DE CREDITO CONCEDIDAS CONTRA DESCUENTOS DE FACTURAS Y FACTORING CON TIENDA INGLESА, INTERRUMPIO LA ASISTENCIA (sobregiro) A LA CUENTA CORRIENTE DE LOS SURCOS EN PLENA ZAFRA” (fs. 70).

“SE APROPIO DE DINERO AJENO APLICANDOLO A CANCELAR OPERACIONES NO VENCIDAS...” (fs. 75 vto.).

A efectos de clarificar el planteo de la cuestión, la parte actora afirma que la demandada Banco Bandes Uruguay S.A., había asumido ciertas obligaciones que fueron incumplidas. Las obligaciones asumidas serían según la parte actora:

1)Obligación de cubrir los sobregiros de la cuenta corriente bancaria de Los Surcos S.R.L. en Banco Acac.

2)Ante la presentación de facturas conformadas por Henderson & Cia. S.A. (Tienda Inglesa), obligación de proporcionar fondos equivalentes al 80% del importe de la factura, mediante préstamo.

3)Obligación de afectar en garantía de las líneas de crédito existentes los importes cobrados por pago de facturas emitidas por Los Surcos S.R.L. a Henderson & Cia. S.A.

III)Las obligaciones asumidas por las partes. Por otra parte, en la medida que se promueve un proceso por responsabilidad contractual, debemos determinar las obligaciones emergentes de los contratos que vincularon a las partes.

Así, en lo relevante para el caso, encontramos básicamente dos contratos de apertura de línea de crédito (uno con garantía hipotecaria, el otro garantizado con la cesión de facturas conformadas por Henderson & Cia. S.A. (Tienda Inglesa), y un contrato de cuenta corriente bancaria. Describo los principales caracteres de esos contratos:

a)Contrato de línea de crédito, con garantía hipotecaria, de fecha 30 de diciembre de 1997, ampliado, el 1o. de diciembre de 1998, por hasta US\$39.840. Esta línea de crédito, y su ampliación, se otorga “para ser utilizado en una sola vez, o en varias operaciones como ser: préstamos, adelantos, vales, títulos valores en general, tarjetas de crédito, créditos documentarios... o cualquier otra operación del tipo que sea, por la que ésta [la institución financiera] deviniera acreedora... Las operaciones se documentarán en cada caso conforme lo disponen las normas legales, reglamentarias o internas de COFAC, rigiendo los plazos y condiciones de reembolso... que se establezcan en los correspondientes documentos. En caso de que no resultaren de los mismos, las obligaciones se reputarán exigibles, a los diez días de su fecha...” (Cláusula PRIMERO, a fs. 107 y vto., y 103 y vto.). La cláusula CUARTO del primer contrato referido (fs. 109) establece: “Los plazos acordados para la restitución de los importes adeudados y sus intereses, caducarán de pleno derecho, haciendo exigible automáticamente la hipoteca, en caso de configurarse cualquier de las siguientes circunstancias: a) incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el presente contrato...” (fs. 109, subrayados agregados).

b)Contrato de línea de crédito de fecha 22 de febrero de 2001, por hasta US\$ 50.000, con cesión de créditos en garantía (a fs. 66 y 66 vto.), y sus ampliaciones/modificaciones. Se pactó que COFAC –antecesora de Banco Bandes Uruguay S.A.- “concede a LOS SURCOS SRL, una línea de crédito de hasta la suma de US\$50.000.” En garantía, LOS SURCOS SRL cede “toda la

facturación que le hacen a TIENDA INGLESA, hasta la cancelación definitiva de los préstamos que la firma mantiene...” (fs. 66).

El 10 de junio de 2009 las partes celebran un contrato por el cual incrementan el monto de la línea de crédito antes referida en US\$ 100.000, pasando a ser de US\$150.000 (fs. 125 y ss.). Se mantiene la cesión de créditos resultante de la facturación de LOS SURCOS SRL a TIENDA INGLESA (Henderson & Cia. S.A.).

El 23 de octubre de 2009 las partes celebran un contrato por el cual incrementan por segunda vez el monto de la línea de crédito en US\$ 50.000, por lo que LOS SURCOS SRL pasan a contar con una línea de crédito por US\$200.000 (adicional a la ya reseñada en el número 1 anterior por US\$39.840), fs. fs. 132 y ss.

Se mantiene la cesión de créditos antes referida, con la modificación que se pacta que se descontará hasta un 80% de las facturas conformadas por TIENDA INGLESA (Cf. cláusula TERCERO, a fs. 132 vto.).

Se pacta que “la línea de crédito relacionado en la cláusula primera puede ser cancelada o disminuida en cuanto al monto en cualquier momento por BANDES URUGUAY sin expresión de causa y sin que tal decisión genere derechos a indemnización de daños y perjuicios” (fs. 133 vto.).

c) Contrato de apertura de cuenta corriente bancaria, de fecha 29 de junio de 2001, a fs. 120 y ss. Se trata de un contrato tipo, por el cual el banco ofrece básicamente el servicio de caja (pago y cobro de cheques), además de obligarse a emitir estados de cuenta mensuales.

Expresamente surge que la cuenta deberá operar con fondos propios: el titular de la cuenta se obliga a proveerla de fondos suficientes para atender los pagos que deban efectuarse (cláusula 3.2 “c”, a fs. 120). Es decir: no se autoriza a LOS SURCOS S.R.L. para girar en descubierto.

IV) La operativa relevada por la pericia. Entiendo que cabe referir a la operativa relevada por la pericia, en respuesta a su encargo, que comprendía, entre otros puntos, determinar cómo fue la operativa con relación al cobro de facturas de fecha 5 de enero de 2010.

El perito inicia su informe sobre este punto señalando:

“Tal como lo han establecido ambas partes la operativa habitual respecto a las facturas de la empresa, realizadas a HENDERSON & CIA. S.A. era la siguiente:

a) LOS SURCOS S.R.L. entregaba a BANDES facturas de Tienda Inglesa y en momento de dicha entrega, el banco acreditaba en la cuenta corriente No. 34134 de la empresa, el importe correspondiente al 80% del monto total de esas facturas.

b) Por el importe total de las facturas, BANDES emitía vales a 30, 60 o 90 días, que debía pagar la empresa mediante débitos en su cuenta corriente. Al debitarse los vales también se reliquidaban los intereses y comisiones bancarios, lo que significa que la diferencia de 20% original entre facturas y lo acreditado a la empresa, era favorable a esta última ya que los gastos bancarios, comisiones e intereses, eran menores a dicho porcentaje.

c) El monto total de las facturas era depositado por Tienda Inglesa, mediante giro electrónico en un plazo de 15 a 30 días, aparentemente en la cuenta corriente de la empresa en BANDES.

d) Con dichos fondos, BANDES cancelaba vales anteriores, que tenían vencimiento en ese momento o en fecha anterior, y que se debitaban en la cuenta corriente de la empresa.

e) Luego de ese proceso quedaba un saldo a favor de la empresa en la cuenta corriente de LOS SURCOS S.R.L. para que la misma lo usara como capital de giro...

f) Por último la empresa comunicaba a BANDES que seguía facturando a Tienda Inglesa, por lo que le iría a acreditar en su oportunidad la emisión de nuevas facturas correspondientes a nuevas ventas a HENDERSON y CIA S.A.

Estos seis pasos son bien claros en la operativa usual de LOS SURCOS S.R.L. con BANDES y a grandes rasgos no existe discrepancias entre las partes a excepción de cómo se realizaba el depósito por Tienda Inglesa” (fs. 571 y 572).

Como surge del propio dictamen pericial, la determinación de que ésta era la operativa habitual surge de lo manifestado por las partes en sus respectivos actos de proposición. Así señala al inicio el perito “Tal como lo han establecido ambas partes...”, y reitera la idea al final al señalar “a grandes rasgos no existe discrepancias entre las partes”. Reitero la fuente de información que toma el perito: las alegaciones de las partes.

Pues bien, siendo así, cabe reparar en lo afirmado por Banco Bandes S.A. al respecto:

“30.-Sin embargo, atendiendo a la función de garantía de la cesión constituida, durante el tiempo en que se desarrolló la relación comercial con la actora, el Banco mantuvo una forma de operar que en todo momento procuró un justo equilibrio entre el derecho adquirido por el Banco como consecuencia de la cesión y la liberación de los importes cedidos, en cuanto excedieran lo necesario para cancelar las obligaciones vencidas.

De esta forma, en forma habitual, el Banco ha aplicado el resultado de cada giro recibido de Tienda Inglesa, al pago de las obligaciones ya vencidas que mantenía la cedente. Y previa constatación, de que Los Surcos S.R.L. le había comunicado la emisión de nuevas facturas por importe suficiente para atender las próximas obligaciones a vencer y las nuevas facturas emitidas

ya hubieran sido recibidas sin objeción por Tienda Inglesa, liberaba el excedente, acreditándolo en la cuenta corriente de Los Surcos S.R.L.

Esta circunstancia, naturalmente era estrictamente dependiente, de un único factor: el conocimiento por parte del Banco, de la existencia de la perspectiva (estimación) de futuros cobros, de los importes correspondientes a nuevas facturas ya emitidas por Los Surcos S.R.L. y recibidas sin objeción por Tienda Inglesa” (fs. 302 vto.).

V) Subsunción de la operativa realizada en el marco contractual vigente entre las partes. Entiendo que lo afirmado por la parte demandada que viene de transcribirse resulta probado en autos, y es de suma importancia, en tanto evidencia una práctica totalmente ajustada a los términos de los contratos suscriptos, y a la lógica de la operación económica en juego, práctica no debidamente resaltada por el informe pericial: una vez recibido el pago de Tienda Inglesa se pagaban obligaciones vencidas, si había una remanente, el Banco lo acreditaba en la cuenta de la actora únicamente si previamente: (i) contaba con información del cliente, de que existían más facturas a cobrar a Tienda Inglesa, por importe suficiente para atender las próximas obligaciones a vencer; y, (ii) esa información era corroborada por Tienda Inglesa.

Como señalé, lo afirmado por Bandes resulta corroborado por los términos de los contratos suscriptos: así la última regulación de la línea de crédito principal por su monto (US\$250.000) establece claramente que “...BANDES URUGUAY se reserva el derecho de disponer en cada caso, la oportunidad en que se efectuarán los desembolsos, atendiendo al cumplimiento de la deudora en materia de garantía e información, documentación, y capacidad de repago requeridas (...cuentas a cobrar, situación financiera de la empresa...) a satisfacción de BANDES URUGUAY, y sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula novena literal a)” (fs. 133).

Además de estar corroborado por los contratos suscriptos, tal práctica (que se podría resumirse en: “presto si tengo información que acredita solidez financiera de mi deudor”) es totalmente adecuado al sentido común y la práctica comercial de plaza.

Y en el presente caso, hay hechos que evidenciaron al BANDES que la situación financiera de Los Surcos S.R.L. tuvo un brusco cambio negativo sobre fines de 2009 y los primeros días de 2010, que, habilitaban al Banco a proceder como lo hizo, al no verter el 80% del giro recibido de Tienda Inglesa. Esos hechos son: (a) la inexistencia de futuras facturas conformadas de Tienda Inglesa; y, (b) la crítica capacidad de repago que evidenciaba el inusitado sobregiro registrado en diciembre de 2009, que importaba incumplimiento del contrato de cuenta corriente (ya el obrante a fs. 120 a 121 vto.), ya el que se ha postulado precedentemente existiría según el actuar precedente de las partes).

(a) La inexistencia de futuras facturas conformadas de Tienda Inglesa. Como surge de autos (fs. 525 a 528), no existían más facturas para cobrar a Tienda Inglesa fuera de las ingresadas al cobro el 5 de enero de 2010. En tal sentido, Tienda Inglesa informó que los giros efectuados el 18 de enero de 2010 y el 2 de febrero del mismo año fueron los últimos realizados a la parte actora. De ello se desprende que, como señaló la demandada, Los Surcos carecía del respaldo de futuras facturas conformadas.

(b) La crítica capacidad de repago de Los Surcos. El incumplimiento del contrato de cuenta corriente. En primer término, Los Surcos había incurrido en un sobregiro absolutamente fuera de lo habitual, que evidencia una situación financiera crítica. La cuenta corriente de Los Surcos no tenía autorización para girar al descubierto, como surge claramente del contrato respectivo. Por ello, cualquier sobregiro importa incumplimiento (se pactó mora automática, v. fs. 121 vto.).

Y aún cuando se considerara, como lo hacen los votos precedentes, que el contrato fue modificado –lo que no admito–, y que el sobregiro estaba autorizado conforme la práctica que surge acreditada, es claro que tal sobregiro tenía cierta duración temporal y monto (sería absurdo sostener que Bades estaba obligado a sostener cualquier sobregiro), tal sobregiro sería en todo caso el que surge de los antecedentes. Y bien en ese caso, el sobregiro registrado en diciembre sobrepasaría largamente el “aceptado” por las partes.

Pues bien, en cualquiera de las dos hipótesis anteriores (sobregiro prohibido conforme contrato de 29 de junio de 2001, o sobregiro prohibido por no tener características del autorizado –por su monto y duración-) existe incumplimiento de Los Surcos SRL, y la no provisión de fondos por BANDES es perfectamente lícita y lógica.

Del estudio de los estados de cuenta bancarios de la Los Surcos obrantes a fojas 161 a 241, que comprenden las operaciones desde el 1o. de enero de 2009 al 30 de marzo de 2010, surge que el sobregiro registrado en diciembre de 2009 no seguía el patrón de los anteriores, lo que daba cuenta de una muy comprometida situación financiera.

En efecto si se revisan todos los estados de cuenta, se advierte que los sobregiros son bastante esporádicos (deben distinguirse de los “pregiros”, denominación con la cual se refiere a saldos negativos que se cubren el mismo día). Así, cabe reseñar los siete episodios de sobregiro registrados entre enero y noviembre de 2009:

-El primer día con cierre con saldo negativo del año se registra el día 5 de junio, por un importe de \$160.902,78, y un día hábil de duración (fs. 188 -fs. 28 de 51 del estado de cuenta-).

-El segundo episodio de sobregiro del año se registra el 11 de junio, por un importe de \$U13.511,11, y un día hábil de duración (fs. 189).

-El tercer sobregiro del año se registra a partir del 17 de junio, por ocho días hábiles, por importes variables cada día –mínimo \$U1.644,69, máximo \$U 398.197,55- (fs. 190 y ss.).

-El cuarto sobregiro del año se registra los días 1 y 2 de julio, por \$U71.838,69 y \$U75.023,69 cada día (fs. 192).

-El quinto sobregiro del año se verifica luego recién en el mes de setiembre, comprende cuatro días hábiles a partir del 15 de setiembre, por importes variables cada día –mínimo \$U90.089,09, máximo \$U388.037,59- (fs. 209 y ss.).

-El sexto episodio de sobregiro se extiende por tres días hábiles a partir del 28 de setiembre, por importes variables cada día –mínimo \$U153.275,53, máximo \$U480.533,35- (fs. 206).

-El séptimo episodio de sobregiro, último antes de diciembre, se dará el 25 de noviembre, por un importe de \$U45.999,59 (fs. 217).

Por el contrario, los episodios de sobregiro en el mes de diciembre fueron de mayor gravedad:

-El primero se inicia el 9 de diciembre y finaliza el día 15, cinco días hábiles, con cierre negativo de \$U504.031,02.

-El segundo se inicia el 17 de diciembre, dura tres días hábiles, con cierre negativo de \$U73.246,53.

-El tercero se inicia el 28 de diciembre y culmina el 4 de enero de 2010, cuatro días hábiles con cierre negativo de \$U536.567,10.

Como se advierte, contra los 7 episodios producidos en diez meses, en diciembre se producen 3, por importes promedio mucho mayores que los habituales. Ello evidencia una situación financiera crítica de Los Surcos S.R.L., amén de un claro incumplimiento de la parte actora de sus obligaciones como cuentacorrentista del BANDES.

En ese escenario, en enero de 2010, en el marco del contrato de línea de crédito con cesión de créditos en garantía, atento a la mala situación de su cliente, BANDES ejerce su derecho a descontar de las facturas presentadas el 5 de enero un importe menor al habitual, porque la situación no era habitual. Y ello lo hace conforme lo expresamente pactado (cláusulas SEGUNDA y CUARTO ya referidas, conforme las cuales BANDES descontaría “hasta el 80%” de las facturas, y prestaría según la situación financiera del cliente).

Por ello, concluyo que la demandada no incurrió en incumplimiento alguno, en lo que a sus obligaciones derivadas del contrato de línea de crédito vigente al momento de los hechos, ni

de las derivadas del contrato de cuenta corriente. No existió por parte de la demandada rescisión sin previo aviso, sino, como viene de verse, actuación en el marco de las obligaciones pactadas.

VI) Incumplimiento de la obligación de afectar en garantía de las líneas de crédito existentes los importes cobrados por pago de facturas emitidas por Los Surcos S.R.L. a Henderson & Cia. S.A.

En el único aspecto en que entiendo asistiría razón a la recurrente, es en cuanto al incumplimiento contractual derivado de afectar parte del pago realizado por Tienda Inglesa al pago de deudas no exigibles. Es claro de los términos de la cesión de créditos en garantía que tales créditos garantizan deuda exigible (cláusula QUINTO, a fs. 133). Por ello no se comparten las consideraciones de la Sede en el sentido de que el Banco podía afectar lo cobrado al pago anticipado de deuda.

Sin embargo, dado que conforme lo dispuesto por el artículo 270 del C.G.P., en la resolución de un recurso de casación: “No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia”, tampoco corresponde recibir este agravio.

Y ello porque se pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de dar suma de dinero, los cuales conforme al artículo 1348 del Código Civil únicamente pueden ser resarcidos con los intereses moratorios correspondientes.

Gamarra enseña observa respecto del artículo 1348: “Estamos ante una norma excepcional, ya que contiene varias derogaciones al derecho común... El daño está cuantificado por la Ley con un monto invariable (en la condena a los intereses legales)... La evaluación que realiza el art. 1348 es ‘forfaitaire’; ninguna de las partes puede discutirla, y ‘el acreedor no tiene que justificar pérdida alguna’... Ambas reglas (liquidación invariable y exoneración de prueba) están unidas por un fundamento común, que remonta a la obra de Pothier: ‘como los diferentes daños y perjuicios que pueden resultar del retardo en el cumplimiento de esta especie de obligación, varían al infinito, y que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos por una especie de un tanto alzado, a un tanto fijo’... el daño resarcible está representado única y exclusivamente por el interés legal; esto surge del texto cuando dice que ‘los daños y perjuicios... no consisten sino en la condenación a los intereses legales.’” (Jorge Gamarra, “Responsabilidad Contractual – I. El incumplimiento”, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, págs. 272, 273 y 274).

En la misma línea señala Caffera “en las obligaciones dinerarias el incumplimiento siempre es temporal porque, por definición, en una obligación dineraria el cumplimiento tardío siempre es posible.... Como consecuencia, si el incumplimiento sólo puede ser temporal el único tipo de daño

que se puede presentar es el daño moratorio...aunque se probaren, no pueden exigirse otros daños que los liquidados convencionalmente o legalmente bajo la forma de los intereses moratorios. Esta norma impide que el acreedor aunque haya sufrido más daños que los cubiertos por los intereses moratorios pueda reclamarlos, incluso aunque los pruebe” (Cf. Gerardo Caffera, “Responsabilidad Civil Contractual. Introducción a su estudio en el Derecho uruguayo”, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, págs. 137 y 139). Atento a que en el caso se pretendió algo distinto: el resarcimiento del importe del valor llave de la empresa Los Surcos, el incumplimiento invocado no puede ser resarcido como se pidió, lo que implica ir a igual dispositivo que en la impugnada, por diversos fundamentos.

VII) Agravio derivado de la infracción del artículo 184 del C.G.P., por apartamiento injustificado del dictamen pericial.

El informe del perito surge agregado a fs.567 a 594 (y su ampliación con aclaraciones a fs. 614 a 622).

A fs. 537 vto. surge que en autos se dispuso la realización de una pericia contable a efectos de “...realizar el análisis de la documentación agregada al escrito de la parte demandada de fs. 517 y siguientes, y con relación a la intimación solicitada por la parte actora... en particular realizando análisis de la cuenta y crédito de la parte actora con relación a la Institución demandada... En particular:”

1)El establecimiento del monto a que ascendía la línea de crédito a la parte actora.

2)Cómo fue la operativa con relación al cobro de facturas de fecha 5/1/2010 de Tienda Inglesa.

3)Con relación a la facturación de la fecha señalada (5/1/2010): cuándo se realizó efectivamente el cobro de las mismas: la acreditación, la utilización y en particular si del producido se procedió a cancelar créditos no vencidos.

4)Durante el tiempo transcurrido entre el día de cobro de las facturas correspondientes y su acreditación, dónde permaneció el dinero correspondiente a dicha operativa.

5)Establecer si además de facturas correspondientes a Tienda Inglesa, eran depositados en la cuenta ingresos provenientes de cobros realizados a otras empresas, y si existían cheques diferidos.

6)Si hubo movimientos en la cuenta posteriores a su suspensión; si los hubo: cuáles fueron y hasta qué fecha.

Como surge de lo anterior, el objeto del encargo era preciso, y busca determinar ciertos hechos con asistencia de contador.

No se trata de un perito arbitrador.

Ello debe tenerse presente al considerar las expresiones contenidas en el capítulo 3.7 del informe pericial "Otras consideraciones a tener en cuenta sobre el objeto de la pericia". Dicho capítulo contiene referencias, "puntos llamativos" los llama el Sr. Perito, consistentes en apreciaciones que a mi juicio nada aportan a la resolución de este caso. Resalto los siguientes, por ser reiterados en las conclusiones:

-En el lit. "d" se expresa "Tampoco se observa que BANDES haya querido refinanciar la deuda de LOS SURCOS S.R.L. y reestructurar su forma de pago, para que pueda hacer frente a la cancelación de sus pasivos." (sic, fs. 512). El Banco demandado no es una institución de fomento, es una entidad privada movida por el lícito afán de lucro; no puede esperarse que financie por más de lo que se obligó, menos a quien no tiene capacidad de pago.

-Se refiere como algo significativo que pocos meses antes de que el Banco decida no dar más crédito se había ampliado la línea de crédito (fs. 591, literal "a"). No advierto lo llamativo. La crisis de Los Surcos se da luego de ampliada la línea de crédito. Si se revisan los estados de cuenta, es claro que la situación de Los Surcos S.R.L. al ampliarse la línea de crédito era distinta de la situación que se enfrentó en diciembre de 2009. Como viene de verse, no se trata de que el Banco "decidió no dar más crédito", sino que, ante un cambio negativo en la situación financiera del cliente, agotados los fondos comprometidos en la línea de crédito pactada, y al amparo de lo previsto contractualmente se descontó menos de lo que el cliente aspiraba.

-Se expresa (lit. "c"): "Se realiza la decisión de no dar más crédito en plena zafra", la ausencia de crédito tiene que ver con el agotamiento de los fondos pactados.

-En el lit. "e" hay una referencia a los propios problemas financieros que tendría el Banco, señalando como fuente un reportaje de un medio venezolano. No advierto qué relación tiene eso con el objeto de la pericia, o del proceso. El Banco sigue abierto al día de hoy, pero aunque así no fuera, reitero: no advierto qué relación tiene la afirmación el objeto del proceso, ¿qué se quiere decir (y no se dice claramente)? ¿Que el Banded omitió acreditar el 5 de enero de 2009 \$U 669.594,75 con la finalidad de solucionar sus propios problemas financieros del orden de los US\$26:000.000?

Es el Tribunal actuante quien califica jurídicamente los hechos y determina si se verificó el incumplimiento contractual pretendido en autos.

En definitiva, con los apuntes señalados, coincido con la parte demandada en que la sentencia recurrida no se apartó de las conclusiones del informe pericial. Basta revisar la sentencia en tal sentido. A su vez, si se repasan las conclusiones del Sr. Perito (Capítulo 4 de su informe a

fs. 592 y 593), ninguna es contradicha por la Sala actuante, al contrario, son la base de su pronunciamiento.

Caso Gibson S.A. c/ ADT SECURITY SERVICES S.A.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno Nº 4/2007, del 7 de febrero de 2007².

Ministro redactor: Dr. Tabaré Sosa.

Ministros Firmantes: Dra. Mariela Sassón, Dr. Jorge Chediak, Dr. Tabaré Sosa

Montevideo, 7 de febrero de 2007.

VISTOS:

para definitiva en segunda instancia este proceso que por DAÑOS y PERJUICIOS sigue GIBSON S.A. contra ADT SECURITY SERVICES S.A. (F. 2-31190/2004), venido a conocimiento de este Tribunal en mérito a los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia No. 103 de 24 de noviembre de 2005 dictada por la Señora Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 12º. Turno Dra. Dora Szafir y

RESULTANDO:

I.-La apelada (fs. 101-112), a cuya exacta relación de antecedentes procesales útiles se hace remisión, ampara en forma parcial la demanda y en su mérito, condena a la demandada a abonar a la actora el daño emergente consecuencia del hurto, el que se liquidará por el procedimiento del art. 378 del CGP, sin especiales condenas procesales.

II.-Contra la misma se alza en primer lugar la parte actora y expresa agravios a fs. 114-117v. Manifiesta que el rubro lucro cesante fue incorrectamente rechazado ya que hay prueba suficiente de su existencia; así, los dichos del ex-contador de la empresa que señaló que la

² Extraída del Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho del Consumidor, Dora Szafir, Tomo II, la Ley Uruguay, 2011, págs. 151-155.

consecuencia del daño es verificable, tuvo que variar, haciendo compras en plaza y cuando se le discontinua, un producto decae y se produce daño; señala asimismo otros testimonios que relataron la existencia de importantes ventas por liquidación en la oportunidad, que luego no hubo dinero para compras en el exterior y que se perdieron clientes y pasaron a desempleo la mayoría de los empleados. En cuanto al rubro daño moral, estima procede a favor de las personas jurídicas y en el caso se configura por la afectación de la credibilidad del negocio por el hurto de cheques ya que se salió a comprar en plaza a su nombre.

III.-Introduce apelación a fs. 118-141 por la demandada; en síntesis expresa que discrepa con la valoración de la prueba que realiza la "a quo", en especial sobre la conducta del vendedor de la empresa; sostiene extensamente el punto de vista fundamental de la contestación relativo a que el contrato no se perfeccionó por falta de firma del responsable de ADT; de haberse perfeccionado no tuvo comienzo de ejecución porque no se le brindó la clave y no puede estarse a lo declarado por dos empleados de la actora ya que son tachables; discrepa con la condena a indemnizar el daño material ya que no se probó la existencia del detrimento patrimonial alegado y en caso de eventual condena, no puede ultrapasar lo solicitado en la demanda; incorrectamente se tuvo por acreditada culpa de su parte cuando está probado que no actúa con negligencia sino con la diligencia de un buen hombre de negocios; no se valoró el nexo causal entre el daño y la conducta del accionado, ya que ADT sólo cumple servicios de monitoreo y respuesta lo que hacía que fuera imposible evitar hurtos; por último, indica que debió aplicarse la cláusula 18ª sobre exoneración de responsabilidad.

III.-Se contestaron los agravios (fs. 147-155v, 159-172v) y se franqueó la alzada (fs. 171).

IV.-Recibido el proceso en el Tribunal, los autos se giraron a estudio en forma sucesiva, acordándose luego, adoptar decisión anticipada al estar comprendido el caso en lo normado por el art. 200.1 num. 1 del CGP.

CONSIDERANDO:

I.-Que no se hará lugar a los recursos interpuestos.

En tal sentido, la Sala estima que la decisión impugnada, efectivamente, no adolece de los motivos de sucumbencia que informan los agravios; por el contrario, la fundamentación de la distinguida "a quo" no se ha logrado conmovier de manera alguna, siendo ello así por lo subsiguiente.

II.-Sobre la existencia la relación contractual vinculante, hay plena prueba in folios del perfeccionamiento de un contrato de adhesión (fs. 9-13) confeccionado por la demandada donde

es de toda evidencia, lo que no es de dudar que la ausencia de suscripción expresa por parte de la proponente en nada inficiona el mismo puesto que la ley no impone ello como solemnidad; no se trata como lo postula el demandado recurrente que el actor haya firmado el formulario de motu proprio y que lo presentara a la demandada porque se le ocurrió y la quiso inculpar de la falta de respuesta frente al hurto; por el contrario se probó toda la negociación, desde la visita del vendedor, técnicos, presupuestos y trabajos de ejecución concretos que revelan la conteste voluntad de las partes de vincularse contractualmente con el alcance normativo de que informan las cláusulas principales que lucen en los formularios; existe también prueba testimonial de que la clave del sistema fue transmitida como lo establece la a quo; empero, si no lo fue, no parece lógico que "un buen hombre de negocios" no hubiese permanecido en contacto con su cliente para concluir totalmente el trabajo comenzado; la alegada inactividad de ADT en esta negociación, como hecho por demás excepcional, no fue justificado de manera alguna; además, de la observación de lo que normalmente acaece, si el vendedor se desinteresó de las inquietudes que le manifestó el cliente fue sin duda porque su actuación había finiquitado por conclusión del negocio, siendo únicamente por su carácter anterior, la persona de la empresa mas conocida por el cliente.

Tampoco puede soslayarse que en los contratos por adhesión hay supresión de la etapa de tratativas (GAMARRA, Trat...T. IX, 4ª. ed. p. 277) y aplicándose la ley de relaciones de consumo (concepto amplio de consumidor que incluso al consumo empresarial) varias cláusulas, incluida la de fs. 10 relativa a no obligatoriedad antes de la firma debe declararse nula conforme el art. 30 de la Ley 17250 pues ello colide con la obligación de actuar de buena fe, imponiendo desventajas injustificadas (GAMARRA cit. p. 312-313).

III.-Sobre el lucro cesante, se coincide con la solución del grado anterior desde que era la actora quien tenía la carga de la prueba y frente a un caso donde se debía analizar el giro comercial debió acudir a la peritación mediante el examen de libros y registros contables, lo que no sucedió in folios. La prueba testimonial rendida no es suficiente y llevaría a conclusiones absurdas desde que un hurto de valores inferiores a los U\$S 13424 (conforme a lo peticionado en la demanda) a una empresa relativamente importante nunca le pudo provocar un estado cuasi falimentario; además debe tenerse en cuenta que el año anterior a los hechos fue el de la crisis del año 2002.

Tampoco hay prueba en autos sobre detrimento de valores intangibles (buen nombre comercial, honor negocial o reputación en el mercado) y menos aún de que ello se traduzca patrimonialmente en la sociedad.

No hay otros agravios de consideración necesaria ya que entre otros, el relativo a la pretensión de que se establezca límite a la liquidación en lo peticionado, es cuestión que correctamente no se incluyó en el dispositivo desde que el control del cumplimiento de los principios procesales como el de congruencia (arts. 1, 117, 197 y 198 del CGP) opera sin que sea necesario establecerlo en forma pleonástica como lo requiere el recurrente. IV.- Costas y costos de la presente instancia por su orden (arts. 56 y 261 [red. L. 16699] CGP y 688 C. Civil).

Por los expresados fundamentos y preceptos que se incluyen el Tribunal, F A L L A:

Confirmase la sentencia apelada, sin especiales condenaciones. Oportunamente, devuélvase.

Caso Rego c/ Banco BBVA.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno identificada como SEF 0003-000007/2015, de fecha 2 de febrero de 2015.

Red.Dra. Alicia Castro

Montevideo, 2 de febrero de 2015

V I S T O S:

Para sentencia de segunda instancia los autos "Rego, Alejandro c/ Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. - Daños y perjuicios" I.U.E.2-25478/2013, provenientes del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3er. Turno por el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva N°22 del 3/4/14 dictada por la Dra. Claudia Kelland (fs.147/159).

R E S U L T A N D O:

1. Surge de estas actuaciones, Alejandro Rego promovió contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. acción reparatoria de daños derivados del incumplimiento del contrato por el cual disponía de un local y prestaba servicios de cantina cobrando un precio al demandado y obteniendo ganancias por las ventas a sus dependientes. El demandado rescindió unilateralmente el contrato invocando una cláusula nula y sin siquiera respetar el plazo de preaviso que esa cláusula establecía.

2.La decisión recurrida amparó parcialmente la demanda, desestimando la nulidad de la cláusula atacada pero condenando al demandado a pagar los perjuicios causados desde el 29/6/11 al 10/8/11, a liquidar por vía incidental (C.G.P.art.378), sin especial sanción procesal.

Contra esa decisión, el actor interpuso recurso de apelación (fs.161/170) y, conferido traslado, el demandado contestó los agravios y adhirió al recurso (fs.174/179), siendo contestados sus agravios por la primer apelante (fs.183/186).

3.Franqueada la alzada, los autos fueron recibidos en este Tribunal el 8/9/14 y, luego del estudio sucesivo, conforme con lo dispuesto por la Ley N°15.750 art.61, se acordó la sentencia de segunda instancia que, se dictará en forma anticipada.

C O N S I D E R A N D O:

I.Expresando las razones por las cuales le agravia dicha decisión, el actor insiste en su pretensión "principal" que atacaba la validez de la cláusula de receso debió ser amparada porque fue predispuesta por el Banco Crédito para su propio beneficio, dada la desigualdad de condiciones, y destaca que el demandado la usó en forma abusiva porque no había justa causa y ni siquiera respetó el plazo de preaviso.

Agrega que no debió diferirse la liquidación del daño porque la decisora contaba con los elementos necesarios para amparar la suma líquida pretendida y tampoco debió rechazarse la compensación del daño moral que se pidiera, del 20% de los rubros patrimoniales.

Al adherir, el demandado critica la decisión judicial porque ampara parcialmente la demanda cuando surge probado que desde mucho antes de la comunicación por telegrama el actor sabía que la cantina no continuaría cuando el Banco Credit fue sustituido por el BBVA. Pero además sostiene que no fue probado el daño (an debeatur) por lo que no debería haberse diferido su liquidación (quantum debeatur).

II.La Sala, habiendo analizado los agravios y por las razones que se indican, revocará parcialmente la decisión impugnada y habrá de amparar algunos de los aspectos de la demanda que fueron desestimados en primera instancia.

III.El tema central de la controversia que opone a las partes y condiciona la decisión a recaer en el caso, es la interpretación de la cláusula décimo-primer del contrato, que establece que el contrato se otorga "por el plazo de un año a contar desde el día 1º de febrero de 2010, prorrogable automáticamente por períodos consecutivos iguales" y consigna seguidamente que "sin perjuicio de lo expuesto este contrato puede ser rescindido unilateralmente en cualquier momento del plazo original o de sus prórrogas, por voluntad de cualquiera de las partes, sin

expresión de causa, con un preaviso que deberá comunicarse a la otra con por lo menos sesenta días corridos de anticipación".

Una primera lectura provoca cierta perplejidad: cómo puede establecerse un plazo y, a la vez, establecer que ese plazo cae en cualquier momento con un preaviso de sesenta días de cualquiera de las partes.

IV. Una forma de resolver el asunto es entender que, pactado un plazo cierto y prorrogable por sucesivos períodos anuales, debe considerarse nula la estipulación del decaimiento del plazo en cualquier momento por la sola expresión de voluntad de cualquiera de las partes, aunque medie un preaviso.

Tal interpretación tiene como respaldo los desarrollos doctrinarios del Prof. Santiago Carnelli ("El desistimiento unilateral del contrato" en Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo, tomo XIV, p.223-255) que establece una clara distinción entre los contratos de ejecución continuada según se haya pactado o no un plazo determinado de duración. Queda fuera de cuestión que si no existe plazo el desistimiento es válido y sólo puede irrogar responsabilidad si resulta abusivo, pero si existe plazo sólo puede pactarse la facultad de desistir si su ejercicio está condicionado a circunstancias de hecho que no dependen exclusivamente de la voluntad del titular (Carnelli:238 y 240-241).

Como en el caso, el ejercicio del derecho de receso no se condicionó a la configuración de presupuestos de hecho ajenos a la voluntad de los beneficiarios, sino que se estableció el contrato podía ser rescindido unilateralmente "en cualquier momento del plazo original o de sus prórrogas, por voluntad de cualquiera de las partes, sin expresión de causa" esa estipulación vulnera los arts.1253 y 1291 del Código Civil puesto que viene a significar que cada contratante sigue obligado si quiere, no siendo una situación en que esté en juego el derecho de los contratantes a no estar obligados de por vida, puesto que es un contrato con plazo. De manera que cabe concluir la nulidad de dicho pacto.

Como consecuencia de esa inteligencia de la cláusula contractual, debe entenderse que cuando el demandado comunicó formalmente al actor su voluntad de desistir unilateralmente del vínculo, lo que ocurrió el 9/6/11 (fs.32) estaba vigente el plazo contractual prorrogado hasta el 1/2/12 y por tanto, éste incumplió el contrato y debe reparar al actor el daño causado atendiendo al período restante del plazo contractual.

De ese modo, corresponde revocar la recurrida en cuanto entendió que era válido rescindir y condenó por incumplir el plazo del preaviso y, en su lugar, condenar a reparar el daño por todo el resto del plazo.

V. En otra lectura de la misma cláusula podría entenderse que fijar en un contrato de tracto sucesivo un plazo que cae por la sola voluntad de cualquiera de las partes con un preaviso de sesenta días es, en realidad, fijar un plazo mínimo de sesenta días.

Desde esa óptica se podría coincidir, con otro fundamento, con la decisión de la a-quo quien entendió que el desistimiento unilateral del demandado fue ejercitado en forma incorrecta porque no respetó el plazo de sesenta días, sino que exigió la desocupación del local y restitución de mobiliario, vajilla y enseres dentro de veinte días (fs.32). Con esa lectura la condena reparatoria quedaría limitada a los daños causados por adelantar el cese que podía lícitamente haber operado a los sesenta días contados desde el siguiente al 1/9/11.

Sin embargo, no puede obviarse que no se trata de un contrato paritario ni negociado, dada la obvia diferencia de poder negocial entre la institución bancaria que cedía un espacio de su local para instalar un servicio de cantina para sus empleados y quien tomaba a su cargo prestar ese servicio a la institución y a sus dependientes.

Por lo que la interpretación de lo estipulado no puede hacerse ligeramente, sin indagar con mayor detenimiento la ecuación económica que constituye la causa del negocio. Si la ventaja o provecho que el actor obtenía al otorgarlo era la posibilidad de desarrollar una actividad gastronómica, no puede soslayarse que un emprendimiento semejante exige cierta organización e inversión, por lo que sería irracional que la idea fuera trabajar sólo dos meses. De hecho, el actor declara y no se controvierte que venía desarrollando su actividad desde el año 2004 o sea siete años antes de la ruptura del vínculo, de modo que parece correcto concluir que el contrato tenía vocación de continuidad y el actor no se hubiera obligado a la prestación que asumía si fuera sólo por 60 días.

Tal lectura del acuerdo se adecua a la interpretación doctrinaria actual acerca de la causa contractual, que deja de lado la noción puramente formal y abstracta, que asocia la causa a cada tipo contractual. La doctrina actual no quiere perder contacto con la realidad económica en que se inserta cada negocio jurídico, por lo que entiende la causa como la razón concreta para concertar una cierta operación económica, y para comprenderla cabalmente es preciso relevar todos los intereses en juego y observar el modo en que se articulan en el negocio en particular, se trate de un contrato o de varios contratos que pueden ajustarse o no a los tipos contractuales prefigurados en la ley. Así, en la doctrina italiana Ferri, Roppo y Gabrielli que propone atender "en concreto" al equilibrio que las partes han construido, en cada caso, para disciplinar sus intereses contrapuestos. Lo cual significa, tanto en clave interpretativa como reconstructiva de la voluntad contractual, considerar el negocio concreto creado por las partes, tanto en su singularidad como

en su complejidad y, por tanto, la unidad del fin práctico que el mismo se propone realizar, para valorar la meritoriedad de la operación en su integralidad, en la cual se inserta el negocio singular, o bien la pluralidad de negocios coligados o dependientes entre sí...y poder de ese modo dar una justificación causal, ya sea a las prestaciones llamadas “aisladas”, ya sea a los negocios abstractos, ya sea a operaciones más complejas (Gabrielli, Enrico. “Causa, tipo y teoría del contrato” en *Doctrina general del contrato*, vol. I, Montevideo, 2009, p.27).

Entre nosotros la revalorización de la causa con sentido pragmático aparece en trabajos de Gamarra y de Blengio, que han recibido algunas críticas (Gamarra, Jorge. *Contrato y operación económica. Tratado de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXVI, Montevideo, 2009 p.267-307; Blengio, Juan E. “El contrato y la operación económica. Primera parte” en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, año I, tomo I, 2013, p.31-43; Carnelli, Santiago. “Análisis de la nueva doctrina de Gamarra sobre la causa del contrato” A.D.C.U. tomo XLII p.419-438) pero ha ido ganando terreno en jurisprudencia (S.C.J. Sents. 11/5/09 y 24/12/10; T.A.C. 4º Sent.315 de 19/12/07; TAC 7º Sent.251 de 26/11/09; TAC 1º Sents.229 de 12/5/10 y 21 de 16/3/11; TAC 2º Sents.26/10/11 y 26/6/13).

En ese contexto, el intérprete del contrato subcausa no puede soslayar la operación económica en juego y debe razonablemente inclinarse hacia la tesis de un plazo prorrogable y concluir que el preaviso de sesenta días sólo podía operar para evitar una nueva prórroga al vencimiento del plazo anual.

VI.Abordando la cuestión de la determinación del daño, se coincide con la distinguida decisora del primer grado en que el cese unilateral de la relación contractual provocó lucro cesante que debe ser indemnizado y a tal efecto, es preciso considerar que el demandado pagó la contraprestación a su cargo (cl.novena del contrato) hasta el 10/8/11, de modo que la debe por el lapso restante, que ahora va hasta el 31/1/12.

En cuanto a la determinación del lucro cesante que consiste en la pérdida de ganancias derivadas de los consumos diarios de los dependientes del demandado, sin perjuicio de ampliar el lapso de la condena al 31/1/12, se coincide con la decisora en que los datos aportados no son suficientes para fijar una suma líquida y deberá diferirse la fijación del monto a la vía procesal del C.G.P. art.378 sobre la base de calcular el beneficio neto mensual.

Como sugiere el actor en la expresión de agravios, todas las cantidades mensuales se actualizarán desde el momento en que debieron haber ingresado al patrimonio del actor y, en lo que respecta a las últimas, al cierre del mes en que debieron haber sido percibidas, devengando todas intereses legales desde la demanda, como establece la decisora.

VII. Pero también se agravia el actor por desestimar como daños derivados del cese contractual la pérdida de mercadería percedera, el costo de traslado a otro lugar y el que tuvo para realojarse con sus pertenencias y continuar la actividad en otro lado por un breve lapso, el costo de los despidos de los empleados y el daño moral sufrido.

VIII. El Tribunal desestimaré el reclamo por pérdida de mercaderías así como por el costo del traslado de mercaderías y enseres propios a otro sitio.

Es de toda evidencia que se trata de un gasto que no está causalmente vinculado al incumplimiento contractual sino al hecho de la finalización del vínculo y que igualmente se habría producido cuando debiera desocuparse el local al término del plazo pactado.

IX. También se desestimaré la pretensión de recupero de los despidos que alega haber pagado a sus empleados y ello porque no se aportó ninguna prueba de tal pago y porque de los recaudos agregados (fs.42/45) surge que los empleados continuaron trabajando un tiempo -hasta fines de octubre- y que sólo habría cesado por despido Gutiérrez, el día 31 de enero de 2012, fecha que coincide con el final del plazo contractual del actor, por lo que el despido tampoco es imputable al demandado.

X. La decisión es distinta respecto al reembolso del costo de un local para llevar sus enseres, mercadería e intentar continuar la actividad por un lapso que va desde el 29/6/11 hasta el 29/9/11, por el que según recibo agregado (fs.49) y declaración del testigo Fondo (fs.101).

La Sala ha resuelto amparar esta pretensión, en el entendido de que se trata de un gasto en el que el actor debió incurrir por no disponer del local de que debía haber gozado hasta el 31/1/12, según viene de establecerse. Por lo que se condena a restituir la cantidad de \$ 24.600 con reajuste desde la fecha de pago -que surge del recibo y declaración del firmante- e intereses legales.

XI. También se considera de recibo la pretensión reparatoria del daño moral causado por el intempestivo cese contractual, en la medida en que hay prueba de que la situación afectó de modo inesperado y grave el plan de vida del actor: en ese sentido consta que tuvo que pedir una reducción de cuota al Colegio Santa María para que sus dos hijos pudieran culminar el año escolar (fs.50) y los testigos Rey (fs.113/114) y Pacciello (fs.114/115) dan cuenta de que la situación también afectó los ingresos de la cónyuge que trabajaba con él, causando serias complicaciones a la vida familiar, con la explicable secuela de angustia y depresión.

Por lo que habrá de ampararse el rubro y se ordenará una compensación por daño moral, pero deberá determinarse en el proceso incidental de liquidación de condena, dado que todavía no puede fijarse la cuantía puesto que el actor ha pedido en tal concepto un porcentaje del 20%

del daño patrimonial. La Sala no comparte el criterio de fijar un porcentaje y entiende que debe estimarse una cantidad líquida, pero no puede hacerlo ahora dado que cualquier cantidad que se fije tiene como tope el porcentaje pedido.

Cabe acotar que, por ser de orden público, la compensación que se fije por daño moral se actualizará desde el 29/6/11 pero no llevará intereses porque no hubo pedido expreso al respecto.

XII. Debido a la decisión a que se arriba, no corresponde imponer condena procesal por el grado.

POR CUYOS FUNDAMENTOS, EL TRIBUNAL F A L L A

Revócase parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar, condénase al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. a indemnizar al actor los perjuicios causados con el pago de la cantidad de \$ 24.600 en concepto de daño patrimonial emergente, con reajuste e intereses y las cantidades a liquidar por el procedimiento previsto por el C.G.P. art.378, en concepto de lucro cesante por el período comprendido entre el 29/6/11 a 31/1/12 (considerando VI) y de daño moral de acuerdo con lo consignado en considerando XI.

Notifíquese y devuélvase, con copia para la Sra. Jueza (H.fictos de segunda instancia \$ 50.000).

DRA. NILZA SALVO – MINISTRO -D RA.ALICIA CASTRO – MINISTRO – DR. EDUARDO VAZQUEZ – MINISTRO – ESC. J.A da MISA - SECRETARIO

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 251/2015, de fecha 7 de octubre de 2015.

Montevideo, siete de octubre de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “REGO, Alejandro c/ BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA URUGUAY S.A. Daños y perjuicios. Casación”, IUE 2-25478/2013, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno el 2 de febrero de 2015, identificada como SEF 0003-000007/2014.

RESULTANDO:

I) A fs. 53/61 compareció Alejandro Rego y presentó demanda contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. con el fin de que le indemnizara los daños y perjuicios que alegó haber sufrido por el incumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios que los vinculaba, por el cual disponía de un local dentro del Banco y prestaba servicios de cantina a los empleados bancarios. Alegó que el demandado rescindió unilateralmente el contrato, invocando una cláusula nula, sin siquiera respetar el plazo de preaviso pactado.

II) Por sentencia definitiva No. 22/2014 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3er Turno, dictada el 3 de abril de 2014 por su titular, Claudia Kelland, se dispuso:

Desestímase la pretensión de nulidad de la cláusula 11o. del contrato de fecha 1o. de febrero de 2010 objeto de autos.

Ampárase parcialmente la demanda en su mérito condénase a la accionada al pago de los daños y perjuicios ocasionados en el periodo 29 de junio de 2011 al 10 de agosto de 2011 cuya determinación económica se difiere a la vía incidental (art. 378 del C.G.P.) según fundamentos dados en el considerando IV.

Desestímase en lo demás (...), (fs. 147/160).

III) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, órgano que por sentencia identificada como SEF 0003-000007/2014, dictada el 2 de febrero de 2015, falló:

Revócase parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar, condénase al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. a indemnizar al actor los perjuicios causados con el pago de la cantidad de \$ 24.600 en concepto de daño patrimonial emergente, con reajuste e intereses y las cantidades a liquidar por el procedimiento previsto por el C.G.P. [en su] art. 378, en concepto de lucro cesante por el período comprendido entre el 29/6/11 a 31/1/12 (considerando VI) y de daño moral de acuerdo con lo consignado en considerando XI (...), (fs. 197/201).

IV) La parte demandada interpuso recurso de casación (fs. 204/210).

Luego de fundar la procedencia formal de su recurso, identificó como normas infringidas las contenidas en los artículos 139, 140 y 165 del C.G.P. y 1253 y 1291 del Código Civil.

Sostuvo, en lo medular, lo siguiente:

La cláusula undécima del contrato de arrendamiento, por la cual se pactó la rescisión anticipada, contiene un texto claro y sencillo de interpretar. Allí se prevé que cualquiera de las dos partes contratantes puede ejercer el derecho de rescindir anticipadamente el contrato. En dicha

cláusula no se registra ninguna ilegalidad, por lo que lo allí dispuesto se enmarca en la libertad de contratar que asiste a las partes (artículo 1291 del Código Civil).

La Sala, erróneamente, consideró que la referida cláusula violentó la norma prevista en el artículo 1253 del Código Civil. Sin embargo, esa previsión contractual no dejó el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contrayentes; en efecto, de la lectura de la cláusula undécima emerge, sin lugar a dudas, que la facultad de rescindir alcanzaba a ambos contratantes en igualdad de condiciones.

Tampoco existió de parte del Banco un ejercicio abusivo del derecho de rescisión, ya que existió un motivo concreto, específico y serio para ejercer la opción de solicitar el receso (la adquisición del Crédit Uruguay Banco por parte del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay). Ello implicó que Crédit Uruguay dejara de operar como Banco, contexto que la Sala no analizó. Por lo tanto, existió justa causa por su parte para ejercer el derecho de rescisión pactado en la cláusula undécima.

En el considerando V de la impugnada se incurrió en incongruencia, ya que el Tribunal introdujo en el debate cuestiones no incluidas por las partes en sus actos de proposición iniciales. Ello se verificó por haber la Sala catalogado el negocio de autos como un contrato paritario o no negociado. No es esta la hipótesis de autos, ya que la firma del contrato obedece a la intención de las partes de reflejar un contrato verbal existente desde hace aproximadamente siete años. Además, tal línea argumental ni siquiera fue propuesta por el actor, por lo que mal podría haberla planteado la Sala. Claramente se infringió el principio de congruencia y, en consecuencia, su derecho de defensa al no haber podido refutar, en la oportunidad procesal pertinente, argumentos que no fueron planteados por su contraparte.

Además, el criterio de la Sala colocó al Banco en una situación muy difícil en materia contractual, ya que parte del error de suponer que por su calidad de institución bancaria casi todas sus contrataciones resultarían cuestionables en lo que a la igualdad de las partes refiere, salvo que contratara con otro Banco o con el propio Estado.

El actor no probó la existencia de los daños reclamados.

En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que se desestimara la demanda en todos sus términos.

V)La parte actora evacuó el traslado del recurso de casación abogando por su rechazo (fs. 214/219 vto.).

VI)El expediente fue recibido en la Suprema Corte de Justicia el 5 de mayo de 2015 (fs. 226). Por providencia No. 537/2015 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 227 vto.).

VII)En el curso del estudio del expediente cesó como integrante de la Corporación Jorge Ruibal Pino, por lo que debió procederse a su debida integración. Luego de las actuaciones y notificaciones del caso (fs. 230 y ss.), el 12 de agosto de 2015 se celebró el sorteo de rigor, resultando sorteado Tabaré Sosa, integrante del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o. Turno.

VIII)Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I)La Suprema Corte de Justicia acogerá parcialmente el recurso de casación interpuesto.

II)En cuanto a la validez o no de la cláusula undécima del contrato del arrendamiento de servicios vinculante.

Es de recibo el agravio.

Al respecto, se comparten tanto los argumentos expuestos por el recurrente como los del fallo de primera instancia.

En el caso, se probó que las partes acordaron, libremente, regular por escrito una relación contractual existente entre ambas desde siete años atrás, que se desarrolló sin inconvenientes durante ese lapso. Asimismo, como lo puso de manifiesto la parte demandada y surge de la prueba producida, la relación contractual supuso que Alejandro Rego no pagara alquiler, ni agua, ni energía eléctrica, y que fuera el Banco quien le proporcionaba las instalaciones para el comedor y la cocina, la limpieza del local, el mobiliario, la vajilla, los cubiertos y demás enceres (cláusula tercera, fs. 4), además de recibir un precio que, a junio de 2011, ascendía a \$ 90.918. Estas circunstancias resultan incompatibles con la naturaleza de un contrato no negociado, por lo que nunca puede ser abusiva una cláusula que fue adoptada en ejercicio de la autonomía de la voluntad (cf. sentencia de la Corte, No. 805/2012).

La interpretación de los contratos es “quaestio iuris” y, como tal, su estudio y revisión es admisible en casación.

La Corporación ha sostenido en sentencia No. 127/2009:

Toda cláusula contractual debe interpretarse dentro del proceso de negociación, procurando establecer la voluntad de las partes resultante de los elementos textuales y extratextuales aprobados; la interpretación de los contratos no puede limitarse a su tenor literal

porque su objeto es la manifestación de voluntad de las mismas (cf. Gamarra, Tratado, t. 18, 1977, pág. 217), (cf. sentencia No. 141/98).

La interpretación tiene por finalidad constatar el significado de la voluntad de los contratantes, saber lo que aquéllos quisieron, y al comprobar lo que las partes acordaron, se sabrá cuáles son los efectos jurídicos (tal la regulación que rige los actuales negocios).

En tal sentido, la interpretación del contrato es una actividad ajustada por una serie de preceptos que fijan los criterios que deben presidir dicha labor, y de estos métodos o criterios lógico-jurídicos el Magistrado no puede apartarse.

El Juez, frente al conflicto, presume que la voluntad contractual es la que se refleja en el texto, pero el cuestionamiento mismo de una de las partes que dio vida al negocio le obliga a recabar todos los elementos que confirmarán o no aquella voluntad reflejada en el texto y que indudablemente le permitirán la interpretación y calificación consecuente de los actos jurídicos realizados por los intervinientes (cf. sentencia No. 270/2004), (sentencia No. 216/2013).

Es sobre la base de estas premisas que la Corte comparte la interpretación efectuada en el fallo de primera instancia respecto de la cuestionada cláusula.

En ella se estableció:

(...) El presente contrato se celebra por el plazo de un año a contar desde el día 1o. de febrero de 2010, prorrogable automáticamente por períodos consecutivos iguales. Sin perjuicio de lo expuesto, este contrato puede ser rescindido unilateralmente en cualquier momento del plazo original o de sus prórrogas, por voluntad de cualquiera de las partes, sin expresión de causa, con un preaviso que deberá comunicarse a la otra con por lo menos sesenta días corridos de anticipación.

El preaviso será enviado mediante telegrama colacionado, o por cualquier otro medio fehaciente. Transcurridos que fueran los sesenta días contados a partir del siguiente a la recepción del preaviso, este contrato se considerará rescindido automáticamente, no generando derecho a reclamación por ningún concepto ni indemnizatorio ni penal a favor de ninguna de las partes. Desde la recepción de notificación de rescisión la empresa deberá desalojar las instalaciones entregando a conformidad del Banco las mismas, los enceres que le fueren proporcionados oportunamente y descriptos en este contrato, en un plazo máximo de 60 días (fs. 5/6).

La Corte comparte la clara y coherente interpretación que de esta cláusula efectuó la jueza "a quo", quien entendió que no revestía nulidad alguna ni que violentaba el principio de equilibrio consagrado en el artículo 1253 del Código Civil.

También coincide con la parte demandada en que la Sala parte de la discutible premisa de que el Banco se encuentra, en todos los contratos que firma, por su naturaleza de institución bancaria, en una posición de privilegio. Ello cabría aplicarlo para aquellos contratos que la institución bancaria, en el natural giro de sus negocios, realiza con sus clientes, con quienes, de regla, celebra contratos de adhesión. Pero no es este el caso de autos, donde nos encontramos ante un arrendamiento de servicios en cuya celebración participó un empresario que brindaba un servicio gastronómico (cantina) a los funcionarios del Banco.

En suma, no puede sostenerse, como lo hizo la Sala, que estemos ante un contrato paritario o no negociado, y menos aún, que la cláusula undécima violente el precepto de garantía consagrado en el artículo 1253 del Código Civil.

En virtud de la solución que viene de adoptarse en este tema, no es necesario ingresar a considerar el agravio por incongruencia.

III) En cuanto al ejercicio del derecho de receso por la parte demandada y a la existencia del lucro cesante reclamado en consecuencia.

Es de recibo el agravio.

Ahora bien, despejado el tema de la alegada nulidad de la cláusula undécima, corresponde analizar si el derecho de receso ejercitado por el demandado lo fue en los términos pactados en el contrato.

En lo que a esta cuestión refiere, cabe reiterar, como ya lo sostuvo la Corte en sentencia No. 84/2005, que (...) el derecho de receso que beneficia a ambas partes contratantes debe ejercerse lícitamente, encontrando como límite al abuso de derecho, principio recogido en el art. 1321 del C. Civil (del que el impugnante alega su infracción) y observando la buena fe que debe existir entre los contratantes (cfe. Bergstein, Extinción del Contrato de distribución, pág. 26. Ver asimismo autor cit. en A.D.C.U., t. XXVI, pág. 538 y ss.; Merlinski, “Modernas formas de distribución comercial”, págs. 36 y 37 y vasta jurisprudencia cit. por L. Larrañaga y G. Fernández, nota al pie de pág. 41 en “Límites al receso unilateral”, A.D.C.U., t. XXX, pág. 578).

Y en el mismo fallo se agrega:

Sostuvo Bergstein (op. cit., pág. 167) que quien pacta una cláusula de receso ha quedado irreversiblemente prevenido acerca de la posibilidad de éste, de manera que no puede luego alegar la nulidad (o la ineficacia) de la disposición. “Hay aquí una cuestión de «public policy» vinculada a la seguridad jurídica y a la protección en la palabra dada, que es esencial: la tutela de la legítima confianza o expectativa del destinatario de la declaración de voluntad en la palabra que se le ha dado”.

Y en el caso, como, con acierto, sostuvo la jueza “a quo”, si bien el derecho de receso no fue ejercido abusivamente (al existir causa justificada, objetiva y exteriormente apreciable, ajena al puro arbitrio de las partes), sí lo fue en forma intempestiva.

Véase que la rescisión operó como consecuencia del cambio de propietario de la entidad bancaria, habiéndose probado que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. no prestaba el servicio de cantina a sus empleados. Por lo tanto, no puede sostenerse que la rescisión fuera caprichosa o antojadiza, ya que, por ejemplo, no se contrató a una nueva empresa para brindar el mismo servicio, sino que, simplemente, se lo eliminó, de acuerdo con la política empresarial del nuevo propietario, cocontratante por sucesión universal del anterior cocontratante (Credit Uruguay Banco).

No obstante, el demandado no respetó los plazos consagrados en la cláusula undécima para el correcto ejercicio del derecho de receso unilateral, ya que solamente otorgó veinte días al actor para retirarse de la actividad, cuando la referida cláusula establecía un preaviso de sesenta días.

Si bien el demandado abonó a Alejandro Rego el precio del arrendamiento por todo el período del preaviso, le impidió desarrollar su actividad con mucha antelación, lo que derivó en el lucro cesante reclamado.

En este contexto corresponde tener por probada la existencia de la pérdida de ganancia padecida por el actor, en los términos previstos por el fallo de primera instancia, cuestión que no cabe entrar a analizar por imperio de lo establecido por el artículo 268 del C.G.P., en la interpretación dada inveteradamente por la Corporación.

En efecto, en segunda instancia se otorgó más plazo y, por ende, más cantidad por el referido rubro, razón por la cual debe entenderse que lo otorgado en primera instancia fue confirmado sin discordia, constituyendo un piso en etapa de casación que no puede disminuirse.

IV) En cuanto a la existencia del daño moral.

Es de recibo el agravio.

Como se sostuvo en las discordias extendidas en la sentencia No. 83/2009 de la Suprema Corte de Justicia:

La reparabilidad del daño moral en el proceso como el que nos ocupa está condicionada siempre e inexorablemente, a la prueba de su existencia, constituyendo una máxima en nuestra jurisprudencia y doctrina, que la prueba *in re ipsa* queda limitada únicamente a específicas situaciones, entre las cuales, no está comprendido el daño moral causado por incumplimiento contractual, supuesto en el que se requiere prueba a cargo de la parte que lo invoca.

Como sostiene Gamarra (T.D.C.U. T. 25, págs. 69 y ss.), la jurisprudencia uruguaya postula que el daño moral no resulta irresarcible porque le falte cierta entidad cuantitativa; no lo es porque en esos casos de ausencia de una entidad mínima no existe el daño moral. "...No estamos frente al aspecto de cuantificación o medida de la importancia del daño moral, sino en el ámbito de la definición.

No es necesario entonces hablar de un daño moral irresarcible porque no tiene entidad suficiente. Basta con afirmar que el daño moral no existe" (pág. 77).

El T.A.C. 5o. en Sent. No. 99/99 afirmó: "La Sala entiende, por añadidura, que la reparabilidad del daño moral queda condicionada a la causación de sensación disvaliosa del espíritu de cierta entidad, como requisito que exige la propia resarcibilidad de esta categoría de daño.

En suma, en el caso no se afirmó la irrogación de perjuicio patrimonial ni se probó la causación de daño moral reparable..."

En ese sentido, resulta íntegramente compatible lo sostenido por el T.A.C. 4o., Sent. No. 158/06: "...un incumplimiento contractual cualquiera sea su importancia no genera por sí solo una presunción de daño moral resarcible, debiendo estar revestido de características muy especiales que permitan suponer que hubo de afectar el equilibrio emocional y síquico..." (ADCU, T. 37, c. 192). También de la misma Sala Nos. 165/05, 169/02, 6/97, 17, 31 y 142/97, 136/98, entre otras.

Analizando el punto en sede de contrato de mutuo o préstamo (como es el caso de autos) el T.A.C. 7o., Sent. No. 94/04 señaló: "La Sala, en mayoría, sustenta un criterio restrictivo en punto a la reparación por daño moral en hipótesis de responsabilidad contractual, en que el daño no se verifica 'in re ipsa', sino que debe estarse a las especiales circunstancias de hecho y a la prueba efectiva y eficiente del daño que se invoca (...)"

En el caso, consideramos que la razón fundamental para desestimar el daño moral radica en la ausencia absoluta de prueba de su existencia.

Como claramente se pone de relieve en la sentencia de primera instancia: la posibilidad de una rescisión anticipada del contrato era algo que el propio actor conocía y asumió al consentir el contrato libremente, por lo que era una hipótesis previsible (más aún para quien se ha dedicado y se dedica a brindar un servicio como el prestado por Alejandro Rego).

Además, y como también lo señaló la jueza "a quo", los alegados problemas económicos planteados por el accionante son los mismos que se le hubieran presentado después del vencimiento del plazo contractual, por lo que parece claro que los hechos de autos carecen de la entidad necesaria para generar un perjuicio espiritual relevante.

V)La conducta procesal de las partes no justifica imponer en el grado especiales condenaciones en gastos causídicos (artículo 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

Ampárase parcialmente el recurso de casación interpuesto; en su mérito, anúlase la sentencia impugnada y confirmase el pronunciamiento de primera instancia.

Sin especial condenación procesal.

Y devuélvase.