

## Responsabilidad Precontractual

### JURISPRUDENCIA

### Responsabilidad precontractual

Se confirma la sentencia que

admitió la demanda por considerar que el actor había contribuido a la realización del negocio del que quedó luego excluido y que la demandada le había creado una expectativa que interrumpió arbitraria y sorpresivamente. En la ciudad de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires a los 27 días del mes de Agosto del año 2019 reunidos los señores Jueces de la Sala Uno de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, doctores Marcelo O. Restivo, Guillermo E. Ribichini y Fernando C. Kalemkerian para dictar sentencia en los autos caratulados: ?MERICH NICOLAS C/ VITTAL- SOCORRO MEDICO PRIVADO SA S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)?, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Kalemkerian, Restivo, Ribichini, resolviéndose plantear y votar las siguientes CUESTIONES: 1°) ¿Se ajusta a derecho la resolución apelada de fojas 411/430? 2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR KALEMKERIAN DIJO: I. Las presentes actuaciones fueron iniciadas a fs. 1/55, por Nicolás Merich contra la demandada, Socorro Médico Privado S.A., a quien designó como ?Vittal- Socorro Médico Privado S.A.? Manifestó que, como profesional médico y Jefe del Servicio de Emergencias del Centro Municipal de Salud de Tres Arroyos, al tomar conocimiento de la falta de una empresa de emergencias médicas privada en esa ciudad, se puso en contacto con la demandada con el propósito de interesarla en instalar una sucursal. Seguidamente reprodujo en forma textual una sucesión de correos electrónicos que habrían instrumentado las comunicaciones mantenidas a tal fin con representantes de la accionada. Señaló que verificó la autenticidad del intercambio de e-mails transcritos con la participación del analista de sistemas Guillermo Adrián Villalba. Este intercambio, según agregó, no agotó la relación con Vittal, pues dijo haberse reunido personalmente tanto en Tres Arroyos como en la Ciudad de Buenos Aires. Manifestó que le informó a la firma las características del lugar y las condiciones en que podría desarrollarse el emprendimiento. En un primer momento refirió haber dialogado con Marcelo Di Santo, Gerente de Franquicias y Desarrollo, y luego con Norberto Ginochio y Néstor Zungri, este último Director Médico. Aseveró que su trabajo fue indispensable para la instalación de la sucursal, e hizo referencia al mail del 5 de agosto de 2014, en el que supuestamente da cuenta de sus gestiones ante la Directora del Centro Municipal. Tomada la decisión de apertura de la sucursal, se le habría encargado al actor, de acuerdo con su versión, la selección del personal que formaría parte del plantel médico, así como del personal auxiliar. Agregó que del mail del 16 de octubre de 2014 surge con toda claridad que tomaría a su cargo la coordinación de la actividad de Vittal en Tres Arroyos, y que también aceptó la realización de guardias, acordadas en dos semanales y una por fin de semana. Dejó constancia de que, ante la exigencia de dedicación especial, debió renunciar a sus tareas en el nosocomio público en el mes de febrero de 2015, teniendo en cuenta que el comienzo de la prestación se había fijado para el día 6 de marzo de 2015. Sin embargo, fue postergado al mes siguiente por demoras derivadas de la habilitación municipal. Continuó diciendo que el día 9 de abril, los Sres. Zungri y Ginochio le expresaron personalmente que prescindirían de sus servicios y que no integraría el plantel de Vittal en Tres Arroyos y esgrimieron como justificación que la Directora del hospital, Dra. Mónica Capellari, se oponía a tal designación. Frente a esta situación, dijo, remitió la carta documento de 20 de abril de 2015, intimando a la demandada a definir su situación, que no mereció respuesta. Refirió que, finalmente, en el mes de abril de 2015, la empresa ahora accionada comenzó a operar en Tres Arroyos con el Dr. Cabido como coordinador y con gran parte del personal seleccionado por el actor. Denunció la violación al deber de buena fe y encuadró la situación en los artículos 991 y c.c. del nuevo Código Civil y Comercial. Reclamó como daño material el pago del ?salario? que habría pactado (\$ 40.000), por el término de un año y medio, esto es, la suma de \$ 720.000. Y solicitó también el reconocimiento del daño moral experimentado por verse privado de trabajo en forma inesperada y arbitraria, atendiendo a la necesidad de traslado a la ciudad de Chivilcoy, su situación familiar, etc. que estimó en la suma de \$ 250.000. II. A fs. 59/85 tomó intervención el Dr. Nelson Carlos Fosatti invocando la franquicia del artículo 48 del CPCC. respecto de la sociedad Socorro Médico Privado S.A. y en tal carácter contestó la demanda. A fs. 86/91 adjuntó copia del poder judicial especial otorgado por la accionada. Interpuso excepción de falta de legitimación pasiva como de previo y especial pronunciamiento. Sostuvo que la demandada nunca mantuvo tratativas con el actor, ni formuló oferta alguna y tampoco existió intención de obligarse y/o contratar al mismo, sea en forma verbal o por vía de e-mails. En función de ello afirmó que jamás pudo frustrar negociación alguna. Recogiendo las manifestaciones del propio Merich dijo que la frustración de las expectativas habría sido motivada por la Directora del Centro Municipal de Tres Arroyos. Por otro lado, negó que Socorro Médico Privado S.A. hubiera abierto una sucursal en Tres Arroyos y dijo desconocer cuál es la empresa que allí explota el servicio de emergencias Vittal. III.

La excepción fue diferida a fs. 128 para la oportunidad de la sentencia definitiva. IV. La sentencia de fs. 411/430, hizo lugar a la demanda y condenó a la demandada a pagar en el plazo de diez (10) días de quedar firme y/o consentida la suma de pesos cuatrocientos ochenta y nueve mil seiscientos cincuenta y seis (\$ 489.656), con más sus intereses. Rechazó a la vez el requerimiento de aplicación de la multa prevista por el artículo 45 del C.P.C.C. Impuso las costas a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.C.) y difirió la regulación de honorarios de peritos y abogados, para la oportunidad prevista por el artículo 51 de la ley 8904. Comenzó el magistrado por aclarar que la controversia debía ser decidida por las normas del Código de Vélez, en función de lo previsto por el artículo 7 del CCCN. Seguidamente rechazó la defensa de falta de acción. Refirió que la demandada, más allá de su negativa general, reconoció haberle abonado al actor honorarios en concepto de honorarios de guardias ocasionales prestadas como locador de servicios, al ser intimada mediante la carta documento de fecha 25 de abril de 2015 para que definiera su situación, sin desconocer al mismo tiempo que la marca o franquicia le correspondiera, ni el carácter que revestía el Sr. Zungri como representante de la empresa. Hizo mérito también de la declaración de los testigos que depusieran a fs. 171, 173 y 195 y que fueron contestes en que trabajaban o habían trabajado para Vittal Tres Arroyos a propuesta original del actor, aunque la empresa local sería LPSM S.A, de acuerdo con el informe municipal de fs. 268. También hizo hincapié en el hecho de que el ?dominio vittal.com.ar? se encuentra registrado a nombre de la demandada (fs. 400v). En cuanto a la cuestión de fondo, consideró acreditado que existió al menos una relación precontractual entre las partes, a partir del intercambio comunicacional mediante correo electrónico (que el experto de fs. 400/402 acreditó en su existencia, contenido, remitentes y receptores) y los dichos de los testigos de fs. 171, 173, 174, 176 y 195 en cuanto a las tareas organizativas previas que asumió el actor. Tuvo por probado entonces que el actor, concedor de la problemática de traslados médicos y emergencias de la ciudad de Tres Arroyos -como jefe del servicio público de urgencias del hospital local- tomó contacto con Socorro Médico Privado S.A., propietaria de la marca ?Vittal? a fin de proponerle la instalación del servicio que la misma ofrece, en esta localidad; que la iniciativa precontractual fue receptada por la empresa, a través del Sr. Marcelo Di Santo (Gerente Comercial) y se continuó hasta el día 03 de marzo de 2015 cuando el Sr. Norberto Ginocchio (Gerente de Desarrollo de Sucursales) le requiriera al actor información de ?talle de los médicos?, para la confección ?del ambo? (fs. 343); que de las tratativas precontractuales resultó, que luego de recibir la respuesta del interés de la empresa prestadora del servicio de emergencia, el actor aportó información específica del sistema de salud local, ofreció sus relaciones para conseguir ?demanda? de servicios y ?reclutó? potencial equipo de médicos, enfermeros y de choferes, además de haber promocionado personalmente el futuro emprendimiento comercial, en los festejos de la Fiesta del Trigo. (testigo Oldano fs. 176). Reparó en que aún cuando el servicio sea prestado por una empresa diferente a la demandada y no registre empleados en la ciudad de Tres Arroyos (ver informe de fs. 277v), tal circunstancia no empece a su participación en la prestación del servicio en esa ciudad, dado que la propiedad de la marca ?Vittal? le pertenece, sea como franquiciante o en virtud de alguna de las de redes contractuales posibles. Concluyó entonces el a quo que la demandada frustró injustificadamente las legítimas expectativas contractuales que de buena fe se había reservado el actor en su participación efectiva en el servicio que la empresa emprendió en Tres Arroyos. Y si bien, aclaró, ninguna obligación a priori tenía la sociedad comerciante de concretar la contratación, lo cierto es que atento el estado avanzado del acuerdo precontractual o iter preliminar, la especial intervención de su parte y la expresa intención original de incorporarlo como ?coordinador y médico de guardia? según se le insinuase en el correo de fecha 22 de julio de 2014 y se reiterase de manera concreta en los correos de fecha 14 y 16 de octubre de 2014 -ya aprobada la instalación de una sucursal por parte del directorio de la prestataria-, importó a criterio del magistrado una propuesta concreta -casi una oferta, en palabras de la sentencia, aunque así no lo interpretó el actor -, cuyo retiro intempestivo entendió, debía ser indemnizado. Entrando en el análisis de los rubros reclamados, consideró la sentencia que el límite de la indemnización estaría dado por los costos o gastos asumidos y una eventual ?perdida de chance?, pero no por la medida de un ?interés positivo?, propio de un contrato celebrado y frustrado como se pretende en la acción. En esta inteligencia tuvo en cuenta que, debido al avance de las tratativas y la propuesta ofrecida de ser el potencial coordinador y médico de guardia con dedicación exclusiva, el actor optó por renunciar a su empleo público de jefe de emergencia, y si bien no se ha probado el tiempo que insumiera la reinserción laboral, la fecha de demanda (14-03-16) suministra, en su razonamiento, una pauta temporal, ya que el actor afirmó encontrarse trabajando para esa fecha en el hospital de Chivilcoy. Sobre este piso de marcha, calculó una pérdida de ingresos (lucro cesante) por espacio de ocho meses, y utilizó como parámetro el último sueldo percibido en el hospital local, que resulta del recibo de fs. 226, de \$ 29.957, por lo que el rubro prosperó por la suma total de \$ 239.656. Hizo lugar asimismo al daño moral, y para estimar el costo de reversión, que coincidió con el importe reclamado en la demanda de \$ 250.000, se remitió al costo de un viaje de placer al exterior en familia, de acuerdo a lo solicitado por el actor. V. Apelaron ambas partes, actor y demandada. Esta última expresó sus agravios mediante escrito electrónico del día 14 de mayo de 2019. Se queja, como es de suponer, de que se hubiera admitido la demanda, y brinda una serie de argumentos que no voy a reproducir en su totalidad desde que no estoy obligado a seguirlos a pies juntillas. Sin embargo, enunciaré a continuación los

principales. El primero de ellos, fundado en que los intercambios de e-mails no fueron realizados en interés propio del actor sino invocando su calidad de integrante del plantel de médicos del hospital local y respondiendo a una necesidad de esta institución. Añade que su aporte, siempre en este carácter, fue insignificante en relación a la inversión. Dice también que no fue acreditado que Vital? le hubiera ofrecido la coordinación de la sucursal, y desconoce que Néstor Zungri fuera empleado de la empresa. Cuestiona por otro lado que se hubiera enlazado la desvinculación del actor respecto de su empleo anterior con el accionar de la demandada, siendo que de la testimonial de Gustavo Ariel Leguizamón se desprendería, en su criterio, que el actor fue despedido por razones ajenas a las eventuales tareas realizadas para el servicio de ambulancias. Finalmente protesta por los rubros concedidos en primera instancia. Aduce que la reparación en los casos de culpa in contrahendo o precontractual se limita al daño al interés negativo o de confianza, representado por los gastos realizados durante las tratativas, pero no comprende el lucro cesante y/o la pérdida de chance, que además no fueron invocados. Se duele también del monto otorgado en concepto de daño moral, juzgándolo excesivo. A su turno expuso también sus agravios el actor (escrito electrónico del 8/5/19). Considera que la decisión atacada repara sólo parcialmente el daño causado toda vez que la reinserción laboral no sólo se demoró más de lo estimado, sino que impuso condiciones laborales y remunerativas inferiores a las que tenía como dependiente del hospital municipal. Insiste en que debe calcularse el perjuicio sufrido en base al monto que iba a percibir en la empresa demandada, de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) mensuales. Con respecto al daño moral, considera que la vorágine inflacionaria y la falta de estimación de gastos propios de una actividad recreativa con la que se propone mitigar el padecimiento tornan escaso el monto fijado en la sentencia. Finalmente se queja del punto de partida de los intereses, previstos en la sentencia desde el momento de interposición de la demanda respecto del daño moral, y considera a este respecto que son debidos desde el momento en que se produjo el daño. Las partes no replicaron los agravios de su contraria. VI. Comienzo, naturalmente, por los cuestionamientos que el demandado endereza contra la admisión de la demanda. El primero, como se recordará, referido al hecho de que el actor no actuó en su interés sino invocando su calidad de integrante del hospital, lo que lleva a concluir al recurrente que la relación pre-contractual existió entre este nosocomio y la empresa de ambulancias y nunca como iniciativa de negocio para el actor, sobre todo cuando el emprendimiento requería grandes inversiones que no estaban a su alcance. El extravío que desnuda este argumento, al que adelanto, no acompaña la razón, es en rigor provocado por la misma ambigüedad de la demanda, la misma ambigüedad que se ha arrastrado durante todo el proceso. Es posible que en un primer momento el actor hubiera trasladado una inquietud puramente personal al sector de desarrollo de franquicias de la empresa, en los mails remitidos los días 2, 3 y 18 de junio de 2014. Pero una vez que conoció el importe de la inversión por medio del correo remitido por Marcelo Di Santo el 19 de junio, y a partir del tono empleado en sus contactos posteriores, es dable presumir que abandonó su aspiración inicial -si es que existió en algún momento- aunque no termina de quedar claro - por lo menos en el contexto de extrema mezquindad tanto de su parte como del demandado al momento de arrojar luz sobre el verdadero curso de los acontecimientos - , cuál fue el carácter en el que actuó en las gestiones tendientes a la instalación de una sucursal en la ciudad. Es factible además que en su entusiasmo hubiera pasado por alto la existencia de un par de normas jurídicas, sobre lo que más adelante volveré. En efecto, no sabemos si el actor se desempeñó como un gestor de negocios (art. 2288 y cctes. Cód. Civil), en virtud de un mandato tácito (art. 1874) u oculto (art. 1929), en interés propio o ajeno, o incluso en interés común, y tampoco a quien atribuir, en su caso, el carácter de dueño del negocio, si a la empresa, al hospital o a ambos conjuntamente. Lo que cae de maduro es que no es a este negocio al que nos estamos refiriendo cuando hablamos de una responsabilidad pre-contractual en que pudo haber incurrido la demandada, a pesar de la promiscuidad con que se han venido manejando las partes y posiblemente la sentencia misma. En este punto, pero sólo en este punto, acierta la demandada e intenta tomar partido de la confusión general. Es obvio que el actor nunca pudo ser considerado futura parte contractual de los negocios que se describen y acaso una mirada muy ingenua podría suponer lo contrario. Tan sólo contribuyó a su realización, al prestar su colaboración para una serie de tareas accesorias. El actor, a pesar de sus buenos oficios, es completamente ajeno tanto al desembarco de la empresa en la ciudad de Tres Arroyos, que califican como apertura de una sucursal, pese a que está claro que no lo es, (por lo menos en los términos de los artículos 5, 11 inc. 2) y cctes. de la Ley 19.550 porque se trata de una sociedad diferente), como al vínculo contractual que en definitiva hubieran establecido con el Hospital Municipal ?Dr. Ignacio Pirovano?, sobre el que, para su fortuna, no existe ninguna constancia ni precisión, más allá de algunas manifestaciones de las partes no corroboradas. Digo esto último porque veo, no sin alarma y preocupación, que el actor y su letrado parecen haber olvidado ciertas disposiciones contempladas tanto en la normativa provincial, ley 11.757 - vigente en ese momento, ahora reemplazada por la 14.656 -, que regula el empleo público municipal, cuanto de la nacional, la ley 25.188 de Etica Pública, e incluso del Código Penal. El artículo 60 del régimen marco del empleo municipal contiene una serie de prohibiciones dirigidas a los empleados públicos (carácter que revestía el actor), entre ellos ?Prestar servicios remunerados, asociarse, dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, o representar a personas físicas o jurídicas, que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración Municipal? (inc. k) (el destacado me pertenece). Por su parte, la ley de ética

pública, establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías (art. 1), y además de expedirse en forma muy similar a la norma transcrita anteriormente (art. 13), menciona a su vez la obligación de abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados (art. 2 inc. f). El Código Penal, por su lado, luego de la reforma operada por esta última ley, castiga en el artículo 256 bis al que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Es el denominado tráfico de influencias o antiguamente, la "venta de humos". De todos modos, como he dicho, más allá de algunas expresiones temerarias por parte del actor, no hay constancia alguna de que hubiera existido una injerencia indebida en la voluntad administrativa. No hay registro de cuál fue en definitiva el camino seguido a la hora de establecer la vinculación del Centro Municipal de Salud con la empresa, siquiera del hecho de que efectivamente se hubiera influido en el ánimo de su directora. Por otro lado, mientras que nuestro ordenamiento penal castiga el tráfico o la venta de influencias, nada dispone respecto del uso de las mismas para conseguir que un funcionario actúe del modo deseado. Es decir, la conducta de ejercer influencias sobre un agente público, sin traficarlas, en principio resulta atípica. Despejada entonces esta delicada cuestión y retomando el hilo, cabe desechar el argumento del demandado que pretende desligarse de responsabilidad alegando que no hubo un interés propio por parte de Merich y que sólo estuvo involucrado en cuestiones menores. Porque en este contexto de inusuales "colaboraciones" emprendidas por el actor fue que la empresa generó la expectativa de contratación en forma permanente, no sabemos bajo qué forma jurídica, para integrarse como coordinador de las guardias. En rigor, la prestación de estos servicios ya había comenzado, no sólo por la actividad de reclutamiento de personal, sino también porque al parecer efectuó guardias ocasionales, pese a que no hay constancia fehaciente de ello, ni de la forma en que fueron remuneradas. Por lo menos así lo puso de manifiesto la demandada en su carta documento de fs. 60, y recién ahora en su memorial, después de haber mantenido una cerrada e incompatible negativa en su responde de demanda. Por su parte, Merich siquiera lo menciona, ni acompaña las hipotéticas facturas que emitiera, coherente con su exposición fraccionada de los hechos. Da la sensación entonces, pese a que se hable de tratativas precontractuales, que, como se dijo, la relación contractual ya se había iniciado en forma espontánea entre las partes y que aspiraba a su continuidad en otras condiciones, acaso por tiempo indeterminado y con otras responsabilidades, cuestión que se hallaba sobrevolando pero que se puso de manifiesto en el mail del 22 de julio de 2014, y con mayor claridad en los mails de los días 14 y 16 de octubre. La queja del demandado en este punto es baladí. Como bien lo advierte la sentencia, al remitir la carta documento de fs. 60 no desconoció que el Sr. Nestor Zungri perteneciera a la empresa, sino tan sólo que le hubiera ofrecido un cargo. En el mismo memorial se observa esta actitud ambivalente, pues por un lado desconoce que Zungri y Ginocchio le hubieran manifestado que prescindían de sus servicios, sin mayores aclaraciones, para luego desconocer categóricamente que Zungri estuviera en relación de dependencia con la empresa de ambulancias. Por último, considera erróneo el razonamiento del Sr. Juez al vincular la decisión del actor de renunciar al nosocomio con las posibles tareas que pudiera realizar para el servicio de ambulancias, y trae a colación la declaración del testigo Gustavo Leguizamón (fs. 176), que daría cuenta de un despido por razones ajenas a las invocadas. Pero esto no se desprende de su declaración, más allá de la alusión del testigo a un despido que, adoptó en puridad la forma jurídica de una renuncia (fs. 206/207). Debo reconocer que ninguno de los testigos ofrecidos por el actor tuvo un papel destacado a su favor. Siquiera su propia hermana (fs. 195), que dijo desconocer la razón por la que se desvinculara de la empresa. Pero todos coincidieron en que fue Merich quien reunió al personal. Y cae de maduro que la renuncia al hospital guarda nexo de causalidad con las nuevas tareas asumidas o prometidas, por más que el demandado se empeñe en desconocerlo. Considero entonces que, sea que estuviéramos en la etapa precontractual o de renovación en otros términos de un contrato ya comenzado, la demandada creó una expectativa en el actor que interrumpió arbitraria y sorpresivamente, por lo que violó su deber jurídico de observar una conducta legal, prudente y diligente, en el marco del respeto del principio de buena fe que debe mediar durante el desarrollo de las tratativas, sean estas contractuales o precontractuales (art. 1109, 1198 y cctes. Cód. Civil). VII. Toca ahora atender lo relativo a la cuestión de la extensión del resarcimiento. Como he adelantado, el reconocimiento del rubro daño material ha originado agravios cruzados.

El debate gira principalmente en torno a la vieja discusión heredada de los trabajos de Ihering (conf. Von Ihering, Rudolf, "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", en "Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", ed. Jena, cit. por Spota, Alberto G., "Responsabilidad precontractual", J.A. 1954-II-88, también en "Instituciones de Derecho Civil. Contratos", ed. Depalma, tº V, pág. 302) y Fagella (Faggella, Gabriele, "Dei periodi precontrattuali e della loro e essatta costruzione scientifica", en "Studi giuridici in onore di Carlo Fadda", ed. L. Pierro, tº III, págs. 271 y siguientes cit por Orgaz, Alfredo, "Tratativas contractuales y formación del contrato", L.L. 75-239), respecto a la extensión del resarcimiento en materia de responsabilidad precontractual, centrada en el

concepto acuñado por el primero de daño al interés negativo. Si bien este autor no fue del todo claro a la hora de explicar qué era lo que se indemnizaba y con qué extensión (Orrego Acuña, J. Andrés, ¿De la responsabilidad precontractual con especial énfasis en los tratos negociales previos?, rev. *Entheos* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Las Américas), año 4, vol. único, pág. 267), la noción quedaría restringida al reembolso de los gastos efectuados con motivo de las negociaciones y no comprendería a las ganancias dejadas de percibir (interés positivo o de cumplimiento). Faggella, como se sabe, distinguió dos etapas a partir de la oferta y admitió que en la segunda fuera reparable tanto el daño emergente como el lucro cesante, que el autor identificaba con la pérdida de las oportunidades de concertar una operación fructífera con otro sujeto. El distingo entre el daño al interés positivo y el daño al interés negativo (negativas *vertrauensinteresse*), y la consideración de que son estos últimos los únicos que integran el resarcimiento en la responsabilidad precontractual prendió fuertemente en la doctrina alemana (conf. LARENZ K., ¿Derecho de obligaciones?, Ed. R.D.P., trad. Santos Briz, Madrid 1958, t. I, p. 195), y de allí pasó a nuestro derecho. Si bien me quedan dudas respecto de la utilidad de la distinción entre nosotros, durante muchos años se sostuvo que la culpa precontractual sólo permite exigir la indemnización del daño emergente pero no el lucro cesante, pues se trataría de un daño al interés positivo resarcible en caso de incumplimiento contractual. A mi modo de ver la solución no puede generalizarse, ni independizarse del vínculo concreto cuyas tratativas o negociaciones fueran interrumpidas. Y si bien no tenemos todas las piezas del rompecabezas, podemos arriesgar que se trataba de una locación de servicios en los términos de los artículos 1623 sptes. del Código Civil vigente al momento de los hechos, (hoy en día contrato de servicios previsto en el artículo 1278 sptes. del Código Civil y Comercial de la Nación). Es sabido que la línea que lo separa del contrato de trabajo resulta muy delgada, pero en el ámbito de los servicios médicos la Corte Suprema de Justicia ha privilegiado la normativa civil, al menos frente a la falta de prueba concluyente respecto de las subordinaciones técnica, económica y jurídica (conf. autos ¿Cairone, Mirta G. y otros c/Soc. Italiana de Beneficencia en Bs. As.-Hospital Italiano s/despido S. C. C. 1468, L. XLVII? del 19 de febrero de 2015, entre otros). Ahora bien, la interrupción abrupta de las tratativas o el incumplimiento de la promesa, cualquiera sea la hipótesis, no podría dejar en mejor situación al actor que la rescisión unilateral de un contrato de servicios, sea que admitamos o no la reparación integral de las consecuencias, pues la solución devendría absurda. Existe en el common law un parámetro a observar que me parece prudente, con prescindencia de las nociones de interés positivo y negativo, en el sentido de que los límites a la reparación están dados en evitar que la víctima quede en una mejor posición que si el contrato se hubiera cumplido (conf. FULLER R. PERDUE, William R. Jr. ¿The reliance interest in contract damages?, Volume 46, Issue 3 *Yale Law Journal*, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi>). Sobre esta base, si nada se hubiera estipulado, el contrato de locación de servicios se considera celebrado por tiempo indeterminado y cualquiera de las partes puede ponerle fin. En tal caso deberá preavisar con una razonable anticipación. De no otorgarse el preaviso, deberá abonarse una indemnización sustitutiva. No había en el Código de Vélez - vigente al momento de los hechos - una norma expresa y tampoco la hay en el nuevo Código que estableciera concretamente este plazo, el que se ha supeditado al análisis del caso particular, teniendo en cuenta entre otros factores el término de duración del vínculo, la posibilidad de aprovechamiento económico de las partes, la amortización de determinadas inversiones, si las hubiera, etc. Con anterioridad al Código Civil y Comercial de la Nación, no existía tampoco una pauta aplicable por analogía. Hoy en día el artículo 1492 referido a la agencia comercial y aplicable a la concesión, incorpora una fórmula que dependiendo del caso podría ser útil, de un mes por cada año de relación, idéntico al contrato de franquicia, que además pone el límite de 6 meses (art. 1522 inc d). No encuentro impedimento para aplicar este plazo al caso de autos a falta de otra solución expresa y conceder al actor una indemnización equivalente a un mes de remuneración (art. 16 Cód. Civi., arts. 2 y 3 CCCN). Pero no veo que puede aceptarse, como resolviera la sentencia, que la indemnización contemple las ganancias de las que se vio privado de percibir por espacio de ocho meses. En menudo contrasentido caeríamos si se admitiera resarcir las ganancias dejadas de obtener en caso de ruptura de tratativas o de un contrato apenas comenzado y, al mismo tiempo, se concediera sólo una indemnización sustitutiva de preaviso cuando la rescisión unilateral abarcara un contrato de servicios en plena ejecución, teniendo en cuenta que incluso podría haber transcurrido un tiempo considerable de relación. La solución no sólo resultaría poco coherente, a tenor de lo expresado, sino que llevaría a aplicar a la locación de servicios una pauta prevista en forma exclusiva para la locación de obra en el artículo 1638 del Código Civil, disposición que ha sido objeto de críticas y que además contiene una facultad dirigida a los jueces para morigerar la dureza de la solución. En cuanto a los ingresos que deben computarse para efectuar el cálculo, el actor dice haber convenido con la empresa la suma de pesos cuarenta mil mensuales, pero ello no ha sido probado. De todos modos, considerando el último salario percibido en el hospital local que resulta del recibo de fs. 226 (\$ 29.957), y recurriendo a la facultad prevista por el artículo 165 del C.P.C.C., pienso que no resulta descabellado aquel importe, que supone una mejora de sus ingresos en un 25 %, esperable para quien decide cambiar de puesto laboral. Ahora bien, tiene dicho el tribunal desde antiguo, que el daño debe valorizarse a la fecha de la sentencia o en la más próxima a ella que fuere posible, pero esto es a condición de que así se lo hubiere solicitado. No sólo no lo pidió el actor, sino que en su memorial insiste en

que ?deviene atinado calcular el perjuicio sufrido con el monto que el actor iba a percibir, estimado en pesos cuarenta mil (\$ 40.000)?, por lo que a efectos de no incurrir en una demasía decisoria es este importe al que corresponde atenerse. VIII. Es turno del daño moral, respecto del que también hay agravios cruzados. El rubro resultó admitido por el juez, que concedió al actor la suma de \$ 250.000 para compensarlo. El demandante lo reputa insuficiente a tenor del informe psicológico de fs. 183/185 mientras que la accionada además de haber señalado oportunamente que la indemnización debía limitarse al daño emergente, considera a todo evento que resulta excesiva, que no tiene por qué solventar un viaje de placer del actor y toda su familia y se enfrasca en reflexiones sobre los precios de pasajes aéreos y terrestres y los diferentes destinos turísticos. Sea o no un caso de responsabilidad precontractual - como anticipé - también es resarcible el daño moral (art. 1078, 1803 Cód. Civil). El derecho a no contratar no puede ser ejercido de manera arbitraria. Como cualquier otro, debe serlo de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, sin violentar sus principios rectores, como el de la buena fe y el abuso del derecho (arts. 1071, 1198 y cctes. Cód. Civil) y si ello ocurriera, al margen de los perjuicios materiales que provoca la actitud del victimario, también podrán causarse a la víctima padecimientos morales que deben ser resarcidos (art. 522, 1078 Cód. Civil) y que en el caso encuentro acreditados (fs. 183/185). Sin embargo, el monto otorgado devino excesivo, pues sin dejar de reconocer las enormes dificultades que acarrea su cuantificación, el límite subjetivo que impone la estimación del propio afectado no puede consistir el único parámetro sino al mismo tiempo la gravedad objetiva del menoscabo causado, tendiendo además a la armonización de las reparaciones en casos semejantes, en coincidencia con el difundido decálogo elaborado por el profesor Mosset Iturraspe (LL 1994, A-727). Propongo entonces la suma de pesos cien mil (\$ 100.000) a efectos de reparar el agravio moral. IX. Por último, resta la queja relativa al punto de partida de los intereses respecto del daño moral, que el acreedor pretende se retrotraigan al momento del hecho dañoso. La sentencia, por su parte, dijo adherir al criterio de esta Cámara, pero mandó pagar intereses a la tasa pasiva desde la fecha de demanda y omitió toda referencia a los anteriores. Es evidente que el Sr. Juez ha malinterpretado el temperamento que se viene observando a partir de la doctrina sentada por el Superior Tribunal en las causas ?Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios? C. 120.536; y ?Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y Perjuicios? C. 121.134, puesto que, de acuerdo con este criterio, cuando los valores que fija el pronunciamiento son actuales, los intereses bancarios deben correr a partir de la sentencia; con anterioridad, y desde el momento del hecho, sólo corresponde la aplicación de una tasa pura. Pero en este caso, tengo vedado aplicar este mecanismo de liquidación de accesorios, pues me llevaría a incurrir en una reformatio in pejus, toda vez que la fecha de devengamiento de los intereses bancarios contemplada en la sentencia, bien que errónea, es anterior a la que hubiera correspondido fijar, y ello no fue objetado por la contraparte (art. 266, 272 C.P.C.C). En consecuencia, corresponde admitir parcialmente el agravio, y adicionar intereses a la tasa pura del 6 % anual desde el momento del hecho y hasta la fecha de interposición de la demanda, a partir de la cuál seguirán corriendo los intereses fijados por la sentencia. Los señores Jueces doctores Restivo y Ribichini por los mismos motivos votaron en igual sentido. A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR KALEMKERIAN DIJO: Por lo acordado al votarse la cuestión anterior, corresponde modificar la sentencia apelada, reduciendo el importe en concepto de daño material a la suma de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) y el previsto en concepto de daño moral a la suma de pesos cien mil (\$ 100.000) y adicionar a este último concepto intereses a la tasa pura del 6 % anual desde el momento del hecho y hasta la fecha de interposición de la demanda. Las costas de alzada se imponen por su orden atento el resultado obtenido por los distintos recursos (art. 71 CPCC). Así lo voto. Los señores jueces doctores Restivo y Ribichini, por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido, por lo que se SENTENCIA: AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que precede ha quedado resuelto que no se ajusta totalmente a derecho la sentencia recurrida (arts. 508, 509, 512, 514, 522, 901, 903, 904, 1068, 1078, 1083, 1109, 1113, 1144, 1156, 1198 Cód. Civ, 7 CCiv.Com.; y arts. 163 inc. 5, 165, 254, 260, 272, 375, 384, 456, 474, 486 y conc. CPCC). POR ELLO, se la revoca parcialmente, y en consecuencia se modifica el importe en concepto de daño material y moral en las sumas de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) y pesos cien mil (\$ 100.000) respectivamente adicionando a este último concepto intereses a la tasa pura del 6 % anual desde el momento del hecho y hasta la fecha de interposición de la demanda. Las costas de alzada se imponen por su orden (art. 71 CPCC). Difirérese la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el artículo 51 de la ley 14.967. Hágase saber y devuélvase.

044263E