

## Contratos Comerciales Locacion De Obra Licitacion Adjudicacion Rescision De Contrato

### JURISPRUDENCIA

En Buenos Aires, a 4 de febrero de 2013,

se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?DEST S.A. c/ INSTRUMENTOS MUSICALES S.A. s/ ORDINARIO?, registro n° 7448/2009, procedente del JUZGADO N° 16 del fuero (SECRETARIA N° 32), donde está identificada como expediente N° 057107, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo, Dieuzeide. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Heredia dijo: 1°) La sentencia de la anterior instancia -dictada a fs. 481/489- rechazó la demanda promovida por Dest S.A., mediante la cual reclamó a Instrumentos Musicales S.A. la suma de \$ ?, o lo que en más o menos surgiese de la prueba rendida, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios que dijo padecer como consecuencia de haber dejado la demandada sin efecto y de manera intempestiva el contrato copiado en fs. 103/119 que, según alegó, suscribió con fecha 18/10/07 como adjudicataria de cierta licitación para llevar a cabo tareas de excavación, submuración, hormigón armado y albañilería para la construcción de oficinas y local comercial en el inmueble ubicado en ? de esta ciudad. Para así decidir, el juez a quo consideró, en cuanto aquí interesa, que de la prueba producida surgía que quien había resultado adjudicataria de la obra en cuestión no fue la actora sino la empresa Pavic S.R.L., y que si bien había sido reconocida la participación de aquella en la licitación efectuada por la demandada, no se había logrado acreditar de manera suficiente: I) que del documento copiado en fs. 103/119 surgiese la adjudicación definitiva invocada para efectuar las tareas licitadas; II) que se hubieran realizado gastos como consecuencia de tal contratación; y (c) que las tareas realizadas hubieran representado actos de ejecución del contrato. 2°) Contra dicha decisión apeló la actora (fs. 492). Fundó su recurso a fs. 500/503, el cual mereció respuesta de la contraria a fs. 506/509. La apelante se queja, fundamentalmente, de que el magistrado de la anterior instancia interpretase que el documento copiado en fs. 103/119 no era más que un pliego licitatorio privado y que, por ello, no hubiera tenido por acreditada la contratación invocada. En tal sentido, sostiene que el juez a quo efectuó una exégesis parcial de dicho documento omitiendo indicar aquellas cláusulas que darían cuenta de la existencia de un acuerdo definitivo para que la actora, como adjudicataria, efectuara las tareas licitadas. Para demostrar el desacierto del juez, detalla las partes del documento que demostrarían la existencia de tal contratación. Asimismo, cuestiona que el sentenciante de grado no hubiese tenido en cuenta como elemento probatorio del contrato que, según las declaraciones testimoniales, la actora fue la única empresa a quien le fueron entregadas las llaves del lugar de la obra, y que tampoco considerase, como acto ejecutorio del acuerdo, el hecho de haber tomado un seguro de caución para cubrir el monto estipulado como anticipo financiero conforme lo previsto en el artículo 5° del mencionado documento de fs. 103/119. 3°) En general, se entiende por ?licitación? una manera de formación de los contratos por la cual un sujeto hace una invitación a ofrecer, frente a la cual varios oferentes hacen llegar sus propuestas por escrito, teniendo el que hizo la invitación facultad de elegir la que más le conviene (conf. Messineo, F., Doctrina General del Contrato, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 321; Lafaille, H., Derecho Civil - Contratos, Buenos Aires, 1953, t. I, p. 147 y ss., n° 128, 129 y 131). La ?licitación? está dirigida, pues, a la selección del candidato idóneo para ocupar la posición de parte contractual en el posterior contrato definitivo (conf. Menéndez Mato, J., La oferta contractual, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998, ps. 126/127) y, como se dijo, ella se inicia con una invitación a ofrecer, es decir, parte de una solicitud hecha a una o varias personas para que éstas se hagan oferentes de un contrato (conf. Videla Escalada, F., Contratos, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 286, n° 2.2.1). En particular, la ?licitación? es un modo común de formación del contrato de locación de obra, que tiene puntos de contacto con el sistema de la ley de obras públicas (conf. Garrido, R. y Zago, J., Contratos Civiles y Comerciales, Buenos Aires, 1991, t. II, p. 347; Borda, G., Tratado de Derecho Civil - Contratos, Buenos Aires, 2005, t. II, ps. 57/58, n° 1070). Así pues, con referencia especial al contrato de locación de obra, el término ?licitación? define un procedimiento complejo que se inicia con la invitación o convocatoria del comitente a un conjunto de sujetos en forma amplia (licitación pública o abierta) o restringida (licitación privada o por invitación) para que después de examinar las bases y condiciones establecidas para llevar a cabo la obra, precisen su oferta, que debe ajustarse a dichas bases y condiciones. Luego se designa al futuro contratista de entre los intervinientes, en mérito a la mejor oferta. Ese procedimiento complejo se da, entonces, en el periodo precontractual, y tiene por fuente la voluntad o promesa unilateral del dueño de la obra que llama a concurso. Tal voluntad o promesa unilateral se torna bilateral sólo cuando se produce la adjudicación al oferente o cotizante ganador -última operación de la licitación- y serán las bases y condiciones establecidas en la

licitación las que delimiten el alcance y constituyan el antecedente causa-fuente del contrato definitivo que celebrarán el dueño de la obra y el oferente o cotizante que, en tanto adjudicatario, pasa entonces a ser contratista (conf. Belluscio, A. y Zannoni, E., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 2001, t. 8, comentario al art. 1629, ps. 73/75, n° 12). En suma, la licitación no es más que un procedimiento preliminar al contrato de locación de obra, que constituye un antecedente valioso para su formación y prueba (conf. Salvat, R. y Acuña Anzorena, A., Tratado de Derecho Civil Argentino - Fuente de las obligaciones, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 329, n° 1201), pero que no es el contrato mismo del que habrán de derivar las obligaciones del comitente y del empresario.

4°) El documento de fs. 103/119 representa, a la luz de su sola lectura y aisladamente considerado, una licitación privada para la contratación de una locación de obra. Todas las páginas de él tienen en su encabezado la palabra "Licitación". Aparte de ello, a fs. 104 puede leerse el título "Llamado a Licitación" y, más adelante, la enumeración de las "Características de la Licitación", así como, en la cláusula 3ª, lo atinente a la "Metodología de la Licitación" (fs. 106). Lo anterior aparece vinculado al siguiente objeto: "contratar las tareas completas del rubro: excavación, submuración, hormigón armado y albañilería para la obra del epígrafe", o sea, la del inmueble sito en Av. Corrientes ... (fs. 104, "OBJETO"). Asimismo, según el indicado documento, la parte "oferente" o "cotizante" habría de ser "la empresa o persona que cotiza los trabajos solicitados" y, de su lado, la parte "contratista" sería la "empresa o persona que podrá, en caso de ser adjudicataria, celebrar con Instrumentos Musicales S.A. (I.M.S.A.) el correspondiente contrato para realizar las tareas, que se le encomiendan" (fs. 104, "ACLARACIÓN DE LAS DENOMINACIONES"). Y con referencia particular a la demandada, el documento expresó lo siguiente: "Instrumentos Musicales S.A. (I.M.S.A.) invita a ofertar a los cotizantes aclarando expresamente que se reserva para sí la facultad de contratar a aquel que a su solo y único criterio ofrezca las mejores condiciones de plazos, técnicas y/o económico-financieras para el cumplimiento de las prestaciones que importa el emprendimiento" (fs. 104, "CARACTERÍSTICAS DE LA LICITACIÓN"). Como se puede ver, tanto al referir al objeto, como igualmente al identificar al contratista, el documento de que se trata aludió a la realización de un evento futuro determinado por la necesidad de "contratar las tareas del rubro" mediante un acuerdo "a celebrar con Instrumentos Musicales S.A..." conjuntamente con la persona que resultase adjudicataria, es decir, un contrato específico. Asimismo, consistente con lo anterior, el documento muestra que la demandada se limitó solamente a poner en juego una invitación dirigida a terceros para que ellos realicen la oferta contractual atinente a la ejecución de las tareas individualizadas en el objeto, sin asegurarle a ninguno en especial la aceptación de la oferta o cotización que hicieran, sino por el contrario reservándose la selección de la mejor postura. Lejos, pues, denota el documento de fs. 103/119, en su desnuda literalidad, la presencia de un concluido o perfeccionado contrato de locación de obra, del que resulten las obligaciones propias del comitente y del adjudicatario devenido en contratista. La actora, empero, ha intentado de demostrar en autos lo contrario, pero sin éxito a mi modo de ver, tal como lo explico seguidamente.

5°) Ciféndome exclusivamente a las razones, expuestas por la actora en su memorial de agravios, enderezadas a la demostración por ella pretendida, diré lo siguiente: (a) La verdadera esencia del vínculo que ya liga a la persona que realiza, en el marco de una licitación privada, una invitación a hacer ofertas, se halla, cabe repetirlo, en la voluntad unilateral de ella. Y si bien el ejercicio de esa voluntad unilateral puede dar lugar a supuestos de responsabilidad precontractual dependiendo de los antecedentes, circunstancias y pruebas de cada caso (conf. Salvat, R. y Acuña Anzorena, A., ob. cit., t. II, p. 330, n° 1202), lo cierto es que, por cuanto aquí interesa decir, la parte actora no encuadró jurídicamente su demanda en el marco de lo precontractual sino, por el contrario, fundó su reclamo en una alegada responsabilidad de su contraria por haber rescindido indebidamente un contrato perfeccionado o concluido (fs. 121). (b) Ahora bien, la idea de estar en presencia de un contrato perfeccionado o concluido del que la actora sería ya parte, solamente podría aceptarse, como hipótesis, en el caso de haberse acreditado que ella formalmente fue elegida o seleccionada por la demandada para ejecutar la obra licitada. Sin embargo, esto no ha sido así. En efecto, la prueba testimonial demostró que la adjudicación de la obra no recayó en la demandante sino, por el contrario, en otra cotizante: Pavic S.R.L. (fs. 364, respuesta 4ª y 13ª; fs. 384, repregunta 7ª; fs. 387, respuesta 4ª). Por cierto, la actora no levantó ninguna tacha referente a la idoneidad de los respectivos testigos en los términos del art. 456 del Código Procesal y tampoco alegó en contrario en la oportunidad prevista por el art. 482 del mismo código (fs. 463), constituyendo las pocas palabras que dedica al tema en su expresión de agravios (fs. 502 vta., punto 9), sobre las que se volverá más adelante (véase considerando 6° de este voto), evidentes reflexiones tardías de suyo inhábiles para contrarrestar la mencionada prueba testimonial (art. 386 del Código Procesal). En tales condiciones, si la actora no acreditó haber sido elegida o seleccionada en el proceso de licitación, es decir, si pese a haber cotizado no resultó finalmente entronada en la condición de adjudicataria, mal puede afirmar ser parte de un contrato de locación de obra perfeccionado por cuya rescisión indebida la demandada deba responder civilmente. Sostener otra cosa es no comprender que el contrato de locación de obra era un posterius cuyo prius era la licitación convocada por la demandada en cuyo desarrollo debió la actora ser seleccionada por la demandada, lo que no ocurrió. (c) Empero, la actora confunde ese posterius con el mencionado prius, incurriendo así en un equívoco que la lleva, incluso, a pretender mostrar

como contrato definitivo lo que en realidad representó solo la exposición de las bases y condiciones de la licitación preordenadas por la demandada. Dicho con otras palabras: a pretender como contractualmente vinculante lo que, con relación a la actora (y, desde luego, también respecto de los demás cotizantes no elegidos), fue exclusivamente la exposición del contenido -predispuesto por la demandada- de las características de la obra pretendida, en función del cual los interesados habrían de realizar ofertas de contrato. Solamente a partir de esa confusión o equívoco es que la actora pudo construir su inadmisibles discurso, no sin incluso forzar los argumentos con la intención de sostenerlo. Veamos. (d) Para afirmar que el documento de fs. 103/119 es el contrato definitivo, concluido y perfeccionado de locación de obra que la tendría como contratista, sostuvo la actora que el juez a quo omitió ponderar el artículo tercero de aquél titulado "Documentos que integran el contrato", cuyo inciso 8° -copiado a fs. 107- contempla la siguiente frase: "Se realiza el cierre técnico que conjuntamente con el presupuesto y la carpeta de licitación conforman el contrato?". Aduce la demandante que esta frase demuestra que no hay contrato en sí, sino que todo el conjunto de documentación, comenzando por el pliego de licitación es constitutivo del contrato. Sostiene, en fin, que a la misma conclusión se llega ponderando el artículo 2° -copiado a fs. 106- que transcribe parcialmente (fs. 501, punto ?a?). El argumento no es sino fruto de una visión sesgada del documento de fs. 103/119, pues la parte actora omite observar lo que resulta, a renglón seguido, del inciso 9° correspondiente el mismo artículo tercero, en el que se señala con claridad que, con posterioridad a lo previsto en el mencionado inciso 8°, "Se firma el contrato entre INSTRUMENTOS MUSICALES S.A. (I.M.S.A.) y la Empresa adjudicada?" (fs. 107), es decir, que habría de suscribir el contrato definitivo que es posterior con relación a la licitación, quedando claro que su otorgamiento, conclusión o perfeccionamiento, quedaba postergada para momento ulterior al indicado ?cierre técnico?. Por cierto, que el artículo tercero, inciso 8°, precise que el contrato se integra con el presupuesto (es decir, con el precio cotizado por el adjudicatario) y con la carpeta de licitación, no es más que la aclaración de lo que normalmente ocurre en procesos de formación contractual como el aquí considerado, pero sin que de ello pueda derivarse lo pretendido por la actora. Es que, normalmente, las bases y condiciones predispuestas en una licitación pasan a integrar, después de producida la adjudicación, el contenido del contrato definitivo, lo mismo que la cotización dada por el oferente devenido adjudicatario. Pero de ello no se sigue que licitación y contrato definitivo sean la misma cosa. Es que uno de los principios rectores en la materia consiste, precisamente, en considerar al pliego de condiciones como la ley de la licitación o ley del contrato, pues es en él donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y/o del adjudicatario, con las notas de aclaración que en el caso correspondan (CSJN, doctrina de Fallos: 308:618; 311:2831 y 316:382), siendo el contenido de ese pliego de condiciones el que, posteriormente, forma parte del contrato de locación de obra (conf. Borda, G., ob. cit., t. II, p. 61, n° 1075). (e) Alega la actora, por otra parte, que en el artículo 3°, apartado ?i?, se expresa que "EL CONTRATO que se celebra está integrado..." (fs. 217), y que si hubiese querido decir "El contrato que se celebrará, estará integrado", lo hubiese dicho. También apunta que en tal artículo se manifiesta que los elementos de la oferta ?son? parte del contrato (fs. 501, punto ?b?). A criterio del suscripto, la no utilización, como modo verbal, del futuro simple del indicativo (?celebrará?, ?estará?), no es prueba de que el documento de fs. 103/119 sea, en sí mismo, un contrato perfeccionado a favor de la actora. Por el contrario, el tiempo presente del indicativo que fue utilizado en el documento (?celebra?, ?está?), evidencia nada más que una modalidad posible de redacción, mediante la cual se pretendió poner énfasis en lo antes dicho, o sea, que el contenido del contrato definitivo no sería otro que el preordenado en el pliego licitatorio. Por lo demás, la interpretación efectuada por la apelante queda desdibujada ante la lectura completa del referido artículo en la parte indicada, pues en ella se establece como elementos integrantes del contrato, además de los elementos de la licitación y de la oferta, a la "Contrata o contrato" (fs. 107), esto es, al contrato definitivo. (f) Por otra parte, afirma la actora que otra prueba de la existencia de una contratación definitiva a su favor radica en la ponderación del precio indicado en el artículo 4° del pliego (\$ ?), ya que allí se lo vincula con el que figura en ??en las ofertas del contratista, "planilla de cotización" de Excavaciones, Submuraciones, y Hormigón Armado y Albañilería adjuntas a esta documentación..." (fs. 107/108); es decir, de la letra de dicho artículo 4° surgiría que hubo una oferta previa que fue conformada por la demandada. Observa al respecto, además, que la declaración del testigo F. dio cuenta que la licitación era de costos y que el precio no estaba preestablecido, razón por la cual insiste en que hubo una oferta que se aceptó y que, por ello, el precio y la forma de pago se plasmó en el documento de fs. 103/119 (fs. 501 y vta., punto ?c?). Para ser aceptable la interpretación postulada en este punto por la actora, debió acreditar que la suma que aparece consignada en el referido artículo 4° fue, efectivamente, la que cotizó como participante de la licitación. Sin embargo, no hay en el expediente prueba alguna que compruebe ese extremo. En tales condiciones, habiéndose acreditado, como ya fue visto, que la adjudicación recayó en Pavic S.R.L., lo más razonable que cabe pensar es que la indicada suma fue la que cotizó esta última firma. (g) También alega la actora que respecto a la forma de pago se previó en el artículo 5° del documento de fs. 103/119 que debía efectuarse un anticipo del 40% del valor del contrato, esto es \$ ? (? de \$ ?), a los efectos de congelar el 20% del hormigón armado y el 100% del total de los materiales restantes necesarios para la realización total de la obra "?objeto de este contrato?". En la misma línea, refiere de seguido, el texto del

artículo trigésimo segundo, que alude ??al presente contrato?? (fs. 501 vta., puntos ?d? y ?e?). Con relación a las transcriptas expresiones entrecomilladas, que aluden a la presencia de un contrato, no cabe más que reiterar lo ya dicho antes a fin de descalificar la argumentación de la actora. Esta última, en efecto, sin haber acreditado su condición de adjudicataria, pretende hacer valer el pliego de condiciones como el contrato perfeccionado a su favor, recurriendo para ello a meros y forzados análisis gramaticales que, no solo están lejos de acreditar lo pretendido, sino que, además, tampoco se hacen cargo de lo ya dicho en el sentido de que en la contratación de locaciones de obra por vía de licitación resulta normal que la documentación complementaria -pliegos de condiciones generales y particulares, presupuestos, planos generales, detalles, etc.- terminen formando parte del contrato (conf. Spota, A., Tratado de locación de obra, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 415, n° 187; Borda, G., ob. cit., t. II, p. 61, n° 1075), siendo esto último lo que explica, precisamente, que dicha documentación complementaria pueda estar redactada con utilización del presente del indicativo. (h) De otro lado, invoca la actora que el señor Mose Melamed, representante de suyo, suscribió todas las hojas del documento de fs. 103/119, y que lo hizo en el carácter de ?parte?, tal como se infiere del citado artículo trigésimo segundo en el párrafo que dice: "...Se firman 3 ejemplares, uno para cada parte y el tercero para la dirección de obra...". Observa, además, que en el mismo carácter de ?parte? el documento fue suscrito por el apoderado de la demandada, señor Lionel Marsiglia, siendo irrelevante que la expresión ?apoderado de I.M.S.A.? puesta debajo de su rúbrica fuera o no de su puño y letra (fs. 501 vta., puntos ?f? y ?g?). Ya fue dicho, más de una vez, que el documento de fs. 103/109 reprodujo el contenido predispuesto por la demandada que formaría parte del contrato definitivo de locación de obra pero que no se identifica con el contrato mismo. Basta considerar ello para entender por qué la palabra ?parte? contenida en el citado artículo trigésimo segundo no puede ser tenida en cuenta para efectivamente asignarle esa condición a la actora con los alcances que postula. Por otra parte, ni en el documento de fs. 103/109 (acompañado por la actora), ni en el idéntico de fs. 214/229 (agregado por la demandada), aparecen las dos firmas de las personas mencionadas, sino en el primero exclusivamente la firma de L. M., y en el segundo exclusivamente la de M. M. Es decir, no hay ningún documento que contenga las dos firmas juntas, sin que tal situación pueda en el caso de autos tener el alcance previsto por el art. 1013 del Código Civil, pues a ello se opone el testimonio del señor M., no cuestionado por la actora, quien dijo haber sido el responsable de supervisar, comparar, relacionarse con el estudio de arquitectura en la parte técnica y negociar la licitación privada recibiendo los pliegos e ?inicializándolos? todos para que constase que estaban completos, y que a partir de ahí comenzaba la negociación de precios y técnicas (fs. 363/364, respuesta 3ª); añadiendo que los ?inicializaba? con copia que se llevaba el oferente, quedándose él, a su vez, con una copia firmada por el oferente (fs. 364, respuesta 8ª), y que todo ello tuvo lugar en el marco de la licitación y antes de seleccionar al adjudicatario (fs. 364, respuestas 4ª a 7ª), esto es, en la etapa precontractual. Lo expuesto, desde luego, exime de efectuar todo análisis acerca de si la expresión ?apoderado de I.M.S.A.? puesta debajo de la firma de Marsiglia es o no de su puño y letra. 6°) Dejando atrás lo atinente al documento de fs. 103/119, alega la actora que si Instrumentos Musicales S.A. deseaba demostrar que la contratación con Pavic S.R.L. fue ?anterior?, debió haber acompañado el contrato suscripto con dicha empresa. Por tal motivo, se queja de que el sentenciante de grado no explicara cómo llegó a la conclusión de que el contrato se celebró con Pavic S.R.L. (fs. 502 vta., punto 9). Al respecto, corresponde observar que constituye un error hablar de contratación ?anterior?, toda vez que solo hubo una, esto es, la lograda por Pavic S.R.L., con relación a la cual la actora no puede invocar ser parte de una anterior ni posterior por las razones ya explicadas. 7°) También critica la demandante la valoración de la prueba efectuada por el juez a quo en cuanto concluyó que la entrega de las llaves era un hecho habitual y propio del proceso previo a la adjudicación, sin tener en cuenta que el contrato se firmó el 18/10/2007 y las llaves fueron entregadas en noviembre. La fecha del 18/10/2007 es la que consta en el pliego de bases y condiciones de la licitación. No es, por tanto, según lo expuesto, la del contrato de locación de obra. Advertido ello, se comprende que no hay contraposición alguna con el hecho de que las llaves hubieran sido entregadas en noviembre. Esto último sea dicho sin perjuicio de advertir que la fecha en que fueron entregadas las llaves a la actora no surge de prueba alguna, pues lo único que se encuentra acreditado es la fecha de su devolución por parte de esta última a la demandada, lo que ocurrió el día 15/11/07 (fs. 102). A todo evento, la entrega de llaves a Dest S.A. no es demostrativa siquiera de la efectiva adjudicación de la obra licitada a ella, pues de la declaración testimonial del arquitecto C. surge que, si bien es cierto que se le entregaron las llaves del predio, ello fue "...para que vea el terreno y pueda analizar para su cotización cómo iba a desarrollar la obra, y cómo iba a iniciar las tareas en la obra, dónde iba el obrador, métodos de excavación...La llave se entrega a pedido de las empresas en la etapa de cotización, para que vea el terreno..." (fs. 383, respuesta 6ª). En sentido similar declaró el testigo L. M., en cuanto expuso que a la obra "...podía acceder cualquiera de los oferentes que lo solicitara, se presentaban ante el estudio, se les daba las llaves para acceder al predio, lo relevaba (el oferente), hacían lo que necesitaban hacer y si alguien del estudio los podía acompañar iban, dependía del movimiento del estudio de ese día y devolvían las llaves..." (fs. 365, respuesta 11ª). En definitiva, de la prueba testimonial surge que las llaves eran entregadas dentro del proceso licitatorio a todos los oferentes. 8°) En un afín pero distinto orden de ideas, volviendo a la interpretación del documento de fs.

103/119, dice la actora que no se entiende cómo la sentencia expresa que se le entregaron las llaves para ver el terreno, como algo normal en este tipo de operaciones, en noviembre, cuando ya las condiciones particulares expresaban que "antes del 18 de octubre -fecha de suscripción del documento- el oferente había visitado el lugar, tal lo previsto en el artículo 3º, de donde surge que "...LA EMPRESA declara haber recorrido he inspeccionado el lugar..." (fs. 107 y 503, punto 11). Otra vez la actora confunde el prius con el posterius queriendo hacer aparecer el contenido predispuesto del pliego licitatorio, que formaría más tarde parte del contrato definitivo, como si lo hubiera sido, a su favor, desde el mismo 18 de octubre de 2007. El agravio es improcedente por las razones ya anticipadas. 9º) Finalmente, la demandante cuestiona que el juez a quo no hubiese aceptado como acto de ejecución del contrato que dice perfeccionado, el haber contratado una póliza de seguro de caución, y ello aun no habiendo sido la póliza efectivamente tomada una de las permitidas por el artículo undécimo del documento de fs. 103/119. Sostiene, al respecto, que la única consecuencia de haber contratado una póliza indebida, era que la demandada informara a Dest S.A. que había cometido un error y que correspondía subsanarlo bajo pena de no recibir el anticipo financiero previsto en el artículo quinto, pero no a concluir que no hubo contrato. Asimismo, entiende erróneo que no se considerara que para adquirir la póliza de caución el "contrato" debía encontrarse vigente (fs. 502 y vta., punto 12). Lo que con este agravio la actora pretende es, en última instancia, que se considere que la ejecución por su parte de una prestación contemplada en el pliego de bases y condiciones de la licitación (la contratación de un seguro de caución), se tenga como prueba de la existencia a su favor del contrato definitivo tantas veces mencionado. A mi modo de ver, se trata de otra pretensión inadmisibles. Si bien la ejecución del contrato por parte del destinatario de la oferta contractual puede ser entendida como manifestación tácita suya de haber aceptado dicha oferta (arg. arts. 1145 y 1146 del Código Civil; Lorenzetti, R., Tratado de los Contratos - Parte General, Santa Fe, 2004, p. 269; Bianca, C., Diritto Civile, Giuffrè Editore, Milano, 2000, t. 3, p. 262, n° 110) y, por tanto, una excepción al rigorismo exigido para la prueba de los contratos formales (art. 1191 del Código Civil; CNCom. Sala D, 26/10/09, "Autopistas del Sol S.A. c/ Gigared S.A. s/ ordinario"; Bueres, A. y Highton, E., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, 2005, t. 3-C, ps. 7/8, n° 2), lo cierto es que en el caso sub lite quien tenía que aceptar la oferta era la demandada, pues la parte oferente era la actora, de donde se sigue que el acto cumplido por esta última consistente en haber tomado un seguro de caución, no puede ser entendido como un acto de ejecución que implicó aceptación o que pueda ser tenido como prueba del contrato de que se trata, sino que, cuanto más, fue un mero acto unilateral de dicha parte estéril para proyectar la significación jurídica pretendida y, acaso, un acto indeliberado suyo por cuanto se motivó en un contrato de locación de obra no perfeccionado o concluido a su favor. 10º) Lo desarrollado hasta aquí da cuenta, en forma coincidente con lo resuelto en la instancia anterior, que la actora demandó por los daños supuestamente derivados de la rescisión de un contrato que nunca la tuvo por parte. Cuanto quedó demostrado en autos evidencia que la actora únicamente fue destinataria de una invitatio ad offerendum y que, habiendo participado de una licitación como cotizante, no fue finalmente seleccionada por la demandada, no convirtiéndose, por ende, en contratante. Cabe recordar, a todo evento, que la invitación a ofrecer es, simplemente, una sollicitación hecha a una o varias personas para que estas se hagan oferentes de un contrato. Se diferencia de la oferta pues solamente invita a entrar en tratativas o, más concretamente, a formular una verdadera y propia oferta, o sea una declaración que sumada a la aceptación posea aptitud para originar el consentimiento (conf. Mosset Iturraspe, J., Teoría General del Contrato, Rosario, 1970, ps. 115/116, n° II). Y al no importar ninguna oferta o propuestas, no es ella generadora de efectos jurídicos. No vincula a las partes, las cuales tienen facultad de aceptarla o rechazarla sin responsabilidad. (conf. Videla Escalada, F., ob. cit., loc. cit.). Es que esta etapa se caracteriza por la posición de libertad de las partes, en el sentido de posibilidad de determinarse sin trabas y de actuar cada una dentro de su propia esfera jurídica para el logro de sus respectivos intereses. Por ello, la invitatio ad offerendum no crea obligaciones ni engendra responsabilidades (conf. Fontanarrosa, R., Derecho Comercial Argentino - Doctrina General de los Contratos Comerciales, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 60, n° 19). Y si bien la doctrina ha admitido que en materia de locación de obra pueden darse hipótesis de responsabilidades de índole precontractual en el supuesto de que cualquiera de las partes se desvincule arbitrariamente o de forma intempestiva de las tratativas preliminares (conf. Spota, A., ob. cit., t. I, p. 326, n° 149; Borda, G., ob. cit., t. II, p. 59, n° 1072), lo cierto es que la causa petendi de la presente demanda no se relacionó con ninguna de esas hipótesis. Es más: para precaverse contra acciones que pretendieran hacer efectiva tal responsabilidad precontractual, el pliego de bases y condiciones integrante de la licitación estableció una cláusula de irresponsabilidad, cuya validez no ha sido puesta en tela de juicio. En efecto, en el documento respectivo se lee lo siguiente: "...INSTRUMENTOS MUSICALES S.A. (I.M.S.A.) invita a ofertar a los cotizantes aclarando expresamente que se reserva para sí la facultad de contratar a aquel que a su solo y único criterio ofrezca las mejores condiciones, plazos, técnicas y/o económico-financieras para el cumplimiento de las presentaciones que importa el emprendimiento. Es por ello que en ningún caso y bajo ningún concepto, ni la recepción de la presente y/o la del Pliego adjunto, ni la presentación de ofertas, ni el cumplimiento de los recaudos previstos en el Pliego, dará lugar a LA CONTRATISTA a formular reclamos de tipo alguno contra INSTRUMENTOS

MUSICALES S.A. (I.M.S.A.) por el hecho de haber concurrido a esta invitación. Esta condición es prioritaria ante cualquiera otra que la contradiga y esté contenida en este llamado..." (fs. 104). Queda de tal manera definida, sin asomo de dudas, la irresponsabilidad de Instrumentos Musicales S.A. frente al reclamo resarcitorio de Dest S.A. 11°) Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar la apelación en examen y confirmar la sentencia de la anterior instancia en cuanto no hizo lugar a la demanda instaurada contra Instrumentos Musicales S.A. Las costas de alzada estarán a cargo de la actora, por haber resultado vencida (art. 68, primera parte, del Código Procesal). Así voto. Los señores Jueces de Cámara, doctores Vassallo y Dieuzeide adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Rechazar la apelación y confirmar la sentencia de la anterior instancia en cuanto no hizo lugar a la demanda instaurada contra Instrumentos Musicales S.A. (b) Imponer las costas de alzada a cargo de la actora por haber resultado vencida (art. 68, primera parte, del Código Procesal). (c) Diferir la regulación de honorarios hasta tantos sean fijados los de la anterior instancia. Notifíquese a las partes por cédula y una vez vencido el plazo del c.p.c. 257, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Juan José Dieuzeide Pablo D. Heredia Gerardo G. Vassallo Julio Federico Passarón Secretario de Cámara Correlaciones: Favier Dubois, Eduardo M. (h.), Continuación de actividades en la quiebra y venta de empresa en marcha, Compendio Jurídico, febrero 1995

Cita digital: