

Estudiados los autos, la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 244/252?

El Señor Juez de Cámara doctor Caviglione Fraga dice:

I- La sentencia de fs. 244/252 desestimó la demanda deducida por Carlos Reinaldo Caracotche contra El Hogar Obrero Cooperativa de Consumo Edificación y Crédito Limitada a fin de que le fuera reintegrada la suma de U\$S 25.000 que el actor abonó en concepto de canon inicial para la concesión exclusiva de un local destinado a supermercado y galería comercial.

Para resolver en el sentido indicado, el magistrado a quo, en primer término, consideró que si bien las partes están contestes en la existencia de dicho contrato, discrepan en cuanto a si éste tenía o no el carácter de precontrato. En ese orden, sostuvo que de la lectura del instrumento adjuntado al sub lite se concluye que las partes no se obligaron a celebrar un nuevo contrato, sino que en él se establecieron y precisaron las obligaciones a cargo de cada una de las partes, por lo que ello autoriza a calificarlo como un contrato. Asimismo, señaló que los hechos subsiguientes de las partes, en el caso, en tanto que al actor le fue entregada la tenencia del inmueble así como las gestiones que efectuó a las distintas empresas prestadoras de servicios públicos, permiten concluir que existió en aquél un principio de ejecución. Sostuvo, que esta circunstancia, sumado al hecho que en la cláusula segunda de dicho instrumento las partes acordaron que el concesionario debía abonar la suma de U\$S 25.000 a su firma en concepto de canon inicial y no reembolsable - hecho reconocido por el propio actor- lleva al rechazo de la demanda.

II- Apeló el actor. Su expresión de agravios obra en fs. 263/265, que mereció la réplica de la demandada en fs. 270/275.

El recurrente señala que las obligaciones que se pactaron en el contrato se encontraban sujetas a una condición, esto es, que el síndico del concurso lo refrende en atención a la situación concursal del Hogar Obrero Cooperativa Limitada. Así, no cumplido este requisito la suma de U\$S 25.000 que abonó en concepto de canon inicial le debe ser reintegrada de conformidad con lo que establece el artículo 548 del Código Civil. Agrega, que a ello no obsta el carácter de "no reembolsable" de dicha suma, pues entendió que estaba sujeta a la ratificación antes mencionada. Por último, sostuvo que existió un pago sin causa y un abuso del derecho en la conducta asumida por la demandada.

III- De acuerdo con lo expuesto precedentemente corresponde, en primer término, a los fines de examinar la cláusula en cuestión, analizar qué se entiende por los términos precontrato, contrato preparatorio y contrato ad referendum.

Así, el contrato preliminar o precontrato es usualmente definido como: "...un pacto de contrahendo, es decir un contrato (puro o condicional), jurídicamente contingente, que obliga a la conclusión de otro contrato (definitivo o preliminar) que regulará los intereses de las mismas partes sustanciales. El contrato preliminar no debe confundirse con las pourparlers que no son un contrato sino simples tratativas para llegar a él y se sitúan en el período precontractual (...) al sostener que el preliminar es un contrato queda definida su naturaleza jurídica normativa...". Por otra parte, el contrato preparatorio es un pacto de modo contrahendo, es decir, este tipo de

contrato no obliga a la celebración de otro, pero en él se suministran las bases para su concertación. Son consecuencia de la contratación en masa, propia de los sistemas económicos modernos y responden a la necesidad de uniformidad o standarización de los negocios que se da en la producción y negociación en serie, tales como los contratos reglamentarios/tipos y los normativos.

No deben confundirse aquéllos con los llamados negocios ad referendum o negocios claudicantes, que son así llamados cuando la declaración de voluntad de algunos de los contratantes (o la de ambos) requiere ser integrada por otra declaración de voluntad (asentimiento, aprobación, homologación), es decir, el consentimiento es dado bajo la condicio juris de producirse un hecho externo que lo haga eficaz, la estructura del acto, responde, en general, a la del acto bajo modalidad condicional(ver Llambías, Joaquín, Código Civil Anotado, Tomo III-A, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1982, pág. 35/37, asimismo López de Zavalía, Fernando, Teoría de los Contratos, Tomo I, Ed. Zavalía, Bs.As., 1991, pág. 90/92, cfr. CNCiv, Sala D, "Carrascal, Carlos c/ Videla, Dorna", del 13.12.83; CNCom., Sala C, "Cesaro, Eduardo c/ Romano, Pascual", del 09.12.86; CNCiv y Com., Sala III, "Marletta, Angel c/ Los Mimbres S.A. y otros", del 02.06.87, CNCom., Sala B, "Peroni, Gino Esteban y otro c/ Medicina y Ciencia S.A.", del 21.12.07) En igual sentido se ha dicho que el negocio ad referéndum es un acto complejo, que requiere la combinación de diversas declaraciones de voluntad distintas puestas al servicio del interés de uno de los agentes o de terceros por quienes actúan los que emiten la declaración (ver Mosset Iturraspe, Jorge, Compraventa Inmobiliaria, Ed. Ediar, Bs.As.,1976, pág. 26).

Otros autores, en cambio, -a cuya cita se remitió la juez Kemelmajer de Carlucci en los autos: "Asociación Mutual de Suboficiales y Agentes de Policía de Mendonza c/ Dalvian S.A.", del 26.03.92- no los consideran actos sujetos a condición ni contratos. Así, Betti señala: "...es un negocio subjetivamente complejo en el cual lo que pende en la incerteza y en la duda es la misma formación del negocio en su perfección. De ello deriva, de un lado, que mientras el negocio no sea perfecto, con el sobrevenir del último acto, los precedentes no son, en principio, irrevocables y vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario. Por el contrario, en el negocio bajo condición, lo que es incierto no es la perfección del negocio, sino el vigor del precepto que contiene el comienzo de su efectividad, si la condición es suspensiva, y el cese de la misma si es resolutoria (Betti, Emilio, Teoría General del negocio jurídico, 2da. Edición, Tratado de Martín Pérez, Madrid. Ed. Revista del Derecho Privado, pág. 221 y 387). Asimismo, Lafaille sostiene que los contratos ad referendum no merecen el nombre de contratos, pues no reúnen todos sus requisitos indispensable, en particular aquellos que se tuvo en mira cumplir al otorgarlos. Por ello, no lo son los que realizan los representantes legales de los incapaces subordinados a la homologación judicial, aquellos en que intervienen los síndicos en los concursos para obtener la conformidad de la junta de acreedores o bien los directorios en las compañías con vista al pronunciamiento de las asambleas, como cualquiera de los restantes mandatarios que se sujetan al asentimiento de los respectivos comitentes (Lafaille, Héctor, Derecho Civil Contratos, Volumen I, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1953, número 38 pág. 52).

De lo expuesto, y sin perjuicio de las diversas teorías que se han expuesto sobre el tema, se concluye que ambos son convenciones jurídicas y, por tanto, contratos, pero en el contrato preliminar o precontrato no corresponde renovar el consentimiento al celebrar el ulterior

contrato, pues éste se ha prestado al celebrar el precontrato; no sucede así con el contrato ad referendum, en los cuales la declaración de voluntad se encuentra sujeta a ratificación (ver en este sentido Spota, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, Contratos, Volumen II, Ed. Depalma, 1982, pág. 1).

IV- En lo que se refiere al sub lite cabe señalar que en la cláusula décimo novena del contrato de concesión adjuntado en fs. 4/6 se estableció: "...dado que el Hogar Obrero Cooperativa de Consumo, Edificación y Crédito Ltda., se ha presentado en concurso preventivo que tramita ante el Juzgado Comercial N° 17 Secretaría 34 de la Capital Federal y que esta concesión se efectúa dentro del marco autorizado por el Señor Juez del Concurso según resolución dictada el 18 de noviembre de 1991 en el "incidente de concesión de sedes", las partes declaran que este contrato entrará en vigencia desde la fecha en que fuese firmado por el síndico del concurso preventivo, según lo dispone la resolución judicial citada".

Así, se advierte que el contrato celebrado no es ni un precontrato ni un contrato preliminar, ni tampoco un contrato definitivo; se trató, en cambio, de un contrato ad referendum o claudicante pues necesitaba su ratificación por el síndico del concurso de la demandada. Ahora bien, es dable señalar que dicho contrato nunca fue ratificado por el síndico en tanto que luego de su celebración y de la mejora de oferta propuesta por el actor, aquél sostuvo: "...entiendo que en este estado de las actuaciones ningún beneficio acarrea al cumplimiento del acuerdo el contrato propuesto y por lo tanto tampoco a los acreedores quirografarios. En tales condiciones homologar el contrato aparece como perjudicial para los acreedores quirografarios, pues la ventaja que se paguen los impuestos futuros y se ocupen las propiedades es relativa, frente a la venta de los inmuebles afectados cuya posibilidad de concretarse disminuye por su ocupación por el período de tres años con opción a dos más. Por ello, estimo que tanto por el destino de los fondos, ajeno a los intereses de los acreedores quirografarios, como por su influencia en la liquidación del activo afectado, la operación proyectada es perjudicial para el concurso..." (Ver fs. 1003/1004 del expte: "El Hogar Obrero s/ concurso preventivo s/ inc. de autorización Ley 19.551 concesión de explotación de sedes" que se tiene a la vista) y por tanto no fue homologado.

Así, en tanto todo contrato ad referendum -como fue señalado- está sujeto a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, a lo cual queda supeditada su operatividad; trasladado ello al sub lite, en que la condición suspensiva no aconteció (ratificación del contrato por el síndico), indefectible es concluir que el contrato no se concretó y, por consiguiente, los contratantes tienen derecho a repetir lo que han entregado estando pendiente la condición (cfr. art. 547 del Código Civil). Ello es así, pues tal como señala Llambías la acción por repetición debe estar sujeta a determinadas circunstancias entre las que menciona: "...el pago puede ser efectuado por el deudor, sin error y sin renunciar a la condición, pero con el propósito de que el acreedor se beneficie desde ya con el goce de la prestación que es objeto de la obligación; se trata de un pago de causa futura que no es definitivo porque puede resultar sin causa si esa causa futura "de hecho no se hubiere realizado" -art. 793 del Código Civil- o si fallara la condición, en cuyo caso, la repetición sería procedente..." (Ver Llambías, ob. cit., pág. 232/233). Esto es, reitero, lo que aconteció en el sub examine, pues se trató de un pago con causa futura en que no se produjo la condición -la firma del contrato por el síndico- al que estaba sujeta su efectividad y, por tanto, el derecho a la repetición de lo entregado ha devenido indiscutible.

A lo expuesto no constituye óbice el hecho de que -según lo alegado por la demandada- haya existido principio de ejecución del contrato, en cuanto el actor tuvo la tenencia del inmueble e hizo inversiones y refacciones (hecho reconocido por éste, ver fs. 987/988 del expte. sobre incidente de sedes y en fs. 167/168 de estos autos). Ello es así, en tanto establecer cuando un acto implica principio de ejecución de un contrato constituye una cuestión de hecho, apreciable de acuerdo con las circunstancias del caso, pero debe tratarse de actos que revelen inequívocamente la voluntad de cumplir, pues su interpretación es restrictiva y, en caso de duda, debe entenderse que el contrato no ha tenido principio de ejecución (cfr. CNCiv., Sala E, LA LEY, 1977-C, 145). Además, debe tratarse de actos posteriores a la firma del contrato (cfr. CNCiv, Sala H, "Pérez, Ricardo c/ Leers, Alberto s/ ordinario", del 26.9.94). El mero hecho de la tenencia del inmueble por parte del actor, no implicó, así, principio de ejecución del contrato, pues su vigencia se encontraba sujeta a que fuera firmado por el síndico del concurso del Hogar Obrero, lo cual constituía el refrendo de que dependía que el contrato quedara perfeccionado.

De acuerdo con lo expuesto, y con base en un criterio de interpretación integral de los términos del acuerdo, en el cual ha de tenerse en cuenta la convención como un todo inescindible, sin interpretarse sus cláusulas separadas y fuera de contexto (ver Belluscio, Augusto, Código Civil y leyes complementarias, Tomo V, Ed. Astrea, Bs.As., 2007, pág. 910/911), es como debe examinarse el contrato de autos. En ese cometido se advierte que la cláusula 2da. establece que: "...la concesionaria abonará a la concedente en concepto de llave, la suma de U\$S 25.000 a la firma del presente contrato, que reviste el carácter de canon inicial y no reembolsable por ningún concepto..." (Ver fs. 4) y a su vez la cláusula 19 regla que: "...este contrato entrará en vigencia desde la fecha en que fuese firmado por el síndico del concurso preventivo..." y de la cláusula 1ra. se extrae que: "...la tenencia se entregaría a los cinco días de suscripto el presente contrato por parte del señor Síndico...".

Por consiguiente, una interpretación armónica e integral impone considerar que el contrato, por haberse celebrado ad referendum, sólo tendría vigencia a partir de que el síndico diera su conformidad (cláusula 19) y que lo establecido sobre la entrega de la tenencia del inmueble y de cierta suma de dinero y el de su carácter de "no reembolsable" (cláusulas 1ra. y 2da.), sólo pudo cobrar virtualidad una vez que el contrato se hubiese perfeccionado. De allí que la condición de entrega "no reembolsable" no pudo analizarse en forma aislada marginándose de las restantes estipulaciones.

Y para concluir, no puede pasarse por alto que la entrega de esos U\$S 25.000 se reputó expresamente a "valor llave", que componía un bien intangible que, en definitiva, por falta de perfeccionamiento del contrato, no se transfirió, quedando en el activo de la entonces concursada, de lo que se seguiría que la convalidación de no restituir constituiría un pago incausado.

V- En cuanto a la moneda de pago, cabe señalar que en supuestos como el de autos en que se pactó moneda extranjera y se trata de contrato entre particulares con anterioridad a entrar a regir la legislación de emergencia, corresponde aplicar la doctrina del esfuerzo compartido, en virtud de la cual, cada una de las partes deberá soportar pérdidas parciales en aras de recomponer de algún modo el sinalagma contractual.

Este es el criterio que en definitiva ha sostenido la C.S.J.N. in re "Longobardi Irene G. y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L." del 18-12-07, expresando entre otros argumentos y en lo que aquí interesa que: "...mandar a los acreedores a que inicien un juicio ordinario posterior para solicitar el reajuste equitativo de la obligación de reintegrar una suma de dinero, frente a la alternativa de solución que surge de las leyes en examen a que se ha hecho referencia, resulta inconveniente a poco que se advierta que generaría un dispendio de actividad jurisdiccional incompatible con el adecuado servicio de justicia (art. Fallos: 318:2060; 322:437 y 323:3501)..." (v. considerando 26).

A lo que agregó que: "...a la luz de las referidas orientaciones normativas, se presentan, básicamente, dos caminos alternos para dar solución a problemas como el aquí suscitado, frente a los cuales el operador jurídico tiene el deber de aplicarlos de manera integrada a fin de hacer efectiva la regla de equidad que, como ya se ha señalado, constituye el eje sobre el que la legislación de emergencia ha procurado hacer girar todo el sistema de reajuste. Tales caminos son a) aplicar los parámetros indicados en las prescripciones legales referidas en los considerandos anteriores (en síntesis, determinar el quantum de la obligación según la paridad 1 a 1 más CER, más intereses); y b) ordenar la distribución equitativa entre los contendientes de las consecuencias de la variación cambiaria (las diferencias entre un dólar igual un peso y el dólar de mercado, más sus intereses)" (v. considerando 29).

Precisó además que "... ante la concreta plataforma fáctica de este caso y en las circunstancias actuales, la solución con mayor aptitud para el resguardo de los derechos constitucionales de las partes es la distribución proporcional del esfuerzo patrimonial, en tanto materializa de modo más acabado el principio de equidad..." (v. considerando 30°, primer párrafo).

Seguidamente puso especial énfasis en remarcar que "...a efectos de alcanzar una recomposición justa y razonable de las prestaciones, la utilización de los instrumentos creados por las normas de emergencia debe efectuarse de manera coordinada y sistemática, preservando la efectividad del rol que el legislador ha conferido al CER como factor esencial en el mecanismo de reestructuración de las obligaciones y que, para supuestos como el de autos, debe ser entendido como una garantía para el acreedor a no ser constreñido a percibir montos inferiores de los que se obtengan mediante su aplicación" (v. considerando 30, segundo párrafo).

Concluyó entonces que "...corresponde convertir a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio -tipo vendedor- del día en que corresponda efectuar el pago, salvo que la utilización del coeficiente de actualización, previsto en las normas de emergencia económica arroje un resultado superior" (v. considerando 31).

En consecuencia, corresponde pesificar a la relación un peso igual un dólar y la diferencia entre esa relación de cambio establecida por las disposiciones que impusieron la pesificación y la cotización actual de los dólares estadounidenses en el mercado libre de cambios tipo vendedor, será soportada en un 50% por cada parte. Al capital de la condena pesificado del modo expuesto, se le aditará desde la mora -ocurrida el 8.4.97 fecha en la cual el síndico desaconsejó la aprobación del contrato- y hasta el efectivo pago un interés compensatorio del 3% anual siguiendo el criterio de la C.S.J.N. en el citado caso "Longobardi" en el que se

estableció que correspondía un rédito por todo concepto -compensatorio y moratorio- del 7,5%, siendo que en este caso no se reclamó el interés punitivo. Con ese alcance se modificará la sentencia, precisándose que el valor de la condena merced a la aplicación de las pautas precedentes, no podrá superar el valor de la pretensión originaria del 7,5% anual no capitalizable entre moratorios y punitivos (cfr. fallo "Longobardi", antes citado).

Por lo expuesto, cabe estimar la apelación y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda con el alcance fijado precedentemente.

VI- Por ello, corresponde revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda, condenando al pago de las sumas reclamadas con los alcances fijados precedentemente. Con costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida (cfr.art. 68 del Código Procesal).

El Señor Juez de Cámara Doctor Miguel F. Bargalló dice:

Comparto los fundamentos vertidos por el Señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.

Por análogas razones el Señor Juez de Cámara Doctor Angel O. Sala adhiere al voto que antecede.

Y vistos:

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda, condenando al pago de las sumas reclamadas con los alcances fijados precedentemente. Con costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida (cfr.art. 68 del Código Procesal).Notifíquese a las partes por cédula a confeccionarse por secretaría.

Bargalló

Sala

Caviglione Fraga