

Contrato De Concesion Local Centro Comercial Shopping Reserva Ad Referendum Correo Electronico

JURISPRUDENCIA

En Buenos Aires, a 13 de agosto de 2019,

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 ?BLACK & BLUE S.R.L. C/ CENCOSUD S.A. S/ ORDINARIO?, registro n° 17349/2012, procedente del JUZGADO N° 25 del fuero (SECRETARIA N° 50), 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, Garibotto. 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 primera instancia admitió parcialmente la demanda promovida por Black & Blue S.R.L. y, en consecuencia, condenó a Cencosud S.A. a pagar a la actora la suma de \$ 263.378,75 más intereses, que había recibido en concepto de ?reserva ad-referendum? vinculada a la concesión de un local en el centro comercial denominado Unicenter Shopping, que se suscribió el día 24/1/2011. El fallo rechazó, en cambio, el reclamo de la demandante por indemnización de lucro cesante, y por encontrar a la demandada sustancialmente vencida en torno a la responsabilidad, le impuso la totalidad de las costas del pleito (fs. 424/461). Contra esa decisión apelaron ambas partes (fs. 465 y 467). La actora presentó el memorial de fs. 494/495, cuyo traslado contestó Cencosud S.A. a fs. 501/502. De su lado, la demandada expresó agravios a fs. 498/499, que la demandante resistió en fs. 504/505. Asimismo, se articularon recursos por los honorarios regulados, que serán examinados al finalizar el acuerdo (fs. 465, 467, 472 y 474). 2°) Ante todo, entiendo necesario dos aclaraciones. (a) El pronunciamiento recurrido precisó que la causa debía ser examinada de acuerdo al derecho privado en vigor con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994). Tal determinación no mereció objeción alguna de los apelantes, razón por la cual debe considerarse firme y, a todo evento, sustancialmente correcta pues aprehendiendo el caso, como se verá, alternativas vinculadas a una etapa precontractual que se desarrolló íntegramente antes de la vigencia de la ley nueva, es el derecho anterior a ella el que la regula (art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación; Roubier, P., Les conflits de lois dans le temps - théorie dite de la non-retroactivité des lois, Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1933, t. II, ps. 65/66, n° 83; Heredia, P., El derecho transitorio en materia contractual, RCCyC, n° 1, julio 2015, p. 3, espec. p. 5, texto y nota n° 15). Sin perjuicio de ello, se citará las normas del citado Código Unificado en tanto establezcan soluciones no discordantes con el derecho anterior. (b) Como parte del plexo probatorio, fueron aportados distintos e-mails. Como regla, no puede asignarse valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los arts. 2 y 5 de la ley 25.506 sobre ?firma digital? (conf. CNCom. Sala A, 27/6/06, ?Coop. de Viv. Créd. y Cons. Fiduciaria Ltda. c/ Becerra Leguizamón, H.?, LL 24/10/06, fallo n° 110.898), ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico (conf. CNCom. Sala D, 16/2/2007, ?Henry Hirschen y Cía. S.A. c/ Easy Argentina SRL s/ ordinario?; íd. Sala D, 4/10/07, ?Baires Inter Trade S.A. c/ Otro Mundo Brewing Company S.A. s/ medida precautoria?; Nieto Melgarejo, P., Derecho del Comercio Electrónico, Lima, 2005, ps. 126/127). Empero, no existe impedimento para que, en ciertos casos, igualmente pueda ponderárselo como medio de prueba cuando su contenido aparece verosímil de acuerdo a las restantes pruebas del proceso y la sana crítica (conf. CNCom. Sala D, 2/3/2010, ?Bunker Diseños S.A. c/ IBM Argentina S.A.?, voto del juez Dieuzeide, reg. en LL 2010-E, p. 62, con nota de Márquez, F., Valor probatorio de los correos electrónicos; íd. Sala B, 15/3/13, ?Peyronel, Miguel A. c/ Club Digital S.A. s/ ordinario?; íd. Sala F, 13/9/12, ?Ketra S.R.L. c/ Omda S.A. s/ ordinario?; Gerscovich, C., Consumidores Bancarios, Buenos Aires, 2011, ps. 424/425). Y, precisamente, el sub lite es uno de esos casos en los que resulta posible asignar valor probatorio a los e-mails aportados, pues si bien la demandada fue declarada negligente en la producción de la prueba informática que ofreció para acreditar su origen (fs. 135 y 396/397), lo cierto es que las comunicaciones en cuestión fueron reconocidas testimonialmente (fs. 208; y fs. 243, 7ª respuesta) y ofrecen contenidos coincidentes con el de otros elementos de juicio. Por consiguiente, en el examen del sub lite no se prescindirá de lo que resulta de los correos electrónicos aportados. 3°) La demandada fue condenada exclusivamente a pagar \$ 263.378, 75 con más sus intereses. Como ya se reseñó, tal cantidad fue entregada por la actora el día 24/1/2011 en concepto de ?reserva ad referendum? relacionada con la concesión de un local en un centro comercial. Pues bien, de acuerdo al instrumento respectivo, solo en dos circunstancias la demandada estaba autorizada a no devolver la aludida cantidad o, lo que es lo mismo decir, evitar su condena en autos a título de restitución. La primera: cuando la reserva debiera entenderse caduca por causa imputable a la actora, habiéndose previsto al efecto tres concretas causales: 1) no haber integrado la demandante las cuotas de refuerzo previstas en la cláusula tercera; 2) no haber aportado la documentación y los

codeudores solidarios referidos por la cláusula primera; y 3) no concurrir la actora con sus codeudores solidarios al acto de celebración del contrato o negarse a suscribir la documentación pertinente (fs. 51, cláusula quinta, párrafo ?b?). La segunda: cuando la solicitud de concesión con relación a la cual se extendió la ?reserva ad referendum? no fuese aceptada por Cencosud S.A. (fs. 51, cláusula quinta, párrafo ?c?). La expresión de agravios de la demandada sostiene que el caso está aprehendido en la citada tercera causal contenida en la cláusula quinta, párrafo ?b?, del instrumento de reserva, esto es, no haber concurrido la actora con sus codeudores solidarios al acto de celebración del contrato, pese a haber sido citada a ese fin. Al respecto, afirma Cencosud S.A. que del e-mail del 15/7/2011 surge que la actora propuso tomar el local el 15 de agosto siguiente, y que el 1/8/2011 la intimó por 72 hs. para que se presentase junto con sus deudores a suscribir el contrato de concesión, bajo apercibimiento de dar por caduca la ?reserva ad referendum? (véase mail de fs. 126 y carta documento de fs. 366). Sostiene, en fin, que ante la omisión de la actora de presentarse a firmar el contrato hizo efectivo el apercibimiento (carta documento del 17/8/2011, fs. 44), y que la sentencia de primera instancia ha omitido ponderar debidamente que la firma del contrato definitivo estaba subordinada a la aceptación de las condiciones establecidas en el texto de la ?reserva ad referendum? entre las cuales también contaba la que ?...el local asignado estuviera disponible...?, lo cual se vinculaba al hecho de que por entonces todavía lo ocupaba un tercero, extremo que era de conocimiento de la actora tal como surge de los restantes e-mails intercambiados entre las partes (fs. 498 vta. y 499). No creo que asista razón a Cencosud S.A. Es indudable que la actora firmó la reserva conociendo que el local de su interés estaba ocupado por un tercero. Así resulta con nitidez de la cláusula primera, apartado cuarto, parágrafo ?1? del indicado instrumento. Pero no menos cierto es que en esa misma estipulación se dejó aclarado que la ocupación por el tercero se entendía habría de concluir el 28/2/2011, fecha a partir de la cual, correlativamente, la actora podría comenzar su actividad como concesionaria por el plazo de 48 meses, de modo que el Contrato Definitivo venciera el 28/2/2015 (fs. 46). En otras palabras, el conocimiento que tenía la actora de la ocupación de un tercero, no significaba necesaria aquiescencia suya a mantener la ?reserva ad referendum...? más allá del 28/2/2011 para el caso en que en esa fecha no se hubiera producido efectivamente el desalojo o liberación del local. Es obvio, en tal sentido, que el interés de la actora estaba dado en totalizar un plazo de 48 meses de concesión, que venciendo el 28/2/2015 no habría podido totalmente agotarse si el Contrato Definitivo no se suscribía antes del 28/2/2011. De donde se sigue que para la firma del Contrato Definitivo había un evidente plazo cierto que vencía en esta última fecha. Ahora bien, la prueba rendida en autos muestra, de manera no menos evidente, que la actora aceptó prorrogar ese plazo al menos dos veces. En efecto, del intercambio de mails entre la señora Deborah Tejerina (por la actora) y Juan Cruz Trillo Quiroga (por la demandada) surge que las partes, a la espera de que se produjera una postergada desocupación del local, tuvieron en vista la posibilidad de que la concesión comenzara a fines de abril y, más tarde, a partir del 16 de julio de 2011 (fs. 124 y 125). Esto fue ratificado en la declaración testimonial de nombrado Trillo Quiroga (fs. 243 vta., respuesta 9ª). En el mismo sentido, la testigo Deborah G. Isoardi -empleada de quien asumiría la condición de codeudor solidario con la actora- hizo referencia a la frustración de dar comienzo a la concesión en abril de 2011 y que fue en julio que se tomó la decisión de dejar sin efecto la reserva (fs. 221 vta./222, respuestas 7ª y 10ª). Asimismo, concordemente el testigo Pablo R. Villalba, quien dijo haber participado en la negociación a favor de una empresa vinculada a la actora, declaró que fue en el mes de julio de 2011 que la dirección de la compañía decidió no tomar el local (fs. 207 vta.). La prórroga aceptada por la actora implicó, sin dudas, el establecimiento de un nuevo plazo cierto (art. 567 del Código Civil) que se extendía hasta el 16/7/2011 para concretar la firma del Contrato Definitivo de la concesión. Considerando esa prórroga, que obviamente ponía límite temporal a la voluntad de la actora en mantener una reserva ya largamente en vigencia, no se le puede reprochar a ella que, agotado el plazo cierto anteriormente indicado sin haberse concretado en su transcurso la firma del Contrato Definitivo, hubiese terminado por reclamar el 28/7/2011 la devolución de los \$ 263.378,75 (carta documento de fs. 39). Por cierto, no forme óbice a tal conclusión el hecho de que unos días antes, el viernes 15/7/2011, la actora hubiera propuesto a Cencosud S.A. tomar el local a partir del 15 de agosto (fs. 126, mail del 15/7/2011), toda vez que tal propuesta fue hecha expresamente para ser confirmada por la demandada ?...el día martes...?, o sea, el martes 19/7/2011, lo que no ha sido probado así ocurriera. De tal suerte, la intimación por 72 hs. que Cencosud S.A. dirigió el día 1/8/2011 a la actora para suscribir el Contrato Definitivo, fue francamente tardía con relación al indicado 19/7/2011 y, por ende, no tuvo virtualidad jurídica suficiente para válidamente dejar documentada la presencia de la ?causa imputable? referida por la cláusula quinta, párrafo ?b?, de la ?reserva ad referendum? (no concurrir la actora con sus codeudores solidarios al acto de celebración del Contrato Definitivo o negarse a suscribir la documentación pertinente) que convencionalmente conducía a que la cantidad de \$ 263.378,75 quedase a beneficio de Cencosud S.A. (fs. 51). En suma, a mi modo de ver, por las razones expuestas, no hay justificativo alguno para que la demandada retenga el indicado importe, correspondiendo confirmar la condena a su devolución, con más sus intereses, respecto de cuyo curso y tasa no hay agravio alguno en el memorial de fs. 498/499. De ese modo, los agravios de Cencosud S.A. quedan íntegramente rechazados. 4º) Cuestiona la actora que el fallo de primera instancia no hubiera acogido su reclamo por indemnización del lucro cesante. No le asiste razón. Veamos. (a) En la

terminología corriente la "reserva" indica varias hipótesis de obligaciones preliminares que se diversifican en conexión con las circunstancias y el tipo de relación. En materia de compraventa inmobiliaria, por ejemplo, la reserva normalmente establece durante un lapso determinado una preferencia de afectación en venta; agotado ese plazo, si no se suscribió el boleto de compraventa, la reserva caduca (conf. Morello, A., El boleto de compraventa inmobiliaria, La Plata, 1975, p. 210, texto y nota n° 218; Weis, C. y Codino, E., Reserva ad referendum y su alcance jurídico en la práctica inmobiliaria", JA, 2000-I, p. 745 y ss.; CNCom. Sala A, 14/5/2009, "Carrizo, Elena del Carmen c/ Guarinello Inmobiliaria de Beltown S.A.s/ ordinario?"). En otros contratos, en cambio, la reserva ("prenotazione", según la expresión italiana) determina el compromiso de una sola parte -la que acepta la reservación- a celebrar el contrato (conf. Bianca, C., Diritto Civile, Giuffrè Editore, Milano, 2000, t. III, p. 200, n° 93), mientras que la contraparte se reserva el aceptar o no tal compromiso (conf. Messineo, F., Doctrina General del Contrato, Buenos Aires, t. I, p. 356). Como se verá seguidamente, este último es el caso de autos. (b) A falta de un modelo normativo único y de un tipo social preciso, corresponde prestar atención a los contenidos y finalidades que las partes persiguen cuando se hace una reserva de un bien o de un servicio (conf. Bianca, C., ob. cit., loc. cit.); de donde se sigue que, dependiendo del encuadramiento dado por las partes, podría la reserva constituir una oferta irrevocable; o una opción; o un acto preliminar unilateral o bilateral, con o sin derecho de desistimiento; etc. (conf. Roppo, V., Il contratto, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 164, n° 13). En el caso, la reserva suscripta por la actora llevó la cláusula "ad referendum" (o "sujeto a conformidad" según la terminología empleada por el art. 999 del Código Civil y Comercial de la Nación; conf. Lorenzetti, R., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Santa Fe - Buenos Aires, 2015, t. V, p. 699) que, por lo que aquí interesa, tuvo dos proyecciones jurídicas afines pero distintas. La primera, coincidente con su finalidad funcional, tuvo el sentido de dejar para un momento ulterior la aceptación definitiva de un contrato por parte de la demandada quien, consiguientemente, podía desligarse del compromiso provisional asumido sin recurrir al dispositivo contemplado por el art. 1200 del Código Civil (conf. CNCom. Sala C, 9/12/1986, "Cesaro, Eduardo c/ Romano, Pascual s/ sumario?"; íd. Sala F, 16/7/2010, "Mogollon, Eddy José y otros c/ Pieniazek Naum, Silvio s/ ordinario?"; CNCom. Sala A, 14/5/2009, "Carrizo, Elena del Carmen c/ Guarinello Inmobiliaria de Beltown S.A. s/ ordinario?"). En otras palabras, la reserva tuvo las características de un negocio claudicante, pues la declaración de voluntad de una de las partes requería ser integrada por otra declaración de voluntad a modo de referendo, asentimiento, aprobación u homologación (conf. López de Zavalía, F., Teoría de los Contratos - Parte General, Buenos Aires, 1971, ps. 83/84; Llambías, J. y Alterini, A., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1982, t. III-A, p. 37, n° 9; CNCom. Sala E, 26/5/2010, "Caracotche, Carlos Reinaldo c/ El Hogar Obrero Sociedad Cooperativa s/ ordinario?"). Así pues, la mera suscripción de la reserva por la actora no significó la constitución de relación contractual alguna, pues la demandada conservó un margen de discrecionalidad en la selección de su cocontratante. Más todavía: aun cuando Cencosud S.A. no haya en momento alguno planteado objeción respecto del cumplimiento por la actora de las otras condiciones (refuerzos dinerarios, presentación de documentación y de codeudores solidarios) que se le habían impuesto en las cláusulas primera y tercera de la "reserva ad referendum" para eventualmente acceder al Contrato Definitivo (condiciones esas que el fallo apelado tuvo por cumplidas a fs. 441/442, punto iii, sin que ello haya sido controvertido ante esta alzada), lo cierto es que, aun así, la demandada siempre conservó la posibilidad de rehusar contratar sin siquiera tener que dar explicaciones por ello, pues podía obrar a su "...exclusivo criterio..." conforme fue convencionalmente establecido (fs. 46, cláusula segunda). La segunda, consecuencia necesaria de la anterior, tuvo el sentido de fijar que cualquier eventual pérdida que sufriera la actora en la etapa previa al contrato definitivo, no sería indemnizable ni siquiera a título de responsabilidad precontractual. Es que habiéndose sujetado el nacimiento del negocio a un hecho futuro e incierto como lo era el referendo, no puede invocarse él para traer aparejada consecuencia alguna para las partes (conf. CSJN, 4/6/1991, "Necon S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario", Fallos 314:491; CSJN, 23/9/2003, "Ferrocarriales Argentinos (e.l.) c/ Río Negro, Provincia de s/ demanda ordinaria", Fallos 326:3649; CNCom. Sala B, 21/12/2007, "Peroni, Gino c/ Medicina y Ciencia S.A. s/ ordinario?"), menos en el plano indemnizatorio. La cláusula "ad referendum" implica, en efecto, someter el acto a una condición suspensiva (arg. cit. art. 999), por lo cual si la condición -que lo era el referendo- no se cumple, debe entenderse que hay una desaparición retroactiva del vínculo (art. 548 del Código Civil y art. 349 del Código Civil y Comercial de la Nación) y que el deudor condicional no debe nada (conf. De Gásperi, L. y Morello, A., Tratado de Derecho Civil, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 341, n° 245), esto es, no hay derecho a reclamar daños y perjuicios si no hay culpa del obligado en el incumplimiento de la condición (conf. Salvat, R. y Galli, E., Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones en General, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 583, n° 704; Cazeaux, P. y Trigo Represas, F., Derecho de las Obligaciones, La Plata, 1980, t. 2, ps. 266/267; Llambías, J., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1979, t. II-A, p. 236, n° 12), extremo fáctico este último que no concurre en la especie desde que no puede la actora achacar culpa alguna a la demandada por la permanencia en el local de un tercero que impedía concretar el Contrato Definitivo en la medida que tal ocupación fue conocida por ella al extender la reserva del 24/2/2011. A todo evento, confirma esta interpretación el hecho de que la reserva fue extendida con la aclaración de que ella "...no otorga al interesado derecho alguno

respecto del local...? que habría de ser objeto de la concesión, y que ?...los gastos incurridos por el solicitante durante la negociación del contrato de concesión, serán soportados por él mismo y a su exclusivo riesgo, no pudiendo en ningún caso reclamar su restitución a CENCOSUD S.A...? (fs. 45, preámbulo); y que también se aclaró en su texto que la demandada no asumía responsabilidad por su pronunciamiento en cuanto a la aceptación de la solicitud de concesión (fs. 46, cláusula segunda). De tal suerte, si la actora pese a no ignorar el carácter sujeto a confirmación de la reserva que firmó, agravado contextualmente por el hecho de que el local estaba ocupado por un tercero al tiempo tal suscripción, decidió no obstante asumir gastos enderezados a afrontar una comercialización futura en el referido local que a la postre no pudo concretar, razonablemente debe tolerar las negativas consecuencias patrimoniales de su propia y discrecional decisión, que derivaron de no haberse cumplido la condición suspensiva a la que voluntariamente se sometió antes de decidir, ella misma, dar por finalizada el 28/7/2011 toda eventual contratación y, por ello, reclamar la devolución de los ya citados \$ 263.378,75 (carta documento de fs. 39). (c) En las condiciones expuestas, más allá de todo juicio sobre la prueba del daño, la reparación del lucro cesante solicitada por la actora resulta improcedente. Por ello, la apelación de esa parte también debe ser rechazada en su totalidad. 4º) De acuerdo a lo desarrollado, propongo al acuerdo confirmar la sentencia de primera instancia en lo que fue materia de apelación. Cada apelante cargará con las costas de su propio recurso (art. 68 del Código Procesal). Así voto. Los señores Jueces de Cámara, doctores Vassallo y Garibotto adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Confirmar la sentencia de primera instancia en lo que fue materia de apelación. (b) Imponer a cada apelante las costas de su propio recurso (art. 68 del Código Procesal). (c) En atención a la forma en que se decide, corresponde ingresar al análisis de los recursos vinculados con la cuantía de la retribución profesional, y debe precisarse que conforme los argumentos expuestos en un caso análogo (esta Sala, 13.3.18, ?Skillmedia S.R.L. c/ Estudio ML S.A. s/ ordinario?, expte. n° 36208/2015), la presente regulación de honorarios habrá de efectuarse con el arancel vigente al momento en que las tareas profesionales objeto de retribución fueron cumplidas. Con tales pautas, ponderando la naturaleza, importancia y extensión de las labores desarrolladas, las etapas procesales efectivamente cumplidas por cada uno de los profesionales intervinientes y con base en el monto comprometido, redúcense los honorarios a \$ 79.030 (pesos setenta y nueve mil treinta) para Gabriel Eduardo López Fernández, en su carácter de letrado patrocinante de la parte actora; a \$ 31.610 (pesos treinta y un mil seiscientos diez) para Gabriel Eduardo López Fernández y Alberto F. J. Ventura -en forma conjunta-, en su carácter de apoderados de la accionante; a \$ 45.700 (pesos cuarenta y cinco mil setecientos) para Rómulo A. Rojo Vivot, por su actuación como letrado apoderado de la parte demandada, y a \$ 27.965 (pesos veintisiete mil novecientos sesenta y cinco) para el perito contador, Gustavo Eduardo Cosentino. Confirmanse los estipendios en \$ 1.200 (pesos mil doscientos) para el perito ingeniero, Gastón M. Salituri, y en \$ 13.985 (pesos trece mil novecientos ochenta y cinco) para la mediadora, María Cristina Deponti Lascano (arts. 6, 7, 9, 10, 19, 37 y 38, ley 21.839; art. 3, decreto ley 16.638/57; decretos 1467/11 y 2536/15 y cpr: 478). Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13).

Pablo D. Heredia	Juan R. Garibotto	Gerardo G. Vassallo	Horacio Piatti	Secretario de Cámara
Correlaciones:	Ley 25506 - BO: 14/12/2001			042694E