

Fianza Obligacion Futura Notificacion

JURISPRUDENCIA

Fianza. Obligación futura. Notificación

Se rechaza el agravio

de la actora respecto de la inaplicabilidad a la fianza comercial, y se declara inválida la retractación sobre obligaciones futuras realizada mediante correo electrónico, pues tuvo como única destinataria a una persona que no poseía facultades para adoptar decisión alguna.

En Buenos Aires a los veintiocho días del mes de mayo de dos mil quince, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos ?ALUAR ALUMINIO ARGENTINO SAIC C/ DINAN SACIFI Y A. Y OTROS S/ ORDINARIO (COM 34364/09) en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctora Tevez, Doctor Barreiro y Doctor Ojea Quintana. Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 1013/22? La Doctora Alejandra N. Tevez dice: I. Antecedentes de la causa. a. Aluar Aluminio Argentino S.A.I.C. (en adelante, ?Aluar S.A.?) demandó a Dinan S.A.C.I.F.I y A (en adelante, ?Dinan S.A.?) por cobro de facturas y notas de débito por U\$S ... y \$... -respectivamente- con más los intereses y las costas del proceso. Solicitó, asimismo, se condene solidariamente y hasta la suma de U\$S ... a: i) Envases del Plata S.A. (en adelante, ?Envases S.A.?) en su carácter de fiadora, lisa, llana y principal pagadora de las obligaciones que asumiera Dinan S.A. para con Aluar S.A. con renuncia a los beneficios de división y excusión de bienes; y ii) Envases del Pacifico S.A. (en adelante, ?Endepa S.A.?) en su carácter de subfiadora de Envases S.A. respecto de las obligaciones que asumiera ésta con Aluar S.A. Relató que proveyó a Dinan S.A. foil de aluminio para fabricar envases flexibles. Explicó que Envases S.A., de acuerdo al instrumento que adjuntó, se constituyó el 31.07.08 en fiadora lisa, llana y principal pagadora de Dinan S.A. La garantía -prosiguió- se constituyó hasta la suma de U\$S ..., por todo concepto. Tras ello, dijo que Endepa S.A. en la misma fecha se constituyó, a su vez, en fiador y codeudor solidario, principal pagador de Envases S.A. respecto de las obligaciones presentes o futuras asumidas por Envases S.A. para con Aluar S.A., cualquiera hubiera sido su causa, por idéntica suma (U\$S ...), por todo concepto. Relató que la deuda reclamada tienen origen en: i) 39 facturas y 54 remitos, cuya sumas ascienden a U\$S ...; y ii) 3 notas de débito motivadas en diferencias de cotizaciones, que montan \$ Respecto de los contratos de fianza, detalló que aceptó espontáneamente que Envases S.A. se constituyera en fiadora solidaria, lisa y llana principal pagadora de Dinan S.A. por la provisión de foil de aluminio. La fianza fue establecida a través del documento suscripto el 31.07.08 en Chile, con firmas certificadas de los representantes de la fiadora y con las debidas legalizaciones y apostillados consulares. La garantía se constituyó hasta la suma máxima de U\$S ... por todo concepto desde la fecha preindizada hasta el 31.12.08, y tal monto -siguió relatando- temporal y gradualmente, iría decreciendo. Hizo saber que los documentos principales que motivan la deuda corresponden al período comprendido entre el 31.07.08 y 31.12.08. Denunció que Endepa S.A. se constituyó en subfiador el 31.07.08 -con idénticos términos y formalidades que la anterior- de Envases S.A., con relación a todas las obligaciones presentes o futuras que asumiera para con Aluar S.A. Así, dijo que obtuvo una doble garantía -contra la solvencia del deudor y del fiador-. Expuso que, frente al incumplimiento de pago de las facturas, remitió el 12.02.09 carta documento a Dinan S.A. y a Endepa S.A., mas nunca la contestaron. Tras ello, dijo que envió una similar a Envases S.A. el 29.01.09 y que ésta respondió alegando la retractación de la fianza con sustento en el art. 1990 del CCiv. Relató que recién recibió la comunicación formal el 19.12.08. Añadió que: i) la retractación de la fianza no le era oponible, pues al 19.12.08 tenía en proceso de elaboración los productos que fueron efectivamente entregados a la codemandada en fecha posterior, ii) tratándose de una fianza comercial no es aplicable el art. 1990 del CCiv. pues el principio general para la liberación del fiador está previsto en el art. 482 del CCom. y en autos no están presentes ninguno de tales supuestos, y iii) debía aplicarse el art. 1150 del CCiv. que establece el modo de expresar el consentimiento en los contratos y el tiempo que debe permanecer quien lo presta. Tras ello, dijo que el 23.12.08 devolvió a Envases S.A. la nota a través de la cual pretendía ésta retractarse de la fianza. Ofreció pruebas y fundó en derecho su pretensión. b. A fs. 303/321 Envases S.A. contestó demanda. Solicitó el rechazo de la acción con expresa imposición de costas. Negó que: i) debiera responder solidariamente como principal pagadora de Dinan S.A., ii) Aluar S.A. conociera la retractación de la fianza recién el 19.12.08, iii) la actora tuviera en proceso de elaboración, en aquélla fecha, los productos que entregó a Dinan S.A., iv) por tratarse de una fianza comercial no procediera la retractación prevista en el art. 1990 del CCiv. y la liberación fuera solo posible a través del art. 482 del CCom., v) fuera aplicable supletoriamente el art. 1150 del CCiv., vi) debiera responder por deuda de Dinan S.A. luego de comunicar la contraorden. Reconoció las fianzas y el intercambio epistolar alegado por la actora. Aludió al proceso concursal de Dinan S.A. en el 2001, que expuso tramitó por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nro. 19, Secretaria nro. 38. Al respecto, señaló que: i) Aluar S.A. obtuvo la verificación de un crédito con privilegio

prendario, ii) en 2003 la actora, a fin de obtener el cobro del crédito privilegiado, inició un proceso de mediación, iii) en él se acordó que el monto total adeudado ascendía a U\$S ... y se pagaría en 84 cuotas mensuales, y iv) las mensualidades serían reajustadas de acuerdo al incremento del precio del kilogramo de aluminio en lingotes de 99,5 de pureza según la lista de precios de Aluar S.A. Tras estos antecedentes, expuso que el pacto de reajuste era contrario al art. 7 y 10 de la Ley 23.928 que prohíbe la indexación por precios de las obligaciones de dar sumas de dinero. Alegó que, pese a ser manifiestamente contrario al orden público, Dinan S.A. debió aceptar el reajuste que Aluar S.A. le exigía, pues carecía de capacidad financiera para afrontar el pago de la deuda al contado. Así -prosiguió-, debido a su situación concursal, no estaba en posición de cuestionar y rechazar las exigencias de Aluar S.A., pues era su proveedor estratégico y único a nivel nacional. Relató que las cuotas fueron sufriendo aumentos por los ajustes derivados de los incrementos de precios que la actora realizaba. Así, dijo que como consecuencia de ellos abonó desde el 2003, U\$S ..., en clara violación a la Ley 23.928 de orden público. Expuso que debió aceptarlo para continuar recibiendo el foil de aluminio. Opuso al progreso de la acción -como defensa del deudor principal (conf. arg. art. 2020, 2022 y 829 del CCiv.)- el pago derivado de la compensación del crédito reclamado por Aluar S.A. con el crédito líquido y exigible que Aluar S.A. adeuda a Dinan S.A., derivado de los pagos realizados en exceso para cumplir con el convenio de mediación celebrado en agosto de 2003. Ello así, en razón de la nulidad parcial y absoluta de las cláusulas 2 y 3, por resultar los ajustes allí previstos contrarios a los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928. En este sentido, expuso que las sumas que abonó Dinan S.A. a Aluar S.A. en concepto de ajuste por el incremento del precio del aluminio, fueron pagos sin causa; ergo, debían restituirse por vía de compensación con el crédito aquí reclamado. Alegó que la nulidad de las cláusulas era absoluta y, en consecuencia, imprescriptible, y podía oponerse por vía de excepción. Luego de ello reconoció que suscribió la fianza el 06.08.08, por obligaciones futuras -pues no existió contrato de suministro alguno ni existía aun compraventa-, por un período determinado y hasta la suma máxima de U\$S ... a favor de Dinan S.A. para garantizar las obligaciones que pudiera contraer con Aluar S.A. en la compra de foil de aluminio. Explicó que al desvincularse societariamente Endepa S.A. de Dinan S.A., se retractó de la fianza conforme autoriza el art. 1990 del CCiv. Agregó que comunicó ello a Iglesias -funcionario de Aluar S.A. y encargado de las ventas a Dinan S.A.- por correo electrónico, el 26.11.08, adjuntando carta de retractación suscripta el 25.11.08. Añadió que remitió carta original de retractación, firmada por el presidente de Envases S.A., vía correo internacional, recibida el 28.11.08. Así, concluyó que desde que tomó conocimiento mediante correo electrónico, las ventas que realizó Aluar S.A. a Dinan S.A. carecían de la garantía de Envases S.A.. Pese a lo anterior, dijo que legalizó la firma de su presidente y remitió a Aluar S.A. también vía correo internacional un nuevo ejemplar de la retractación con firma legalizada y certificada. Denunció que Aluar S.A. mediante carta documento del 23.12.08 la rechazó. Expuso que la fianza, al garantizar obligaciones futuras -pues no existían cuando se otorgó y su nacimiento era eventual y contingente-, podía retractarse mientras no existiera la obligación principal. Así, concluyó que todas las mercaderías que Aluar S.A. entregó a Dinan S.A. luego del 26.11.08, no estaban garantizadas ni cubiertas por la fianza que otorgó. Ello pues la extinguió, sin que fuera necesaria la conformidad del acreedor, al ser la retractación unilateral, de fuente legal y siendo suficiente para que surtiera efectos que el acreedor hubiera sabido o podido saber de ella por cualquier medio (conf. arg. art. 1964 del Cciv.). Aludió a la diferencia entre el instituto de la retractación de la fianza prevista en el art. 1990 del CCiv. aplicable entre acreedor y fiador, y el de la liberación del art. 482 del Ccom. que se aplica entre este último y el deudor. Ofreció pruebas y fundó en derecho su pretensión. c. A fs. 349/367 contestó demanda Endepa S.A.. Dado que el contenido de su escrito es idéntico al de Envases S.A., a la reseña que realicé supra ?b? me remito a fin de evitar estériles repeticiones. d. A fs. 482/92 Dinan S.A. contestó demanda. Solicitó el rechazo de la acción con expresa imposición de costas. Expuso los antecedentes de su concurso preventivo, coincidiendo con Envases S.A. y Endepa S.A. Agregó que: i) el acuerdo preventivo se homologó el 20.10.03 y no alcanzó a acreedores privilegiados, ii) la actora tenía verificado un crédito con privilegio prendario por U\$S ..., habiendo dispuesto el auto general verificadorio la pesificación de todas las obligaciones expresadas en dólares estadounidenses, y iii) Aluar S.A. no promovió incidente de revisión. Respecto del convenio suscripto el 28.08.03, aludió al mecanismo de reajuste prohibido por la Ley 23.928 y Ley 25.561 acordado en las cláusulas 2 y 3. Explicó que la situación económica que atravesaba el país, su empresa y la dominante de Aluar S.A., la llevaron a suscribir el acuerdo en los términos allí plasmados, para evitar un mal mayor. Indicó que abonó en exceso a Aluar S.A. la suma de U\$S ..., monto que supera al aquí reclamado. Opuso la nulidad absoluta y parcial de las estipulaciones 2 y 3 del convenio y alegó que es manifiesta. Dijo que si bien podría juzgarse, de acuerdo al art. 1048 del CCiv., que carecería de legitimación para requerirla -pues la norma excluye a quien ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba-, en tanto que el acto que ataca es nulo, de nulidad manifiesta y puede ser declarado de oficio por el juez, el otorgante se encuentra facultado a plantear la nulidad. Expuso que, según el art. 1058 ?bis?, la nulidad puede oponerse por vía de acción o excepción. Citó cierto precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, con base en los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928, arts. 1038 y 1047 del CCiv., declaró la invalidez de cierta cláusula indexatoria. Dijo que debía en consecuencia Aluar S.A. restituir a Dinan S.A. todo aquello que hubiera recibido

en exceso en virtud del acto anulado y, tras ello, alegó la compensación con la deuda reclamada aquí. Hizo reserva de demandar por la vía correspondiente todo saldo que pudiera existir a favor de Dinan S.A. en virtud de la declaración de nulidad de las cláusulas cuestionadas. Ofreció pruebas y fundó en derecho su pretensión. e. Al tiempo de evacuar el traslado de la documental, a fs. 499/500 alegó Aluar S.A. la prescripción de cualquier cuestionamiento al contenido del convenio conforme art. 847 inc. 3 del CCom.. La defensa recibió las respuesta de las defendidas de fs. 544/49 y fs. 637/39. f. A fs. 611/613 esta Sala rechazó el recurso de la actora que pretendía que los planteos de las accionadas de nulidad y compensación fueran calificados, en esa oportunidad, como una ?compensación reconvenzional?. Se meritó allí que: i) era clara la posición de los accionados de introducir los planteos solo como defensas de fondo, ii) se había conferido traslado a Aluar S.A. resguardando su derecho de defensa en juicio, y iii) la calificación legal de los planteos correspondía a la judicatura. Tras esta decisión, a fs. 623/28 contestó la actora el traslado de la nulidad y compensación opuesta e insistió en la calificación de las defensas como una reconvencción, lo que motivó la decisión de fs. 645/6. g. El 10.02.10 se decretó la quiebra de Dinan S.A. A fs. 643/44 tomó intervención el síndico de dicho proceso. Dijo el funcionario, tras analizar los antecedentes de autos, las defensas opuestas por el por entonces letrado de la fallida, y el hecho de que su participación activa expondría a la masa a mayores costos, que limitaría su accionar a controlar la legalidad del procedimiento. Alegó claramente que adhería a cualquier beneficio procesal que la quiebra pudiera obtener de las defensas opuestas por los deudores solidarios o por Dinan S.A. II. La sentencia de primera instancia. La sentencia de fs. 1013/22 -aclarada a fs. 1032- hizo lugar parcialmente a la demanda. Condenó a Dinan S.A. a abonar a la actora U\$S ... -o su equivalente en pesos al día del pago- y \$ Ello con más los intereses al 8% anual desde la fecha de vencimiento de cada una de las facturas y hasta su efectivo pago. Asimismo, condenó a Envases S.A. y a Endepa S.A. solidariamente a abonar a Aluar S.A. las sumas por las que fue condenada Dinan S.A. por el monto de las operaciones realizadas hasta el 26.11.08, esto es, U\$S ... y hasta el límite de U\$S Impuso las costas a las defendidas vencidas. Liminariamente estimó la a quo acreditada la existencia de la deuda proveniente del cobro de facturas y notas de débito aquí reclamadas. Dijo que la compensación alegada debió haberse introducido por vía de reconvencción, pues las demandadas no eran titulares de un crédito líquido, exigible ni de plazo de vencido y, en consecuencia, requerían de una acción para que su acreencia fuera reconocida en una sentencia. Estimó, sin embargo, que dado que todos los planteos fueron sustanciados, que pudieron los litigantes ofrecer y producir la prueba que estimaron pertinente y, en consecuencia, no estaba vulnerado el principio de defensa en juicio, procedía analizar y decidir la cuestión de fondo propuesta como una defensa. Meritó como elemento coadyuvante el consentimiento al pronunciamiento de fs. 645/46, que resolvió que tales argumentos serían tratados como defensas al tiempo de dictar sentencia. Tras lo anterior, se introdujo en la prescripción que opuso la actora a la nulidad del convenio alegado por las accionadas. Dijo que debía analizarse liminariamente si las estipulaciones 2º y 3º del acuerdo del 28.08.03, al ser contrarias al art. 7 y 10 de la Ley 23.928, afectaban al orden público. concluyó que solo se encontraban en juego intereses particulares -el de una sociedad comercial- sin que pudiera estimarse que las cláusulas contrariasen al orden público ni las buenas costumbres. Así, tratándose de una nulidad relativa, postuló aplicable el plazo de prescripción de 4 años previsto en el art. 847 inc. 3 del CCom. Desde tales perspectivas y en tanto el convenio fue suscripto el 28.08.03 y la nulidad opuesta el 24.08.09, juzgó prescripto el planteo y, por consecuencia de ello, desestimó la compensación al no existir crédito líquido y exigible a favor de las deudoras. Sentado lo anterior, se abocó a examinar la retractación de la fianza alegada por Envases S.A. Dijo que si por aplicación de lo dispuesto en el art. 207 del CCom. se permitía garantizar obligaciones futuras de acuerdo al art. 1889 del CCiv., del mismo modo debía aceptarse aplicar a la fianza mercantil la retractación prevista en el art. 1990 del mismo ordenamiento. Anunció que tal era la posición que aceptaba la doctrina y la jurisprudencia. Admitida entonces la posibilidad de retractar la fianza mientras que la obligación principal no hubiera nacido, juzgó que ella tendría efectos una vez que se anoticiara al acreedor. Así fue que analizó en qué instante Aluar S.A. había tomado conocimiento de la contraorden. Otorgó virtualidad jurídica y probatoria para notificar la retractación de la fianza al acreedor al correo electrónico que remitió Envases S.A. el 26.11.08 a Aluar S.A. a la cuenta de Iglesias -empleado de la actora y encargado de las ventas a Dinan S.A.- y a la declaración testimonial de éste. En consecuencia, juzgó que las facturas emitidas luego del 26.11.08 no gozaban de la garantía de Envases S.A. III. Los recursos. A fs. 1029 apelaron las defendidas -Envases S.A. y Endepa S.A.-. Sus recursos fueron concedidos libremente a fs. 1030. A fs. 1035 apeló la actora. Su recurso fue concedido libremente a fs. 1036. A fs. 1038 el síndico de la quiebra de Dinan S.A. hizo saber nuevamente su conformidad con cualquier beneficio procesal que pudiera obtener de las defensas opuestas por los deudores solidarios y que, en su caso, adhería a la eventual apelación y agravios que pudieran expresar los codemandados. Los agravios de la actora corren a fs. 1123/32 y recibieron respuesta a fs. 1141/47. Las quejas de las defendidas corren a fs. 1134/39 y fueron contestadas a fs. 1149/1156. A fs. 1157 se llamaron autos para dictar sentencia y el sorteo se practicó a fs. 1158. Luego de los requerimientos realizados a fs. 1151 y fs. 1154, el Sr. Fiscal dictaminó a fs. 1152/53 y fs. 1155. Ello así se encuentran estos autos en condiciones de dictar pronunciamiento conclusivo (v. fs. 1156). IV. Los agravios. Se quejó la accionante argumentando

que: i) la a quo admitió que una fianza comercial puede retractarse con fundamento en el art. 1990 del CCiv., inaplicable al caso, ii) las obligaciones afianzadas eran ciertas y determinadas, con fecha indiscutible de inicio y finalización, iii) no había indeterminación de obligaciones ni fueron contratadas sine die?, iv) debe aplicarse a la retractación de la fianza, el art. 1150 del CCiv. que regula la oferta, v) las fianzas no eran abiertas ni protegían obligaciones futuras; por el contrario, eran cerradas al tener objeto y plazo determinado, vi) estimó la a quo que tomó conocimiento de la retractación de la fianza el 26.11.08 mediante correo electrónico, vii) no meritó a los efectos de juzgar la notificación de la retractación cómo habían sido instrumentadas -certificación notarial de las firmas de los representantes legales de las fiadoras, legalizadas y apostilladas-, modalidad que se contradice con la informalidad de la notificación vía correo electrónico que eligió la fiadora, viii) la notificación de la retractación se dirigió a un empleado carente de facultades y niveles de responsabilidad para considerarlo destinatario idóneo, ix) el correo electrónico tampoco fue enviado por un funcionario de la fiadora con facultades imprescindibles para remitir una comunicación de esa naturaleza, x) conforme el art. 1184 inc. 10 del CCiv. la fianza debió retractarse utilizando idénticas formalidades por las que se constituyó, hecho que sucedió recién el 19.12.08, y xi) no se configuran en el caso los supuestos del art. 482 del CCom. que habilita al fiador a liberarse de la fianza. De su lado, las defendidas se quejaron pues la primer sentenciante: i) admitió la excepción de prescripción opuesta por Aluar S.A. y, en consecuencia, rechazó la nulidad y la compensación alegada, ii) meritó que las disposiciones de la Ley 23.928 no son de orden público, posición que es contraria a la más calificada doctrina, iii) juzgó que las cláusulas del convenio afectaban únicamente los intereses de dos sociedades comerciales, iv) dejó incorrectamente de lado la letra expresa de la Ley 23.928, especialmente los arts. 7 y 10, que derogan cualquier ley, disposición o reglamento que instaure cláusulas de ajuste, y v) omitió también meritarse que Dinan S.A. al tiempo de celebrar el convenio cuya nulidad pretenden, estaba en concurso preventivo y, en consecuencia, no afectó solo intereses particulares sino también los de la masa de acreedores que vieron menguado el patrimonio de la concursada (hoy fallida) como consecuencia de las exigencias impuestas por la actora de ajustar el pago de su crédito concursal admitido en moneda nacional mediante un mecanismo contrario a la Ley 23.928. Se quejaron asimismo de la imposición de costas. Invocando el principio de subsidiariedad procesal, se agravaron de que la a quo, aplicando el art. 847 inc. 3 del CCom, juzgara prescripta la acción. Explicaron también que no solicitaron condena contra Aluar S.A. que requiera acción o reconvencción, sino que solo plantearon que las sumas reclamadas por la actora estaban compensadas. Aclararon así que, en tanto la a quo había analizado y meritado su discurso defensivo, no levantaban agravio contra ello (v. fs. 1135/1135 vta.).

V. La solución. a. Agravios de Aluar S.A. a.1. Recuerdo que la sentencia recurrida, en prieta síntesis, aceptó la posibilidad de conceder fianzas sobre obligaciones futuras (de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 207 del C.Com. y 1889 del C.Civ.) y calificó de tal modo a la otorgada por las accionadas, juzgando aplicable al caso la norma del art. 1990 del CCiv.. Tras ello, estimó eficaz la retractación de la fianza comercial que realizó Envases S.A. y meritó que surtió efectos desde el 26.11.08, es decir, desde que aquélla remitió la comunicación de la retractación mediante correo electrónico a un empleado de la actora. De ello se agravó Aluar SA. Arguye la recurrente que la obligación no es futura, que tratándose de una fianza comercial no procede la retractación prevista en el art. 1990 del CCiv. y que no concurren aquí los requisitos del art. 482 del CCom. que autorizan la liberación del fiador. A todo evento, se queja de que la magistrada de la anterior instancia juzgara idónea la retractación vía correo electrónico dirigida a un dependiente carente de facultades para obligarla. a.2. Aclaro que analizaré inicialmente los reproches referidos a la supuesta imposibilidad de retractarse de la garantía. Así pues, de prosperar esta queja, perderá virtualidad procesal aquella relativa a la eficacia de la comunicación cursada. a.3. Validez de la retractación de la fianza comercial sobre obligaciones futuras. A los fines de decidir el agravio será necesario determinar qué tipo de fianza fue la que vinculó a las partes. En efecto: su calificación, características y cualidades, tendrán influencia decisiva en la resolución del caso. Veamos. No existe controversia en punto a que Envases S.A. suscribió el instrumento de fs. 6/8 (v. fs. 306 y v. fs. 352). Me permito -a fin de evitar referencias abstractas al documento y lograr una mayor claridad expositiva- transcribir su texto. El instrumento reza, textualmente, lo siguiente: "ENVASES DEL PLATA S.A. se constituye en fiadora solidaria, lisa y llana, principal pagadora de DINAN S.A.C.I.F.I. y A. (en adelante, "DINAN?... con expresa renuncia a los beneficios de división y de excusión de bienes de DINAN...desde el 31 de julio de 2008 inclusive (d)el curso ordinario de su giro frente a ALUAR ALUMINIO ARGENTINO S.A.I.C. (en adelante, "Aluar?) respecto de la provisión de foil de aluminio para envases flexibles que ALUAR regular y normalmente les efectúa ...y hasta la suma máxima (en adelante, "límite máximo?) de ... dólares estadounidenses (US\$...) por todo concepto, por el conjunto de las obligaciones antes citadas de DINAN ...(en adelante "las Obligaciones Afianzadas?). Este límite máximo se rebajará en forma gradual, de manera automática y de pleno derecho sobre la base del siguiente esquema: * Período 31 de julio de 2008 al 31 de diciembre de 2008: la Garantía se otorga hasta el 100 % del "Límite Máximo?. * Período 1 al 31 de enero 2009: la Garantía se reduce al 90% del "Límite Máximo?...Queda suficientemente aclarado que los períodos precedentemente señalados están solo referidos al monto de las provisiones de foil de aluminio que fueran requeridas a ALUAR por DINAN ..., dentro de dichos plazos, y que las consiguientes Obligaciones Afianzadas

que dieran lugar a tales requerimientos se extenderán temporalmente más allá de los períodos señalados hasta su total cancelación...? (sic.; v. fs. 6/8 -los destacados son del original-). Ahora bien. Recuerdo que el art. 478 del CCom. establece que: "Para que una fianza se considere mercantil, basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante?". Así, de acuerdo a lo prescripto por la norma transcrita y considerando el carácter de comerciantes de Aluar S.A. y de Envases S.A. y el hecho de que el acto jurídico garantizado estaba directamente relacionado con la hacienda negocial de ambas partes, ninguna duda cabe en punto a que la fianza es comercial (conf. arg. art. 8 CCom.). La circunstancia de caracterizar a la fianza que vinculó a los contendientes como comercial, impone la aplicación del Título V, Capítulo I, arts. 478 a 483 del CCom., en principio. Esto último pues no debe excluirse la operatividad de la Ley civil. Esta conclusión se deriva de lo previsto en el punto I del Título Preliminar y art. 207 del CCom., que proyectan la aplicación de aquella normativa a las materias y negocios comerciales que no estén regulados o modificados por la ley mercantil. Así las cosas, corresponde atenerse, en lo que al contrato de fianza comercial respecta, a la regulación prevista en los arts. 1986 a 2010 del CCiv., en tanto que allí se encuentra legislado principalmente este contrato. Ello, siempre que -como dije- la legislación mercantil no la hubiera modificado, o que la ley civil fuera contraria a los usos y costumbres comerciales (en similar sentido: Zavala Rodríguez, Juan C., "Código de comercio y leyes complementarias. Comentado y concordado", Ed. Depalma, Bs. As., 1972, p. 310; Fernández Raymundo, L., "Código de comercio de la República Argentina. Comentado", Ed. Talleres Gráficos A. Wolter, 1945, Bs. As., p. 383; Fernández-Gómez Leo, "Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", T. III-B, Ed. Depalma, Bs.As., 1987, p. 21.). Delimitada la naturaleza comercial de la fianza traída a conocimiento en el caso y la normativa aplicable en líneas generales, resta aun esclarecer otros aspectos del negocio. Me explico. Fue a partir de que la "a quo" tipificara a la fianza como una garantía de obligaciones futuras -prevista en el art. 1989 del CCiv.- que estimó luego pertinente su revocación de acuerdo a lo establecido en el art. 1990 del CCiv. De ello se agravó Aluar S.A.. Sostiene la quejosa que no se garantizaron obligaciones futuras pues las prestaciones estaban determinadas y existía un plazo fijo y delimitado. Así las cosas, deviene necesario decidir si la fianza que vinculó a Aluar S.A. con Envases S.A. tuvo o no por objeto garantizar obligaciones futuras, para resolver luego si es posible aplicar la retractación estipulada en el art. 1990 del CCiv. Veamos. No existe en el CCom. ninguna norma referida específicamente a las fianzas sobre este tipo de obligaciones. De allí que habré de detenerme en lo previsto por los arts. 1988 y 1989 del CCiv., que aluden concretamente a ellas. Adelanto que no encuentro obstáculo para aplicar tales normas a operaciones comerciales. El art. 1988 dice: "La fianza puede preceder a la obligación principal, y ser dada para seguridad de una obligación futura, sin que sea necesario que su importe se limite a suma fija. Puede referirse al importe de las obligaciones que contrajere el deudor?". De su lado, el art. 1989 establece lo siguiente: "La fianza de una obligación futura debe tener un objeto determinado, aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada" (art. 1989). De acuerdo a lo previsto en el art. 1168 del CCiv. todo tipo de prestación puede ser objeto de contrato. Derivado de lo anterior, cualquier obligación puede ser garantizada. Así también lo expresa el art. 1993 del CCiv. Si bien este es el principio general, surge expresamente del código civil una restricción cuando se acuerdan fianzas sobre obligaciones futuras: deben tener un objeto determinado. Es decir, será necesario individualizar en el acuerdo de fianza, qué contrato o negocios es aquél que la fianza cubrirá frente a un eventual e hipotético incumplimiento por parte del deudor afianzado. Síguese de lo expuesto que, en tanto se trata de prestaciones futuras, podría suceder que la obligación garantizada nunca llegare a existir. Es desde esta previsión que el legislador no exigió la inclusión en el acuerdo de fianza de la expresión del monto del crédito. Así pues, reitero, la cobertura es convenida respecto de obligaciones futuras, es decir, aún no nacidas. De otro lado, surge también de la ley que no es ineludible indicar el límite que asumirá el fiador. Con ello, el codificador ha pretendido marcar una clara diferencia entre el objeto de la obligación y el crédito que pueda generarse y su monto. Mientras se exige determinación en el objeto, se avala la incertidumbre en el crédito y la indeterminación de la cifra (conf. Borda, Alejandro, "El contrato de fianza", Ed. La Ley, Bs. As., p. 2009, 86). Tras lo dicho hasta aquí, no tengo dudas de que, en el caso, la fianza tuvo por objeto garantizar obligaciones futuras. En efecto. Obsérvese que el 31.07.08 se dijo que Envases S.A. otorgaba fianza desde esa misma fecha respecto de las ventas de foil de aluminio que Aluar S.A. le efectuaría a Dinan S.A. a su requerimiento en los plazos previstos de la garantía. Y luego indicaron que Aluar S.A. intimaría a Envases S.A. en cierto domicilio a cumplir con sus obligaciones como fiadora respecto de cualquier deuda que en el futuro tuviera Dinan S.A. con Aluar S.A. con motivo de las obligaciones afianzadas (v. fs. 7, 2do. párrafo). Corroboró la anticipada conclusión el hecho de que la pericia contable acredita que todas las compraventas de foil de aluminio que Aluar S.A. aquí reclama y por las que trae a juicio a Envases S.A. en su carácter de fiadora, resultan posteriores al 31.07.08. Obsérvese que la primer factura que motivó este litigio es del 09.10.08 y días subsiguientes (v. fs. 755 vta.). Ello demuestra acabadamente que la garantía se constituyó con relación a obligaciones futuras; y que, conforme lo dispone el art. 1889 del CCiv., las partes solo determinaron el objeto de la obligación, pues la fianza precedió a la existencia de las obligaciones garantizadas (compraventa de foil de aluminio). Sentado lo anterior, resta ahora preguntarse: ¿Cabe aplicar, tratándose de una

fianza comercial de obligaciones futuras, el art. 1990 del CCiv.? Recuerdo que el artículo 1990 establece que: ?El fiador de obligaciones futuras puede retractar la fianza, mientras no existiere obligación principal; pero queda responsable para con el acreedor y tercero de buena fe que ignoraban la retractación de la fianza, en los términos en que queda el mandante que ha revocado el mandato?. Sobre el particular, comparto la mayoritaria jurisprudencia y doctrina que admite la retractación de fianzas comerciales sobre obligaciones futuras (conf. Zavala Rodríguez, Juan C., ?Código de comercio y leyes complementarias. Comentado y concordado?, Ed. Depalma, Bs. As., 1972, p. 317; Fernández-Gómez Leo, ?Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial?, T. III-B, Ed. Depalma, Bs.As., 1987, p. 33; Borda, Alejandro, ?El contrato de Fianza?, Ed. La Ley, Bs. As., p. 2009, 92/93; Fernández Raymundo, L, ?Código de comercio de la República Argentina. Comentado?, Ed. Talleres Gráficos A. Wolter, 1945, Bs. As.,p. 384; Bueres-Highthon, ?Código Civil?, T. 4 D., Ed. Hammurabi, Bs.As., 2003, p. 335; CNCom, Sala C, ?Banco Credicoop Ltda c. Khann, Federico Roberto y otros?, del 17/08/2005; ídem, Sala E, ?La Construcción S.A. cía. Argentina de Seguros c. Interdil S.A y otros?, del 27/04/2010, ídem, Sala A, ?Banco Supervielle c. Morroni, Roberto V. y otro?, del 14/04/2000).

Destaco que adopto esta postura tras una profunda y extensa reflexión que me convence de que el acreedor y la celeridad del tráfico mercantil no se ven afectados -salvo particulares supuestos que aquí no han sido acreditados- por la retractación de una fianza mercantil que garantiza obligaciones futuras. Me explico. Como quedó dicho, tratándose de fianzas sobre obligaciones futuras, naturalmente puede suceder que la obligación garantizada nunca llegue a existir. Y es desde esta premisa basilar que entiendo viable la retractación: si la obligación que se dice será garantizada no nació -único supuesto en que es posible la retractación- no encuentro inicialmente obstáculo para habilitarla, pues tal proceder no provoca perjuicio alguno. Así, obsérvese que el ?futuro acreedor? frente a este nuevo cuadro crediticio de su ?futuro deudor? (quien ya no cuenta, en virtud de la retractación, con un fiador), bien podrá decidir suspender cualquier negocio jurídico que implique concederle crédito hasta tanto no revierta su situación (optando, en su caso, por la venta al contado). Y entiendo que esta es también la postura delineada por el CCiv. cuando dispone que el fiador queda obligado para con el acreedor y el tercero de buena fe que ignoraban la retractación, aplicando de esta manera supletoriamente las reglas de la revocación del mandato (conf. arg. art. 1964 del CCiv.). Esta tesis lleva implícita aquella premisa que acabo de esbozar: la retractación es viable pues no existe daño para el ?futuro acreedor?. Así pues, recuérdese que aún no nació la obligación y, en consecuencia, la retractación no le provoca perjuicio patrimonial alguno. Advierto, sin embargo, que la libertad del fiador de volver sobre sus pasos tiene un límite. Y esta valla surge cuando el futuro acreedor - proveedor- cubierto por la garantía y en etapas precontractuales con su futuro deudor, inició un proceso de fabricación, elaboración o producción de mercadería destinado a cumplir con las prestaciones a las que previsiblemente se obligaría. Ello pues tal hipótesis no sortearía aquellas premisas necesarias para aceptar la retractación: inexistencia de daños al futuro acreedor y no afectación del tráfico mercantil. Ahora bien. No se me escapa que Aluar S.A. expuso en su escrito de inicio que al tiempo en que recibió la retractación ya tenía en proceso de elaboración los productos que entregó a Dinan S.A. (v. fs. 268). Mas las accionadas negaron este aserto (v. fs. 318) y la actora no produjo prueba con el objeto de acreditar su afirmación. De allí que deberá cargar con las consecuencias disvaliosas de su obrar (conf. arg. art. 377 del Cpr.). Máxime cuando no puede pasarse por alto el hecho de que, tal como la propia actora sostiene en su página de internet, es casi la única proveedora de aluminio en el país así como una de las líderes a nivel mundial (conf. www.aluar.com.ar, consulta del 28.05.15. Desde esta perspectiva, resulta harto dudoso que Aluar S.A. hubiera iniciado un proceso de elaboración especial y único para cumplir exclusivamente con los pedidos de Dinan S.A., de suerte que la retractación en el caso le hubiera ocasionado un daño. Subrayo, por último, que el art. 482 del CCom. que invoca Aluar S.A. para argumentar la imposibilidad de retractar la fianza no resulta aplicable al caso. Ello pues regula una particular actividad que solo compete al deudor y al fiador: la liberación de éste último bajo determinadas circunstancias, que en nada afectan la relación entre acreedor principal y fiador surgida del contrato de fianza (conf. Rouillon Adolfo, ?Código de Comercio. Comentado y Anotado?, T. I, La Ley, Bs.As., p. 983, 2005). Así no puede asimilarse la liberación con la retractación, pues ésta se tiene lugar entre acreedor y fiador con la finalidad principal de exonerar la obligación de garante del fiador frente al acreedor. a.3.

Notificación de la retractación. Resta decidir, finalmente y de acuerdo al contenido de los agravios de Aluar S.A., si fue válida o no la comunicación cursada mediante correo electrónico por Envases S.A. para retractarse de la fianza. A fin de fundamentar adecuadamente la respuesta negativa a tal interrogante, me detendré en ciertos detalles fácticos -no menores- que refieren a la solemnidad que utilizaron acreedora y fiadora para constituir la fianza, así como al mecanismo escogido por Envases S.A., luego, para revocarla. Ello pues tales conductas pueden razonablemente analizarse bajo los principios rectores interpretativos previstos en el art. 218 del CCom. En prieta síntesis, de la fianza surgen las siguientes circunstancias: a) se constituyó por instrumento escrito el 31.07.08, suscripto conjuntamente por el presidente de Envases S.A. (Fernando Agüero Caceres) y el Gerente General (Oscar Jaime López), b) las firmas se certificaron por un notario público, c) en tanto se firmó en Chile, la rúbrica del notario fue certificada en el Ministerio de Justicia de ese país, luego legalizada en su Ministerio de Relaciones Exteriores y, posteriormente,

por el cónsul adjunto argentino en Chile (v. fs. 6/9), d) Envases S.A. constituyó domicilio especial para cualquier efecto, en el que se tendrían por válidas todas las notificaciones cursadas (v. fs. 7, 3er. párrafo), e) sin perjuicio de lo anterior, se aclaró que a los efectos del primer requerimiento de pago, también sería válida la comunicación vía correo electrónico a ciertas direcciones indicadas. Una de las dos direcciones de mail, claramente, es la del Gerente General de Envases S.A. Similares formalidades utilizó Endepa S.A. para constituirse en fiador de Envases S.A. (fs. 10/11). No se comprende entonces por qué razón no eligió Envases S.A. las mismas formalidades para comunicar a Aluar S.A. la retractación de la fianza. Tanto más si se tiene en cuenta la envergadura económica del negocio (U\$S ...) y la frecuencia habitual de las operaciones comerciales que Aluar S.A. y Dinan S.A. celebraban (v. dictamen pericial, en el que consta el detalle de las facturas, obrante a fs. 755). Y, si bien es cierto que bajo ciertos recaudos respecto de su autenticidad -en caso de desconocimiento- cabe reconocer virtualidad probatoria a las comunicaciones realizadas por mail (ver, en este sentido, mis votos en esta Sala F en autos ?Cassano Gráfica S.A. c. Efe 2 Producciones S.R.L.?, del 08.06.11, y en ?Ketra SRL c/ Omda S.A. s/ ordinario?, del 13.09.12), también lo es que no corresponde adoptar la misma solución cuando los destinatarios de la información transmitida carecen de representación y/o facultades para adoptar decisión al respecto. Y ello es, precisamente, lo que sucedió en la especie. Obsérvese que el correo electrónico en cuestión fue dirigido a Iglesias, quien era referente de ventas de Aluar S.A. para con Dinan S.A. (v. respuesta a la pregunta 3º, obrante a fs. 789), y tenía a su cargo tomar los pedidos, manejar precios y coordinar las entregas (v. respuesta a la 1º pregunta del letrado realizada en la audiencia, obrante a fs. 790). Según su propia declaración Iglesias no se encargaba de las garantías, pues esta materia era de competencia del área de crédito (v. respuesta a la 1º pregunta del letrado realizada en la audiencia, obrante a fs. 790). Si se tiene en cuenta la envergadura del negocio que manejaba Aluar S.A. y al que antes aludí (conf. arg art. 386 del Cpr.), se aprecia razonable la delimitación de competencias indicada por el testigo. De allí que no corresponde otorgar virtualidad jurídica a la comunicación cursada vía correo electrónico a Iglesias para notificar la retractación de la fianza de Envases S.A.. Es que, en definitiva, no era aquél la persona idónea a quien cabía remitirla. Esta circunstancia alcanza para receptor el agravio de Aluar S.A.. Pero hay más. Las irregularidades en la retractación de la fianza no se limitan a la persona destinataria del correo, sino que involucran también a la casilla desde la cual el mensaje fue enviado. Así, observo que la contraorden fue remitida por Fanny del Carmen Valdivia Carreño, secretaria en el área de logística de Endepa S.A (v. fs. 879) -y no de Envases S.A.- por correo electrónico del 26.11.08 (v. fs. 879). Ahora bien: tal como surge del mail, fue expedida en archivo adjunto. Ese correo obra a fs. 282 y en el cuerpo del mensaje se dice lacónica y escuetamente: ?Señor: José Luis Iglesias. Adjunto archivo Carta Garantía? (v. fs. 282). De acuerdo al escenario fáctico planteado y la declaración testimonial de Fanny del Carmen Valdivia Carreño, no puede soslayarse que el titular de la casilla de mail desde donde se envió la retractación tampoco tenía facultades para obligar a Envases S.A. Agrego, adicionalmente, que el perito en informática indicó que si bien el correo salió desde el servidor de Endepa S.A. (v. fs. 927 vta., pto. 2) y tenía un archivo adjunto, no podía conocer su contenido pues tal información y registro no fue resguardada ni se realizaron copias de seguridad al cambiar los servidores en el año 2008 (v. fs. 927 vta., punto 5 y v. fs. 917 vta., ?in fine?). Coadyuvante, no logro comprender -sino solo obteniendo como respuesta la invalidez de la comunicación, por haber sido cursada a un destinatario carente de facultades necesarias para recibirla- por qué motivo la secretaria de logística que remitió el correo lo hizo con copia a su gerente general y su gerente de finanzas -áreas ambas con competencia en la materia- y no tuvo, en cambio, el mismo proceder ni recaudos con relación a Aluar S.A., cuando ésta era principalmente la única ?afectada? por la retractación (v. fs. 282). Destaco finalmente que el gerente general de Endepa S.A. declaró que remitieron idéntico aviso a Aluar S.A. -comunicando la retractación de la fianza de Envases S.A.- pero ahora vía correo internacional, protocolizado en el Ministerio de Justicia y Relaciones Exteriores el 16.12.08, pues Aluar S.A. no había dado acuse de recibo de la carta ni de los correos (v. fs. 876). En síntesis: no cabe sino concluir que la comunicación de la retractación realizada por correo electrónico el 26.11.08 no puede estimarse válida en los términos del art. 1990 del CCiv. Así pues tuvo como única destinataria a una persona que no poseía facultades para adoptar decisión alguna al respecto, fue remitida por quien tampoco tenía atribuciones para ello y, finalmente, careció de las formalidades y solemnidades utilizadas para su constitución. Así las cosas, deberá tenerse por cierto que, hasta tanto Aluar S.A. no recibió la notificación de la retractación mediante correo internacional -hecho que sucedió recién el 19.12.08- la fianza se mantuvo vigente.

b. Agravios de Envases S.A. y Endepa S.A. b.1. Validez de las cláusulas 2 y 3 del convenio del 28.08.03. Prescripción. Nulidad.

Sentando lo anterior, analizaré los agravios de las defendidas, que pretenden que se declare que las cláusulas nros. 2 y 3 del convenio suscripto el 28.08.03 son violatorias del orden público por infringir los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928. Recuerdo que la primer sentenciante juzgó que la existencia de un contrato con cláusulas de reajuste de deuda contrarias a lo dispuesto por la Ley 23.928, no vulneraba el orden público susceptible de generar una nulidad absoluta. Así, dijo la magistrada que en las estipulaciones objetadas solo se encontraban en juego intereses particulares de dos sociedades comerciales. Sobre esta base fáctica, expuso que el régimen aplicable era el de las nulidades relativas; y frente a la prescripción opuesta por la actora a la nulidad requerida, juzgó

aplicable el plazo de 4 años previsto en el art. 847 inc. 3 del Ccom.. Tras ello, y en tanto que el convenio se suscribió el 23.08.03 y la nulidad se interpuso el 24.08.09, admitió la prescripción alegada. A fin de evitar referencias abstractas y en pos de una mayor claridad expositiva, transcribiré textualmente las condiciones contractuales que vincularon a los contendientes. Veamos.

Luego de reconocer Dinan S.A. en la cláusula 1° que adeudaba a la actora la suma de U\$S ... en concepto de capital, en la cláusula 2° acordaron las partes lo siguiente: ?Al solo efecto de la celebración del presente convenio la REQUIRENTE limita su reclamo por la deuda vencida al 06.01.02 en dólares estadounidenses de la REQUERIDA en concepto de capital, a la suma de dólares estadounidenses ... (U\$S ...) equivalente a la cantidad de 556.901 kilogramos de aluminio en lingotes calidad 99,5 de pureza fabricado por la REQUIRENTE, según lista de precios de la REQUIRENTE de fecha 01/07/03 que se adjunta al presente ANEXO I? (v. fs. 295).

La cláusula 3° dice: ?La requerida se compromete a abonar a la REQUIRENTE la suma de dólares estadounidenses equivalente a la cantidad de 556.901 kilogramos de aluminio en lingotes calidad 99,5 pureza fabricado por la REQUIRENTE, según lista de precios de la REQUIRENTE de fecha 01/07/03, conforme lo estipulado en la Cláusula SEGUNDA del presente, en ochenta y cuatro (84) cuotas mensuales y consecutivas. La primera cuota deberá ser equivalente al valor que registren en dólares estadounidenses billetes, seis mil seiscientos noventa y cuatro (6.694) kilogramos de la calidad de aluminio previsto en la Cláusula SEGUNDA, mientras que las ochenta y tres (83) cuotas restantes deberá ser equivalente al valor que registraren en dólares estadounidenses billetes, seis mil seiscientos veintinueve (6.629) kilogramos de la misma calidad de aluminio. En cada uno de los pagos, el importe resultante que deberá abonar la REQUERIDA a la REQUIRENTE será el que estuviere vigente en dólares estadounidenses billetes en la lista de precios que emitiera la REQUIRENTE en el día de pago por cada kilogramo de material, multiplicado por la cantidad de kilogramos que deberá abonar la REQUERIDA a la REQUIRENTE en cada una de las oportunidades a que alude la Cláusula CUARTA del presente acuerdo? (v. fs. 295/296).

El mecanismo pactado fue explicado por el perito contador designado en la causa. Así, dijo el experto que el valor de cada cuota se fijaba al tiempo en que se realizaba cada pago, estableciéndose el monto según el precio vigente, en dólares estadounidenses billetes, de cada kilogramo de lingotes calidad 99.5 de pureza según lista de precios de Aluar S.A.; luego, ese precio se multiplicaba por la cantidad de kilogramos que debían abonarse en cada cuota (v. fs. 811).

De esta misma prueba pericial contable surge que, salvo supuestos excepcionales, el importe por kilo de los lingotes de aluminio calidad 99.5, aumentaba mes a mes. Obsérvese, en efecto, que el valor inicial comenzó en 1.501 y en su punto más álgido alcanzó en septiembre de 2008 a 3.001 (v. fs. 765/66).

Así las cosas y por aplicación de este método de cálculo del valor de cada cuota, Dinan S.A. en la mensualidad n° 73 -sobre 84 pactadas- ya había abonado a Aluar S.A. U\$S ... (v. fs. 766/67), siendo que la deuda, como se recordará, ascendía a un importe sensiblemente inferior (U\$S ...; v. fs. 295, clausula 2°).

Ahora bien. EL art. 7 de la Ley 23.928, modificado por la Ley 25.561, establece textualmente: ?El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación de deudas, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto?.

Asimismo, el art. 10 de la Ley 23.928, modificado por Ley 25.561 dispone: ?Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar?.

Frente a la claridad del texto legal, no cabe duda alguna de que el dispositivo utilizado para fijar el valor mensual de cada cuota previsto en las cláusulas 2 y 3 del convenio resultó contrario a los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 -texto según ley 25.561-. Véase que el valor se alteraba según el precio del aluminio, circunstancia que importaba, en la práctica, actualizar mes a mes el monto adeudado.

Como derivación de ello, procede declarar que tales cláusulas son nulas y de nulidad absoluta. Así porque la normativa de la Ley 23.928 -texto según ley 25.561- resulta de orden público. Tal conclusión se impone a la luz de la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal en el pronunciamiento dictado en los autos ?Massolo Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.? el 20.04.10.

Recuerdo que en dicho precedente el actor pretendía la inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley 25.561 -que incluye la redacción de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928- y, a partir de ella, la vigencia de cierta estipulación en la que se había acordado que si la Ley de convertibilidad se derogaba debía el deudor entregarle, para pagar el monto de cada cuota, la cantidad equivalente de pesos necesarios para adquirir dólares estadounidenses según la cotización de la divisa del Banco de la Nación Argentina al cierre del día del vencimiento de la cuota inmediata anterior (v. considerando 1°).

Dijo allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: ?Que habida cuenta de los términos del acuerdo...se advierte que la aludida clausula IV tiene un inequívoco propósito indexatorio de las obligaciones

pendientes de pago, pues su objeto es estabilizar el valor de las prestaciones vinculándolo con el de una moneda extranjera, por lo que correspondería aplicar al caso la prohibición dispuesta por las mencionadas normas e invalidar la estipulación cuestionada de conformidad con lo establecido por los arts. 502, 953, 1038, 1047 y concordantes del CCiv., pues las disposiciones de las leyes 23.928 y 25.561 son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de los contratantes, más allá de su indudable naturaleza federal (conf. Fallos: 315:1209; 316:2604; 317:605; 319:3241; 320:2786 y 328:2567)?. Así las cosas, siendo que la Ley 23.928 es de orden público, que las cláusulas 2 y 3 del convenio suscripto entre Dinan S.A. y Aluar S.A. se oponen a ella y que esta misma normativa establece la invalidez de las convenciones que la contraríen, de acuerdo a la doctrina emanada del precedente citado corresponde declarar que tales estipulaciones son nulas, de nulidad absoluta (conf. arg. art. 1038 y 1047 del CCiv.; conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L, 'El nominalismo, la prohibición de indexar y la revisión del contrato', DJ, del 15/07/2009, 1917) y, en consecuencia, imprescriptible.

b.2. Compensación Judicial. b.2.1. El art. 818 del CCiv. establece que la compensación legal tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella las extingue con fuerza de pago, hasta donde alcance la menor y desde el tiempo en que comenzaron a coexistir. Este modo de extinción de las obligaciones presupone que dos sujetos sean válidamente, cada uno de ellos, deudor y acreedor del otro. Deben por consiguiente, coexistir dos deudas en sentido opuesto, originadas en distintos títulos. La ley se hace cargo de la inutilidad que resultaría de imponer a cada uno de los sujetos el cumplimiento de su propia obligación para recibir, a su turno, el cumplimiento de la otra, disponiendo la extinción de las dos obligaciones recíprocas sin necesidad de que se cumplan ambas prestaciones, hasta la concurrencia del monto de la menor y subsistiendo en cuanto al resto. Se intenta evitar un superfluo transporte de numerario o cosas incluidas en la prestación, satisfaciéndose cada acreedor mediante la liberación de su respectiva deuda, con lo cual se obvia la materialidad de las entregas respectivas (Belluscio -Zannoni, 'Código Civil y leyes complementarias', T. 3, Ed. Astrea, Bs.As., 2004, p. 681/82,). Los arts. 819 y ss. del CCiv. establecen que para que la compensación legal tenga lugar es necesario que los créditos sean fungibles, exigibles, líquidos y expeditos. El requisito de exigibilidad, impone que las obligaciones puedan reclamarse judicialmente. Así, no pueden oponerse como compensación aquellas obligaciones naturales, las sujetas a plazo y las subordinadas a una condición suspensiva, pues todas ellas carecen de exigibilidad actual. De otro lado, la obligación debe ser líquida, condición que aparece cuando estando comprobada su existencia, está definida la cuantía de su objeto. Por último y en lo que aquí interesa, el carácter expedito del crédito importa que no hay obstáculo para disponer de él. Además de la compensación legal, existen tres clases de compensación: i) la voluntaria, ii) la facultativa, y iii) la judicial. La voluntaria surge de un acuerdo de las partes que invisten recíprocamente la calidad de acreedor y deudor de dos obligaciones cruzadas. No tiene un régimen particular, sino que depende de aquello que los propios interesados hubieran acordado. Solo requiere que cada una pueda disponer sobre el crédito que pretende compensar, y que ambas se pongan de acuerdo sobre la extinción recíproca de los créditos. La facultativa, a diferencia de la voluntaria, depende exclusivamente de la voluntad de una sola de las partes, recíprocamente deudoras y acreedoras, que puede oponerla en razón de existir una ventaja a la que solo ella puede renunciar. Actúa ante la ausencia de compensación legal por defecto de un requisito que la ley exige. Por último y en lo que a esta litis especialmente interesa, la compensación judicial es la que decreta el juez al dictar sentencia en un litigio, declarando admisible y procedente, total o parcialmente, un crédito alegado por el deudor demandado que pretendía a su vez ser acreedor del actor. En tal caso, surge de la sentencia una compensación entre lo demandado y lo reconvenido que extingue ambas pretensiones hasta donde alcanza la menor de ellas. El juez condena a pagar solo el excedente que hubiere sobre ambas obligaciones extinguidas hasta una cierta medida, por neutralización recíproca (conf. LLambias, Jorge J., 'Código Civil. Anotado', T. II A., Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1979, p. 785). A diferencia de la compensación legal, la judicial: i) no opera de pleno derecho, sino que es necesario un pronunciamiento que la establezca, ii) no está supeditada a la reunión de los requisitos que la misma ley prevé para que se produzca, sino que se prescinde de tales recaudos, especialmente el de la liquidez, y solo se basa en el carácter de acreedor y deudor recíprocos que al tiempo de la sentencia invisten los litigantes (en razón de tal carácter, el juez de acuerdo a sus facultades jurisdiccionales, decreta la compensación; en definitiva, es el juez quien da por cumplidos todos los requisitos condicionantes), iii) ante el efecto declarativo de la sentencia, sus efectos se producen retroactivamente al tiempo que se trabó la litis (conf. LLambias, Jorge J., 'Tratado de Derecho Civil. Obligaciones', T. III, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., p. 254/55). Así, el juez se pronuncia sobre la controversia sometida a su decisión haciendo abstracción del tiempo transcurrido desde ese entonces, y como si dictara sentencia en aquel momento (conf. LLambias, Jorge J., 'Tratado...', op. cit, p. 256; Belluscio-Zanoni, op. cit., p. 686).

b.2.2. A la luz de lo precedentemente expuesto, adelanto que la compensación judicial pretendida por las defendidas obtendrá favorable acogida. En efecto: dado que las cláusulas 2 y 3 del convenio suscripto el 28.08.03 son nulas, de nulidad absoluta, y que, como es sabido, la nulidad priva al acto jurídico de sus efectos normales por la existencia del vicio originario -volviendo las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto; conf. arg. Art. 1050, 1052, 1053 del CCiv.-, los pagos mensuales que efectuó Dinan S.A. a

Aluar S.A. en exceso -por aplicación del mecanismo de reajuste que resulta nulo- devinieron sin causa. No se me escapa que calificada doctrina sostiene que la compensación judicial debe ser intentada por vía de acción o reconvención, por cuanto podrían quedar comprometidas las garantías esenciales de la defensa en juicio. No ignoro, tampoco, que el reiterado discurso de las accionadas que alegaban la compensación como defensa y no como acción, podría obstar a su procedencia (conf. Alternini- Ameal-López Cabana, ?Derecho de las obligaciones. Civiles y Comerciales?, 1995, p. 594; Bueres- Highton, ?Código Civil y normas complementarias?, T. 2 B, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2008, p. 237; Belluscio-Zanoni op. cit., p. 686; Llambías, Jorge J, ?Tratado....?, op. cit, p. 255). Sin embargo, encuentro que confluyen en el caso tres precisas circunstancias que me convencen definitivamente de que la compensación judicial intentada debe ser admitida. En efecto, tal como juzgó la a quo -y advierto que la actora no se quejó al expresar agravios ni al responder las quejas de las defendidas-: 1º) la adopción de la postura restrictiva llevaría a la adopción de una decisión meramente formal que no atendería las necesidades de las partes de obtener un fallo jurisdiccional que resuelva el conflicto; 2º) las partes pudieron ofrecer y producir la prueba que estimaron pertinentes y, en consecuencia, sus derechos de defensa en juicio se encuentran suficientemente resguardados; y 3º) las defendidas no pretenden una condena: sólo plantearon la compensación como un argumento defensivo. Sobre tales bases, cabe admitir, en el caso, la compensación judicial de la deuda opuesta como defensa. Aclaro que ni la quiebra ni el concurso preventivo de Dinan S.A. impiden adoptar la preanunciada solución (conf. Heredia, Pablo, ?Tratado Exegético de Derecho Concursal?, Ed. Abaco, T. 4, Bs.As., 2002, p. 806 y ss). Me explico. El art. 130 de la LCQ, aplicable también al concurso preventivo, dice que: ?La compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de la quiebra?. Expuse ?supra? que la compensación judicial tiene efectos retroactivos al tiempo que se traba la litis. Así las cosas y en tanto que: i) la litis se traba definitivamente el 28.08.09 (v. fs.492), ii) los créditos recíprocos que se compensan no son de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo ocurrida en el 2001 y, iii) la quiebra fue decretada el 10.02.10; no existe obstáculo legal para aceptar la compensación judicial. V. Conclusión: Por todo lo expuesto si mi voto fuera compartido por mis distinguidos colegas del Tribunal, propongo al Acuerdo: i) rechazar el agravio de la actora respecto de la inaplicabilidad del art. 1990 del CCiv. a la fianza comercial, y aceptarlo en cuanto se declara inválida la retractación de la fianza sobre obligaciones futuras realizada mediante correo electrónico; ii) receptar las quejas de las defendidas y, en consecuencia, sobre la base de juzgar la nulidad absoluta e imprescriptible de las cláusulas 2 y 3 del convenio suscripto el 28.08.03, declarar sin causa cada uno de los pagos que realizó Dinan S.A. a Aluar S.A. en exceso a partir de la cuota nro. 3 con vencimiento el 27.09.03 -conforme cláusula 4º del acuerdo-. Estas sumas abonadas en exceso -o su equivalente en pesos según cotización del dólar del Banco de la Nación Argentina, tipo vendedor correspondiente al día de pago- computarán intereses a la tasa del 8% anual -según lo decidido por la primer sentenciante en el considerando 7º de la sentencia apelada, que no fue objeto de agravio- desde las fechas en que se realizaron cada uno de los desembolsos y hasta la traba de la litis (28.08.09), instante en que se produjo la compensación judicial de los créditos; y iii) condenar a las defendidas, en su caso, al pago de los saldos no alcanzados por la compensación judicial aquí decidida, de acuerdo a los términos, alcances y condiciones de la sentencia de primera instancia que no fueron materia de agravio. Existiendo vencimientos parciales y mutuos, las costas de ambas instancias se imponen por su orden (conf. arg. art. 71 y 279 del Cpr.). Así voto. El Dr. Rafael F. Barreiro dice: No obstante que puede resultar opinable como criterio general que la compensación judicial sea admitida aun cuando no fue introducida por vía de acción o reconvención, lo cierto es que en el caso resulta dirimente la invalidez absoluta de las cláusulas 2 y 3 del convenio del 28.08.2003 (véase en este sentido la decisión que emití como titular del Juzgado Nro. 18 del fuero, el 30.8.2006, en autos ?Ramos Moncla Gabriela y otro c/ Andreani Logística SA, s/ ordinario?, Expte. 47.907 del Registro de la Secretaría Nro. 35). Entonces, como fue juzgado en el voto que antecede, la configuración de pagos hechos por Dinan SA en exceso de lo que efectivamente adeuda, carece de causa válida. En tales condiciones, debe evitarse el evidente dispendio de tiempo y esfuerzo que significaría imponer a esa parte la tramitación de un nuevo proceso ulterior en el que podría encauzar la restitución de lo pagado de más (arg. Cciv: 822, 786, 788 y, principalmente, 792). Con esa aclaración, adhiero al voto que abrió este acuerdo. Por análogas razones a las expuestas por la doctora Alejandra N. Tevez, el doctor Juan Manuel Ojea Quintana adhiere a su voto. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Alejandra N. Tevez Juan Manuel Ojea Quintana Rafael F. Barreiro María Florencia Estevarena Secretaria Buenos Aires, 28 de mayo de 2015. Y Vistos: I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: i) rechazar el agravio de la actora respecto de la inaplicabilidad del art. 1990 del CCiv. a la fianza comercial, y aceptarlo en cuanto se declara inválida la retractación de la fianza sobre obligaciones futuras realizada mediante correo electrónico; ii) receptar las quejas de las defendidas y, en consecuencia, sobre la base de juzgar la nulidad absoluta e imprescriptible de las cláusulas 2 y 3 del convenio suscripto el 28.08.03, declarar sin causa cada uno de los pagos que realizó Dinan S.A. a Aluar S.A. en exceso a partir de la cuota nro. 3 con vencimiento el 27.09.03 -conforme cláusula 4º del acuerdo-. Estas sumas abonadas en exceso -o su equivalente en pesos según cotización del dólar del Banco de la Nación Argentina, tipo vendedor

correspondiente al día de pago- computarán intereses a la tasa del 8% anual -según lo decidido por la primer sentenciante en el considerando 7° de la sentencia apelada, que no fue objeto de agravio- desde las fechas en que se realizaron cada uno de los desembolsos y hasta la traba de la litis (28.08.09), instante en que se produjo la compensación judicial de los créditos; y iii) condenar a las defendidas, en su caso, al pago de los saldos no alcanzados por la compensación judicial aquí decidida, de acuerdo a los términos, alcances y condiciones de la sentencia de primera instancia que no fueron materia de agravio. Existiendo vencimientos parciales y mutuos, las costas de ambas instancias se imponen por su orden (conf. arg. art. 71 y 279 del Cpr.). II. Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal General ante esta Cámara devuélvase a la instancia anterior. Hágase saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13).

Alejandra N. Tevez Juan Manuel Ojea Quintana Rafael F. Barreiro María Florencia Estevarena Secretaria Fecha de firma: 28/05/2015 Firmado por: ALEJANDRA N. TEVEZ, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JUAN MANUEL OJEA QUINTANA, JUEZ DE CAMARA Firmado por: RAFAEL FRANCISCO BARREIRO, JUEZ DE CAMARA Firmado(ante mi) por: MARIA FLORENCIA ESTEVARENA, SECRETARIO DE CAMARA Correlaciones:

BBVA Banco Francés SA c/El Ateneo SA y otros s/cobro ejecutivo - Cám. 1ª Civ. y Com. Bahía Blanca - Sala III - 05/10/2010

003713E