

Contrato De Franquicia Definicion Objeto Caracteristicas Responsabilidad Precontractual Perdida De Chance Dano Moral

JURISPRUDENCIA

En Buenos Aires, a los 28 días del mes de

agosto de dos mil veinte, se reúnen por vía remota los Señores Jueces de Cámara Doctora María Elsa Uzal (Vocalía N° 3) y Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers (Vocalía N° 2) con la asistencia de la Señora Secretaria de Cámara en los autos caratulados ?MASSACCESI FERNANDO DANIEL y otros c/ THIRD TIME S.A. y otros s/ Ordinario? (Expediente N° 33.743/2011), originarios del Juzgado del Fuero N° 25, Secretaría N° 49, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido por el art. 268 del CPCCN, resultó que los Sres. Jueces de esta Sala habrán de votar en el siguiente orden: Vocalía N° 1, Vocalía N° 3 y Vocalía N° 2. Dado que la Vocalía N° 1 se halla actualmente vacante, la causa pasó para emitir primer voto a la Doctora María Elsa Uzal (Vocalía N° 3) y, luego, en segundo término, al Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers (Vocalía N° 2) (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, la Señora Juez de Cámara Doctora María Elsa Uzal dijo: I.- Los hechos del caso. 1) A fs. 186/196 se presentaron Fernando Daniel Massaccesi, Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi promoviendo demanda por resarcimiento de ?daños y perjuicios? contra Third Time S.A. -en adelante, Third Time-, Continental Urbana S.A.I. -en lo sucesivo, Continental Urbana- y Gerenciadora Latinoamericana (GLA) S.A. -en adelante, GLA-, reclamando que se condene a las demandadas al pago de la suma total de \$ 1.212.000, con más los correspondientes intereses y costas. Solicitó, asimismo, que se imponga a las emplazadas una multa en concepto de daño punitivo, en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240. En respaldo de su pretensión, comenzaron explicando que conforman una familia, en la que Fernando Massaccesi y Ana Alberti son cónyuges y padres de Hernán y Ariel Massaccesi, quienes, ?con la intención de sostener su situación económica en época de incertidumbre o de mejorar la del propio grupo familiar? y atento a la apertura de San Justo Shopping, en el partido de La Matanza, provincia de Buenos Aires, ?pensaron en trabajar un local de venta de ropa?, motivo por el cual se dirigieron a las autoridades de ese establecimiento, propiedad de Continental Urbana, quienes indicaron que debían comunicarse con una persona que representaba a la sociedad gerenciadora, GLA, que actuaba como mandataria de aquélla. Afirmaron que el representante de GLA, Pablo D. Bendayan, les indicó que para acceder a ese emprendimiento familiar debían relacionarse con algunas de las marcas de ropa que le interesaban al shopping, entre las que les destacó especialmente a ?Tucci?, propiedad de Third Time, de quien les proporcionó los datos de contacto. Indicaron que procedieron a comunicarse con el gerente comercial de dicha firma, licenciado Tomás De Luca, quien les dio ?luz verde? al proyecto, lo que motivó que apresuraran la venta de un departamento de su propiedad, que era utilizado por Ana Alberti para dar clases de gimnasia, a los efectos de utilizar el dinero resultante con ese fin, lo cual imposibilitó que pudieran vender a un mejor precio, obteniendo tan sólo la suma de \$ 160.000. Explicaron que la mayoría de las comunicaciones se efectuaron mediante correo electrónico, en uno de los cuales, de fecha 16/09/2010, De Luca les propuso la licencia de uso de la marca ?Tucci? y estableció las siguientes condiciones a su parte: i) el pago de un ?ingreso?, denominado fee, de \$ 50.000 -el que posteriormente fue reducido a \$ 30.000-, que comprendía el costo del proyecto del local, los gastos de star-up -arranque- del negocio y un royalty único por el uso de la marca; y ii) afrontar el costo de la obra, con valor aproximado de U\$S 400/500 el m2, debiendo contar el local con un mínimo de 90 m2. Asimismo, les informó que la firma operaba con el denominado ?stock cero?, mediante el cual la franquiciante proveía la mercadería y el franquiciado la abonaba a medida que la iba vendiendo y, al finalizar la temporada, se devolvía el sobrante y se reponía con mercadería de la nueva colección. Aseguraron que la obra de instalación del local comercial debía efectuarse con los profesionales de ?Tucci? y siguiendo sus especificaciones, condiciones a las que adhirieron por considerarlas lógicas, atento a su carácter de profanos en la materia. Refirieron que los responsables de ?Tucci? y del shopping tenían relación entre sí y estaban al tanto de las posibilidades de su parte y de su interés en el emprendimiento. Manifestaron también que, con fecha 21/10/2010, De Luca les envió vía correo electrónico dos cuadros con la simulación de la utilidad promedio mensual para los cuatro años de contrato, uno, con una previsión de desarrollo menor y el otro mayor, consignándose en ambos que el monto total de la obra ascendía a \$ 200.000, más el fee y la comisión del shopping, todo lo cual arrojaba un total de \$ 244.000, IVA incluido, importe que si bien consideraron elevado, constituía una condición impuesta y estaban en condiciones de afrontar, por lo cual decidieron aceptar la oferta, motivo por el cual y a requerimiento de ?Tucci?, procedieron con fecha 02/11/2010 a depositar en la cuenta de Third Time la suma de \$ 30.000 correspondiente al fee. Prosiguieron indicando que, mediante correo electrónico del día 28/10/2010, De Luca les detalló la documentación que debían presentar al shopping, a cuyos efectos debieron contratar los servicios de un estudio contable,

constituyeron una sociedad de hecho entre Ana Alberti y sus hijos Hernán y Ariel Massaccesi, se inscribieron y abonaron los impuestos correspondientes y desafectaron el inmueble de su vivienda para darlo en garantía del contrato de alquiler, resultando fiador Fernando Massaccesi. Sostuvieron que también debieron tramitar la adquisición de equipos y software para el funcionamiento del local con distintos proveedores, aunque esas compras no llegaron a concretarse en ese momento por expreso pedido de ?Tucci?. Afirmaron que el contrato de locación del local comercial quedó instrumentado mediante la firma de un convenio por adhesión el día 19/11/2011, del que no se les entregó copia y que sólo fue puesto a su disposición por la gerenciadora mediante carta documento de fecha 01/03/2011, abonando en aquella oportunidad las sumas de \$ 1.113,84 por sellado, \$ 10.000 por depósito en garantía y \$ 16.707,60 en concepto de comisión. Señalaron que, pese a haber dado cumplimiento con todas esas exigencias y que el local debía quedar instalado en el mes de diciembre de 2010, las obras fueron pospuestas para febrero/marzo de 2011, por razones ajenas a su parte y que, en ese entonces, sólo eran conocidas por los codemandados. Refirieron que, con fecha 08/02/2011, los arquitectos de Third Time emitieron un presupuesto por la obra del local por un importe que no podía ser solventado por su parte, ya que prácticamente duplicaba el presupuesto extendido y acordado con dicha firma por la suma de \$ 200.000. Afirmaron haber planteado la imposibilidad de afrontar dicho costo a las tres codemandadas, quienes tenían conocimiento de cuál era su límite presupuestario, pero no propusieron solución alguna, sino que, por el contrario, la gerenciadora procedió a intimarlos mediante carta documento del 01/03/2011 a recibir la tenencia del local el día 04/03/2011 e invocó cláusulas de un contrato de locación del que desconocían su contenido debido a que no les había sido entregada una copia al momento de la firma y que recién fue puesto a su disposición en dicha misiva. Adujeron que dicha situación ponía en evidencia la malicia y presumible connivencia entre Continental Urbana y Third Time, ya que no sólo no procuraron solucionar el conflicto que ellos habían generado, sino que la segunda no tomó la iniciativa con el objeto de no alegar su propia torpeza, mientras que la primera procuró aparecer ?como independizándose de la cuestión? al intimar a recibir la tenencia del local, todo lo cual constituyó una maniobra defraudatoria, puesto que su parte fue ilícitamente desplazada y ?Tucci? se instaló finalmente en San Justo Shopping. Continuaron describiendo el intercambio de correos electrónicos mantenido con las tres codemandadas. Argumentaron que el vínculo con las accionadas debía encuadrarse como una ?relación de consumo?, en los términos del art. 42 CN y los arts. 1, 2 y 3 de la ley 24.240 (modificada por la ley 26.361), toda vez que los accionantes no formaban ni constituían una empresa, en el sentido de organización empresarial, pues la finalidad de su actividad no consistía en la ?venta para sí?, ni tampoco prestar servicios, ya que no eran, ni pretendían ser proveedores de bienes o servicios, rol que sí correspondía a las emplazadas, mientras que su parte detentaba el rol de consumidor, puesto que ?el resultado de su intermediación t(ení) por finalidad el uso o el consumo propio y para su consumo familiar?. Sostuvieron que las codemandadas ?concurrían en el emprendimiento como verdaderos grupos económicos con su rol respectivo?, donde Third Time obligó a su parte a alquilar un local de dimensiones predeterminadas en San Justo Shopping, a instalarlo a su costo y con los arquitectos, constructores y proyectistas de aquélla, quien además obtenía una regalía por el uso de la marca ?Tucci? y por el resultado final de las ventas, quedando un porcentaje establecido a favor de los demandantes, quienes no lucraban con el producido de la operatoria, que era el negocio principal de la franquiciante, en tanto que Continental Urbana obtenía un beneficio de la percepción del alquiler, expensas, comisiones y demás gastos accesorios derivados del local comercial. En virtud de esas razones, reclamaron que se condene a las emplazadas al pago de los siguientes importes: i) \$ 1.012.000 en concepto de ?daño patrimonial? generado por la imposibilidad de explotar el local comercial durante los cuatro años de vigencia del contrato; ii) \$ 80.000 para resarcir el ?daño a la salud? de Ana Liberti; iii) \$ 120.000 para enjugar el ?daño moral? que les ocasionó el hecho dañoso; y iv) una multa en concepto de ?daño punitivo? en los términos del art. 52 bis LDC. Todo ello, con más sus correspondientes intereses y costas. 2) Mediante su presentación de fs. 261/27152, Gerenciadora Latinoamericana (GLA) S.A. opuso excepción de falta de legitimación pasiva y, subsidiariamente, contestó demanda solicitando su rechazo, con costas. En relación a la excepción de falta de legitimación pasiva, argumentó que de los propios dichos de la parte actora surgía que ésta no tuvo relación contractual o extracontractual alguna con su parte, quien se limitó a brindar un servicio de intermediación entre la comitente Continental Urbana y los locatarios de San Justo Shopping, ello en virtud del contrato de locación de servicios suscripto con dicha accionada. Prosiguió efectuando una pormenorizada negativa de los hechos invocados por los accionantes, tras lo cual brindó su versión de los acontecimientos. En ese sentido, indicó que el incumplimiento de parte de los actores de la obligación de tomar la tenencia del local, asumida con Continental Urbana, se debió exclusivamente al accionar de aquéllos, quienes no midieron las consecuencias de embarcarse en el proyecto comercial en cuestión y que fracasó por su negligencia, siendo por ello de aplicación la denominada teoría de los propios actos. Manifestó que no resultaba claro cuáles habrían sido los supuestos incumplimientos alegados en la demanda, ni tampoco quiénes habrían sido los supuestos responsables, motivo por el cual ninguna responsabilidad cabía a su parte por el supuesto daño invocado por los accionantes, ya que no se configuraba ninguno de los presupuestos básico de atribución de responsabilidad. Sostuvo que, en su carácter de gerenciadora, su conocimiento de la situación se limitó a las

obligaciones que había asumido como locadora de servicios a favor de Continental Urbana, consistentes en representarla a título de mandataria, desconociendo los hechos que se habrían suscitado en los vínculos mantenidos por los demandantes, tanto con su mandante, como con Third Time. Planteó la inaplicabilidad al caso de marras de la Ley de Defensa del Consumidor invocada por los accionantes, pues de la propia demanda surgía que detentaban el carácter de comerciantes y no de consumidores, pues aludieron al contrato de franquicia comercial, reconocieron la firma de un contrato de locación de un local comercial y manifestaron que ¿pensaron en trabajar un local de venta de ropa?. Por último, impugnó la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios reclamados. En virtud de esas razones, solicitó el rechazo íntegro de la demanda, con costas. 3) A fs. 278/290 se presentó Continental Urbana S.A. Inversora contestando la demanda y solicitando su rechazo, con costas. Comenzó efectuando una pormenorizada negativa de los hechos invocados por los accionantes, tras lo cual planteó la inaplicabilidad de la LDC, atento a que los actores no revestían el carácter de consumidores, sino que conformaron una organización empresarial con el objeto de comercializar prendas de vestir a través de un contrato de franquicia. Prosiguió explicando que es una sociedad inversora dedicada a la explotación del centro comercial San Justo Shopping, obteniendo ganancias que provienen, tanto del pago del canon locativo mensual de sus locales comerciales, como de un porcentaje de las ganancias -fee mensual- por la facturación mensual de dichos locales, los cuales varían en cada caso. Aclaró que dichas ganancias se obtienen en tanto y en cuanto los locales del shopping se encuentren alquilados y funcionando, realizando la mayor cantidad de ventas posibles, resultando evidente que ambas partes se ven beneficiadas cuando el local funciona eficazmente. Sostuvo que en dicho contexto y considerando que los actores habrían logrado un acuerdo con la empresa propietaria de la marca ¿Tucci? -Third Time- para comercializar los productos de indumentaria de la referida marca, fue que, con fecha 19/11/2010, Continental Urbana celebró el contrato de locación del local N° 17, de 123 m2, con Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi Sociedad de Hecho (SH) -CUIT 30-71160027-9-, el cual fue comprendido, leído y firmado en todas sus partes por Hernán Daniel Massaccesi, en su condición de socio gerente y por sus padres Ana María Alberti y Fernando Daniel Massaccesi, en su carácter de fiadores, cuyas firmas e identidad fueron certificadas notarialmente por la escribana Claudia García Cortinez. Señaló que, en ese marco, resultaba falso lo manifestado por los accionantes tanto en el sentido de que no tenían conocimiento del contenido e implicancias jurídicas del contrato de locación y de que no se le habría hecho entrega de un ejemplar, pues ello así surge del original acompañado con la contestación de demanda, como respecto a que su parte, habría intentado tardíamente, poner a disposición de aquéllos dicho instrumento en la carta documento remitida por GLA con fecha 01/03/2011, cuando lo cierto era que, en dicha ocasión, la gerenciadora puso a disposición de los actores el contrato de locación de servicios que ella había suscripto con Continental Urbana. Refirió, que los accionantes reconocieron en el escrito de demanda que fueron ellos quienes se acercaron a su parte motivados por sus propios intereses para alquilar un local en el shopping y suscribieron el contrato siendo plenamente conscientes de lo que realizaban y teniendo total conocimiento sobre sus términos y condiciones. Señaló que el convenio de locación no fue un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas, sino que ambas partes tuvieron la libertad para discutir y acordar cada una de sus cláusulas, las que resultaban claras y no requerían de una labor interpretativa adicional. Manifestó que los accionantes, organizados como sociedad de hecho, asumieron y se obligaron, conforme surge de la cláusula 6.1 del contrato de locación, a recibir la tenencia del local en el lugar, día y hora que Continental Urbana les notificara, habiendo renunciado expresamente a rehusarse a ello, pese a lo cual, tras ser intimados por la administradora del centro comercial, mediante carta documento del 01/03/2011, a recibir el local y tomar su tenencia, aquéllos se negaron a hacerlo, aduciendo problemas con el propietario de la marca ¿Tucci? con respecto a la instalación del local, conflicto este último, del que su parte resultaba completamente ajena, pues su vínculo jurídico había sido entablado exclusivamente con los actores, mas no, con Third Time. Explicó que mientras el local permanecía cerrado y los accionantes se rehusaban a tomar tenencia del mismo, su parte se veía privada de percibir el canon locativo mensual y parte de las ganancias de las ventas, motivo por el cual y habiendo transcurrido cinco meses desde la firma del contrato de locación de obra, se vio obligada a rescindirlo por exclusiva culpa de aquéllos. Por último, impugnó la procedencia y cuantía de los distintos rubros reclamados en el escrito de inicio. 4) En última instancia, mediante su presentación de fs. 340/356, Third Time S.A. opuso excepción de falta de legitimación activa de Ana Alberti, Hernán Massaccesi y Ariel Massaccesi y, subsidiariamente, contestó demanda solicitando su rechazo, con costas y reconvino. En relación a la excepción de falta de legitimación activa de Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi, argumentó que no tuvo vínculo alguno con ellos, sino que la totalidad de las conversaciones y negociaciones fueron llevadas a cabo por Fernando Daniel Massaccesi en su calidad de empresario y titular de una organización empresarial, motivo por el cual, los tres primeros carecen de legitimación para obrar en autos. En ese mismo sentido, destacó que en la carta documento del 08/04/2011, Ana Alberti manifestó actuar en ¿carácter mancomunado de grupo familiar?, lo que constituía un absurdo jurídico, sin perjuicio de lo cual, los tres excepcionados carecían de capacidad procesal para obrar, ya sea que actúen por sí o como integrantes de un ¿mancomunado grupo familiar?. Prosiguió efectuando una

pormenorizada negativa de los hechos invocados por los accionantes y planteó la inaplicabilidad de la LDC, atento a que en la especie se vio involucrada una simple relación de índole comercial, donde los actores revistieron la calidad de empresarios, no de consumidores e invocaron una vinculación con su parte en virtud de la cual iban a ejecutar actos de comercio, en los términos del art. 8 del Código de Comercio, a punto tal que constituyeron una sociedad, vehículo jurídico típico para desarrollar estas actividades.

Relató que Fernando Massaccesi se contactó con su parte mediante un correo electrónico de fecha 14/09/2010, en el que le transmitió su interés en abrir un local de la marca "Tucci" en San Justo Shopping y solicitó información y ser contactado por el tema de la franquicia, lo que constituyó una clara manifestación de voluntad que dio inicio al iter contractual. Esa solicitud fue respondida mediante e-mail del 16/09/2010 del gerente comercial de Third Time, Tomás De Luca, quien explicó a Fernando Massaccesi las condiciones a cargo de este último para la celebración del contrato de uso de licencia de marca, consistentes en el pago de \$ 50.000 en concepto de fee inicial y proyecto de arquitectura del local y, además, afrontar el costo propio de la obra, cuyo importe estimativo variaba según las características y dimensiones del local, el que quedaba a elección del empresario, rondando "aproximadamente" entre los U\$S 400 y U\$S 500 el metro cuadrado, requiriéndose únicamente un mínimo de 90 m2 de local. Explicó que el proyecto de arquitectura en cuestión sería llevado a cabo por un estudio de arquitectos que no pertenecía a su parte, pero que era sugerido a los efectos de que la imagen de marca mantenga la línea de diseño de locales, no obstante lo cual, Fernando Massaccesi podía realizar la obra con cualquier estudio de arquitectura que eligiera, debiendo siempre respetar los lineamientos del proyecto. Afirmó que el accionante estuvo en un todo de acuerdo con las condiciones, por lo que se realizaron una serie de reuniones para terminar de definir detalles y avanzar con el proyecto, en una de las cuales y por expreso pedido de aquél y como consecuencia de una negociación típica de empresarios, se le redujo el monto del fee inicial a la suma de \$ 30.000, en lugar de los \$ 50.000 pactados inicialmente, a fin de que pudiera afrontar ciertos gastos que debía costear. Indicó que Fernando Massaccesi, por su exclusiva cuenta y por separado de las tratativas que mantenía con su parte, se encontraba negociando su contrato de locación con los representantes de San Justo Shopping, ente comercial con el cual Third Time no tenía vinculación, salvo a los efectos de constatar la seriedad de la propuesta del actor y cuando le solicitó a De Luca su intervención ante aquéllos a los efectos de procurar obtener alguna ventaja adicional en esa negociación. Manifestó que nunca sugirió o estableció proyección alguna de ganancia del comercio del accionante, dado que desconocía el mercado del centro comercial, ya que éste no tenía historial, sino que lo único que hizo fue dar respuesta a una requisitoria de aquél y le envió una "simulación" de lo que podía llegar a ser el desarrollo del local, pero sin garantizar su cumplimiento. Señaló que en el mes de noviembre de 2010, Fernando Massaccesi manifestó su decisión de concretar el negocio y depositó en la cuenta de Third Time la suma de \$ 30.000 en concepto de fee y proyecto de arquitectura y, posteriormente, habiendo aquél individualizado el local comercial en el cual iba a desarrollar su actividad, el estudio de arquitectura presupuestó el costo total de la obra para el local en cuestión en un monto de \$ 306.548,70, desconociendo su parte las dimensiones y características del inmueble finalmente arrendado. Indicó que, en forma sorpresiva, De Luca recibió un correo electrónico de Ana Alberti manifestando que no podían afrontar el costo del emprendimiento y que su voluntad era no realizar el negocio que ya había tenido comienzo de ejecución, interrupción que resultó intempestiva, ilegítima e incausada. Aseguró que, frente a esa situación, se le reiteró a Fernando Massaccesi que contaba con la posibilidad de realizar la obra con otro estudio de arquitectura, pero aquél persistió en su voluntad rescisoria, ante lo cual, De Luca le manifestó por correo electrónico del 15/02/2011 que, de revertir su postura, le sería devuelta la diferencia entre el monto depositado y los honorarios del arquitecto que había elaborado el proyecto, a fin de que aquél pudiera destinar ese importe para afrontar la "diferencia presupuestaria?". Argumentó que su parte fue la única perjudicada por esta situación, ya que contaba con todo lo necesario para obtener una renta de la venta de sus productos en el nuevo local del centro de compras de San Justo, pero como consecuencia del abandono de las tratativas preliminares por parte de Fernando Massaccesi vio frustrada dicha posibilidad de ganancias, circunstancia que daba sustento a la reconvencción deducida contra aquél. Continuó describiendo el intercambio de correos electrónicos mantenido con el accionante y expuso que, luego de varios intentos en vano y la extraña reticencia evidenciada por el actor, el día 07/04/2011 procedió a reintegrarle la totalidad de la suma de \$ 30.000 depositada, lo que quedó documentado mediante un acta de constatación labrada a tal efecto. En virtud de esas razones, reclamó que se condene al reconvenido al pago del monto del fee establecido y de las sumas que se vio privada de percibir como ingreso por la actividad que iba a desplegar aquél. Impugnó la procedencia y cuantía de los distintos rubros indemnizatorios reclamados en la demanda. Por último y en forma subsidiaria, solicitó que se aplique a la contraria la condena en costas prevista por el art. 72, in fine, CPCCN, por haber incurrido en plus petición inexcusable. 5) A fs. 364/366, la parte actora contestó el traslado de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada GLA, solicitando su rechazo, aduciendo la existencia de responsabilidad de la gerenciadora por su participación en los hechos. Por su parte, mediante su presentación de fs. 376/380, la accionante contestó el traslado de la excepción de falta de legitimación activa y la reconvencción deducida por la emplazada Third Time, solicitando el rechazo de ambas, con costas, argumentando, en relación a la excepción, que

se encontraba acreditada la intervención en los hechos de marras de Ana Alberti y sus hijos Hernán y Ariel Massaccesi y, en lo tocante a la reconvencción, que hubo un contrato concertado y en ejecución y que fue la conducta incumplidora de la reconviniendo la que impidió su desarrollo. 6) Abierta la causa a prueba y producidas aquellas de las que se dio cuenta en las certificaciones actuariales de fs. 902/906 y fs. 958, se pusieron los autos para alegar, habiendo hecho uso de tal derecho únicamente la parte actora, a fs. 987/1001. II.- La sentencia apelada. En la sentencia de fs. 1012/1050, el Juez de grado: i) rechazó la demanda promovida por Fernando Daniel Massaccesi, Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi contra Continental Urbana S.A.I. y Gerenciadora Latinoamericana (GLA) S.A., a quienes absolvió, imponiendo las costas a cargo de los vencidos; y ii) admitió parcialmente la demanda promovida por Fernando Daniel Massaccesi, Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi contra Third Time S.A., a quien condenó a abonar a aquéllos, en el plazo de 10 días, la suma total de \$ 1.182.000, con más los correspondientes intereses y costas. Para arribar a esa decisión comenzó señalando que los accionantes procuraron abrir un local de venta minorista de indumentaria femenina en San Justo Shopping, mediante la explotación de una franquicia de la marca ?Tucci?. Explicó que a través del mecanismo jurídico de la franquicia -o de la licencia para usar la marca-, los actores franquiciados adquirirían la mercadería de la franquiciante para luego venderla a los consumidores bajo la marca del franquiciante, obteniendo una ganancia con la diferencia, pero este modus operandi no convierte a los demandantes franquiciados en consumidores, pues el objetivo mediato a través del acto de comercio está constituido por la obtención de ganancias (art. 8, inc. 1 °, del Código de Comercio vigente al momento de los hechos), situación que automáticamente excluye a quienes ejercen esa actividad del régimen tuitivo de la LDC. Prosiguió señalando que la codemandada GLA actuó en todo momento como representante de Continental Urbana, extremo que fue reconocido por la parte actora en su escrito de demanda y en algunas de sus cartas documentos y que la primera no revistió el carácter de parte del contrato de locación del local N ° 117 del centro comercial San Justo Shopping celebrado, con fecha 19/11/2010, entre la mencionada Continental Urbana y Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi Sociedad de Hecho, circunstancia que determinaba la procedencia de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por GLA y, en consecuencia, el rechazo de la demanda incoada en su contra. En relación al planteo de los accionantes relativo a que el contrato de locación había sido celebrado mediante un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas y que desconocían su contenido porque no le había sido entregada una copia del instrumento, señaló que el contrato de adhesión no es censurable en la medida que no contenga cláusulas abusivas y, a continuación, detalló las obligaciones que deben asumir quienes explotan un local en un centro comercial y que fueron aceptadas por la sociedad de hecho, al suscribir el contrato de locación con Continental Urbana, en el que se dejó asentada la firma de dos ejemplares y cuenta con la firma certificada notarialmente, en virtud de lo cual, desestimó la argumentación propuesta. Destacó que el referido contrato de locación establecía que la obligación de pago del precio de la locación comenzaba a los 30 días de la entrega del local al locatario, que éste no podía rehusarse a recibir esa tenencia y que, en caso de incumplimiento por parte de aquél, el locador podía declarar resuelto el contrato. En ese marco, ante la intimación cursada por carta documento del 01/03/2011 por la administradora del shopping a Ana Alberti para que recibieran la tenencia del local, bajo apercibimiento de resolver el contrato y la respuesta por la misma vía de la requerida, del día 03/03/2011, manifestando que consideraba frustrado el emprendimiento, consideró que Continental Urbana ejerció en forma adecuada la facultad de resolver el contrato de locación, motivo que determinó, el rechazo de la demanda deducida en su contra. Continuó rechazando el planteo de falta de legitimación activa formulado por Third Time contra Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi, con fundamento en que la propia demandada afirmó que un dependiente suyo había recibido un correo electrónico de Ana Alberti manifestando que no podían afrontar el costo del emprendimiento y que su voluntad era no realizar el negocio, debiendo asimismo tenerse en consideración, no sólo que el contrato de locación del local fue suscripto por Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi, sino también que la mencionada Alberti remitió distintas cartas documento a dicha codemandada. Señaló que no se encontraba controvertido que la emplazada Third Time es titular de la marca de indumentaria femenina ?Tucci?, que los actores realizaron gestiones tendientes a concretar una franquicia de esa marca o una licencia para usarla y que el interlocutor de las negociaciones por parte de aquélla fue un empleado suyo, Tomás De Luca, extremos que se encontraban corroborados por la prueba testimonial y los correos electrónicos intercambiados entre las partes. Indicó que tampoco se hallaba cuestionado que los actores, tras una serie de gestiones y haber depositado cierto importe a la codemandada, no siguieron adelante con el emprendimiento por considerar que escapaba a su presupuesto la modificación del monto que debían abonar por las obras en el local que habían alquilado en el centro comercial San Justo Shopping. Explicó que el contrato de franquicia comercial requiere su celebración por escrito y puso de relieve que la mayoría de las comunicaciones se cursaron a través de correos electrónicos, sin celebrarse un acuerdo por escrito, por lo que la franquicia nunca operó y la controversia debía ubicarse en la etapa precontractual. Tuvo por acreditado que los actores cumplieron con todos los requisitos que les fueron exigidos en los distintos e-mails, conforme surgía de la declaración testimonial del contador Rubén Norberto Mouhamed y del contrato de locación

y que para reunir el importe que les había sido informado para la inversión, vendieron un departamento de propiedad de Ana Alberti que estaba afectado a las actividades que ella desempeñaba, con fundamento en los testimonios de Liliana Alejandra Rubín y Héctor Ariel Lucas, operación inmobiliaria que se realizó el 28/09/2010, con posterioridad al correo electrónico del 16/09/2010 a través del cual Fernando Massaccesi fue informado de los costos del emprendimiento. Puso de relieve que en el correo electrónico del 26/10/2010, la demandada Third Time, a través de Tomás De Luca, envió a Fernando Massaccesi en archivo adjunto ?la simulación de utilidad del local de San Justo?, contemplando dos escenarios distintos y consignándose en ambos que la inversión total proyectada para cada uno de ellos ascendía a \$ 244.000, correspondiendo \$ 30.000 al fee, \$ 200.000 a la obra y \$ 14.000 a la comisión del shopping. En ese marco, destacó que en el presupuesto de fecha 08/02/2011, elaborado por el arquitecto Gustavo Romano, quien había sido contratado por el estudio que la demandada Third Time había puesto en contacto con Fernando Massaccesi, cotizó la ?obra local Tucci? en la suma de \$ 306.548,70, la que resultaba significativamente superior al monto de \$ 200.000 que había sido informado en el correo electrónico del 26/10/2010. Sostuvo que dicha diferencia económica pudo haberse debido al lapso temporal transcurrido entre el envío vía e-mail de la información referida y la emisión del presupuesto, pero dicha contingencia no había sido invocada, ni tampoco acreditada, agregando que la accionada Third Time no desvirtuó la demora que le fue imputada por los accionantes en la demanda y que había hecho postergar las gestiones para la realización de las obras hasta febrero de 2011. Manifestó que si bien en el correo electrónico del 16/10/2010 se indicó que el costo de la obra allí expresado era aproximado y que podía variar de acuerdo a las características y dimensiones del local, en la ?simulación de utilidad del local de San Justo? se informó concretamente que el monto total de la inversión era de \$ 244.400, que comprendía el de la obra en sí misma, de \$ 200.000. Sostuvo que, en ese marco, los actores continuaron con el emprendimiento convencidos de sus posibilidades económicas en función de lo que les había sido informado por la demandada el 26/10/2010 y que la diferencia posterior resultante del último presupuesto puso en evidencia una deficiente información que convenció a aquéllos de embarcarse en un proyecto que terminó, superando sus posibilidades económicas, o bien fue consecuencia de la demora que le fue endilgada a Third Time, pero que en cualquiera de los dos casos esta última debía ser responsabilizada porque nada probó haber hecho para, al menos, disminuir el daño que esta situación provocaba a los accionantes. En virtud de esas razones, concluyó en que la accionada Third Time era responsable por la frustración del emprendimiento gestionado por los demandantes y en que, como consecuencia de ello, correspondía rechazar la reconvención deducida por aquélla contra los actores. No obstante ello, desestimó el planteo de incumplimiento malicioso por parte de Third Time que fuera alegado por la parte actora, con fundamento en que se trató de un argumento no introducido en la demanda y porque, sin perjuicio de ello, dicho extremo no se encontraba acreditado. Prosiguió analizando los distintos rubros indemnizatorios reclamados en el escrito de inicio. En ese sentido, comenzó señalando que si bien en el ámbito de la responsabilidad precontractual la reparación comprende sólo el interés negativo o de confianza, que abarca todo lo que el acreedor hubiera tenido como parte de su patrimonio si no hubiera confiado en los tratos preliminares, luego frustrados, esta regla no es absoluta y que, en el caso de marras, el grado de avance de las tratativas, con los consecuentes gastos efectuados por los accionantes y sus gestiones para lograr que la franquicia fuera operativa, imponían una reparación integral, comprensiva de las ganancias de las que aquéllos se vieron privados por la frustración del emprendimiento. En ese marco, consideró que el ?daño patrimonial? reclamado por los demandantes resultaba procedente como una ?pérdida de la chance?, a cuyos efectos tuvo a las dos proyecciones de facturación elaboradas por Third Time como fuente válida de datos referenciales para calcular la indemnización por este concepto, la que cuantificó en la suma de \$ 1.012.000. Tuvo asimismo por acreditado el ?daño a la salud? de Ana Alberti, con fundamento en la prueba pericial médica, que determinó que padeció gastritis aguda crónica, aunque sin dejar grado de incapacidad alguno y la prueba pericial psicológica, que dictaminó que aquélla presenta un estado depresivo y trastornos de ansiedad, con un 8% de incapacidad, todo ello como consecuencia de los hechos de marras, fijando un resarcimiento por este concepto de \$ 50.000. A partir de las declaraciones testimoniales de Liliana Alejandra Rubín y Héctor Ariel Lucas, juzgó demostrada la existencia del ?daño moral? invocado por los actores, el que cuantificó en la suma de \$ 120.000. Por último, desestimó el pedido de aplicación de una multa por ?daño punitivo? en los términos del art. 52 bis LDC, atento a que dicha normativa no resulta aplicable al caso de marras. En virtud de esas razones, admitió parcialmente la demanda promovida contra Third Time, por el importe total de \$ 1.182.000, con más los intereses a calcularse a la tasa activa que percibe el BNA en sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, sin capitalizar, desde el 17/03/2011, fecha en la que Continental Urbana rescindió el contrato de locación del local, hasta el efectivo pago, con costas a cargo de la demandada vencida. III.- Los agravios. Contra dicho pronunciamiento se alzaron tanto la parte actora -a fs. 1056-, como la codemandada Third Time -a fs. 1054-, quienes fundaron sus recursos mediante los memoriales obrantes a fs. 1118/1122 y fs. 1100/1116, respectivamente, siendo contestado el de los accionantes a través de las presentaciones de Third Time de fs. 1127/1130 y de Continental Urbana de fs. 1132/1136, en tanto que el de la emplazada Third Time fue replicado por la presentación de los actores de fs. 1124/1125. 1) Los agravios de la parte

actora: i) Se agravó esta parte del monto de condena reconocido en la sentencia apelada, aduciendo que, si bien resultaba cercano a lo reclamado en la demanda, había quedado depreciado sustancialmente debido al tiempo transcurrido desde la fecha de la demanda y la depreciación de nuestra moneda que derivó en un proceso inflacionario, agregando que los intereses reconocidos tampoco resultaban suficientes para equiparar dicha depreciación. Refirió que al momento del inicio de la presente acción, en el año 2011, cada dólar estadounidense cotizaba a \$ 4, de manera tal que con el capital reclamado se podría haber accedido a la compra de aproximadamente U\$S 300.000, en tanto que a la fecha de la apelación, el dólar cotizaba a \$ 65, por lo que sólo podría acceder a la compra de U\$S 18.600 y, en caso de computarse los intereses, el monto de condena ascendería a \$ 4.103.077, lo que permitiría la adquisición de U\$S 63.000. Por ese motivo, solicitó ?...aumentar el monto de condena y/o al mismo tiempo determinar una cláusula o metodología de ajuste del capital, todo ello de forma tal que quede equiparado el capital a valores actuales...?. ii) Criticó que el Juez de grado hubiera determinado que no resultaba de aplicación al caso de marras de la LDC por considerar que el contrato de franquicia estaba destinado a la comercialización de productos para la obtención de ganancias, pese a que había quedado demostrado que se había involucrado en un contrato con el que pretendía sostener o mejorar la situación económica de su grupo familiar y que se había vinculado con las codemandadas mediante una relación de consumo. Adujo que los accionantes no forman, ni constituyen, una empresa en el sentido de organización empresarial, pues su finalidad no consistía en ?vender para sí?, ni prestar servicios, sino que se adhirieron al servicio prestado por Third Time a través de la concesión de licencia de su marca ?Tucci? por medio de una franquicia, representando una suerte de longa manu de aquélla, para alcanzar sus productos al público y siendo ?colocados? por la codemandadas dentro de un armado virtual como una sociedad de hecho. En virtud de esos fundamentos, solicitó que el caso fuera analizado a la luz del régimen de protección del consumidor de la LDC. iii) Objetó la decisión del a quo de desestimar su pedido de aplicación de una multa en concepto de ?daños punitivos?, en los términos del art. 52 bis LDC por considerar que dicha norma no resultaba aplicable al caso de autos, siendo que, en realidad, dicha normativa sí regía los hechos de marras. iv) Cuestionó que el magistrado hubiera rechazado la demanda que promoviera contra Continental Urbana y GLA, pese a que había quedado demostrado que los actores habían contactado inicialmente a Pablo D. Bendayan, representante de la segunda, quien actuaba como gerenciera del centro comercial de la primera, quien les informó de la posibilidad de acceder al emprendimiento familiar, para lo cual resultaba necesario que se relacionaran con algunos de los titulares de las marcas de ropa que le interesaban al shopping, destacando especialmente a la marca ?Tucci?, propiedad de Third Time, proveyéndoles los datos de contacto de esta última. Sostuvo que fue la gerenciera GLA, a instancias de Continental Urbana, quien intimó a su parte a tomar la tenencia del local, pese a conocer o debiendo conocer la situación económica de la familia Massaccesi, por la relación constante y actuación conjunta con Third Time y estando al tanto del incumplimiento de esta última. Manifestó que, pese a haber planteado a las codemandadas la difícil situación que estaba atravesando por el accionar de aquéllas, no propusieron solución alguna y que resultaba revelador que la gerenciera hubiera impulsado la rescisión del contrato de locación y la frustración del emprendimiento al intimar a tomar la tenencia del local aún cuando tenía conocimiento del incumplimiento de Third Time, quedando de esta manera demostrado que dichas codemandadas tenían interés en la extinción del vínculo para sustituir a su parte y obtener un mayor beneficio mediante la instalación por su cuenta de un local de la marca ?Tucci? en el centro comercial, algo que finalmente se concretó en el mes de agosto de 2011. Por esos motivos, solicitó que las codemandadas Continental Urbana y GLA resulten condenadas por su responsabilidad por los hechos de marras. v) Por último, se agravó de que se hubieran impuesto a su cargo las costas correspondientes al rechazo de la demanda que promoviera contra Continental Urbana y GLA, solicitando que fueran impuestas en el orden causado, atendiendo que, por las particularidades del caso, su parte pudo haberse creído con derecho a demandarlas. 2) Los agravios de la demandada Third Time: i) En primer lugar, se quejó esta parte de que el Juez de grado hubiera rechazado la excepción de falta de legitimación activa que opusiera en relación a Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi, pese a que no había dudas acerca de que las tratativas precontractuales se dieron únicamente entre Fernando Daniel Massaccesi y Third Time, tal como surgía de las declaraciones de los testigos De Luca, Haile y Viola, no teniendo conocimiento su parte de que los demás integrantes de la familia también eran posibles y futuros cocontratantes. En relación a la accionante Ana Alberti, sostuvo que más allá de que exteriorizó su voluntad de no realizar el negocio, jamás intervino en negociación o relación precontractual alguna y que las cartas documento que remitió merecieron la réplica de su parte, rechazando su intervención. Adujo que la parte actora no acreditó la intervención de toda la familia y el carácter en que lo habían hecho, motivo por el cual solicitó la revocación de este aspecto de la sentencia apelada y que se haga lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por su parte, con costas. ii) Se agravó de que hubiera sido responsabilizada por la frustración del negocio, con fundamento en que habría violado el deber de información al indicar a Fernando Massaccesi que el costo de la obra oscilaba entre los U\$S 400 y los U\$S 500 el m2. Sostuvo que esos valores habían sido proporcionados a pedido de la contraria y sólo a modo de referencia, no obstante lo cual, esa estimación no había sido errónea, pues un local de 100 m2, con un costo de U\$S

500 por m², al tipo de cambio de \$ 4 por cada dólar estadounidense, arrojaba el total de \$ 200.000, que fue el informado estimativamente a la actora. Argumentó que el a quo también había omitido considerar que el local finalmente alquilado por los accionantes poseía una superficie de 123 m², por lo que si se estimaba un costo de U\$S 400 y U\$S 500 por m², el costo de la obra ascendía a \$ 196.000 y \$ 246.000, respectivamente y si respecto a este último monto se consideraba una diferencia en más de un 20%, el monto sería de \$ 295.200, el cual se aproximaba al costo presupuestado de \$ 296.717, más los honorarios de dirección de obra. Manifestó que todo emprendimiento comercial tiene ínsito un riesgo, por lo que resulta exigible al comerciante un mínimo de diligencia y previsión, que no fue observado por la parte actora, quien ni siquiera solicitó una segunda cotización a un estudio de arquitectos, lo cual demostraba una manifiesta ligereza. iii) Objetó también que el magistrado hubiera determinado erróneamente que era responsable de la frustración del emprendimiento del actor sobre la base de un razonamiento contradictorio, puesto que, por un lado, destacó que en el correo electrónico del 16/09/2010 se informó un costo aproximado de la obra, pero que podía variar en función de las características y dimensiones del local, por lo que dependía de una decisión exclusiva de los accionantes y no de su parte, mientras que, por otro lado, la responsabilizó por haber informado que el monto total de la inversión era de \$ 244.000, comprendiendo el de la obra en sí de \$ 200.000. Sostuvo que los testimonios de De Luca, Haile y Viola resultaban coincidentes en cuanto a la variación del costo de la obra y la posibilidad de que la parte actora eligiera su propio arquitecto director de obra y la necesidad de contratar al constructor, como asimismo, respecto a que el fee de ingreso contemplaba el costo del proyecto de la obra en el local seleccionado por el comerciante con el diseño de la marca ?Tucci?. En la misma línea, indicó que no resultaba cierto que se hubiera determinado que la diferencia en el presupuesto había sido consecuencia de una información errónea que habría convencido a los actores de embarcarse en un proyecto que superó sus posibilidades económicas o de una demora también atribuibles a su parte, cuando lo cierto era, que no existió deficiente información porque se trató de cálculos meramente estimativos y aproximados, lo cual se le hizo saber a la contraria y porque no sugirió o estableció proyección alguna de ganancia del futuro comercio del actor, sino que, a requerimiento de éste, envió una simulación de lo que podía ser el desarrollo del local, por lo que no hubo engaño u ocultamiento, sino que fue Fernando Massaccesi quien debió actuar de modo diligente y prever el costo y el plazo del proyecto, aspecto este último que fue soslayado por el a quo. Sostuvo que tampoco existió demora alguna atribuible a su parte, dado que no estableció plazos, como así tampoco lo hizo la actora, siendo la única exigencia en ese sentido el plazo de 45 días de obra establecido por el centro comercial para la apertura del local. Adujo que no se había acreditado en modo alguno que Third Time hubiera actuado con mala fe o dolo, o que hubiera continuado las tratativas con Fernando Massaccesi, pero con la intención de frustrar el acuerdo. iv) Se agravó de que el sentenciante hubiera manifestado que su parte no había logrado desvirtuar, tanto la demora que le fue imputada por los actores, como la procedencia y cuantía de la pretensión indemnizatoria, resultando claro que recaía exclusivamente en la parte actora la carga de la prueba de sus dichos, conforme lo establece el art. 377 CPCCN. v) En ese marco, cuestionó que se hubiera rechazado la reconvención que dedujera, destacando que, con la prueba pericial contable, se encontraba acreditado el perjuicio sufrido por la imposibilidad de obtener renta de las ventas de sus productos como consecuencia del abandono de las tratativas preliminares por parte de Fernando Massaccesi. vi) Objetó que el Juez de grado hubiera reconocido un resarcimiento en concepto de ?lucro cesante? al determinar que correspondía la reparación integral de las ganancias que los accionantes se vieron privados de obtener por la frustración del emprendimiento, pese a señalar que la extensión resarcitoria en supuestos de responsabilidad precontractual se limita a la reparación del ?daño al interés negativo?, que comprende sólo aquellos gastos en los que incurrió la parte frustrada como parte de las negociaciones llevadas a cabo y las ganancias perdidas por haber rechazado otras ofertas durante el período de negociación, descartando las ganancias que aquélla hubiera dejado de percibir, excepto que hubiera mediado dolo de su parte, el cual no se encontraba acreditado, por lo que el rubro en cuestión resultaba improcedente. Sostuvo también que las tratativas no se encontraban en un estado avanzado, sino incipiente, por lo que el actor debió haber estudiado el proyecto que quería concretar y los medios con los que contaba. Criticó también que se hubiera reconocido por este concepto el 100% de las ganancias ?simuladas? durante tres años, pese a que el contrato nunca existió y que el actor no efectuó inversiones, ni ejerció actividad comercial, ni corrió riesgo alguno, no ponderándose tampoco la carga impositiva, por lo que aquél estaría percibiendo más de lo que habría podido obtener si desarrollaba la actividad y se sometía al alea del negocio. Adujo que sólo deben indemnizarse las consecuencias inmediatas, como los gastos incurridos u ocasionados y las mediatas previsibles, no existiendo en este caso pérdida de oportunidad para el actor de cerrar negocios con terceros mientras negociaba con su parte. vii) Se agravó de que se hubiera admitido el resarcimiento del ?daño moral? y del ?daño a la salud?, dado que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ambos requieren de una mayor solidez probatoria que la desarrollada en autos por el accionante. Sostuvo que sólo debe responderse por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto y no por las consecuencias casuales, las que, por excepción, sólo pueden contemplarse cuando media dolo, lo que no aconteció en la especie. Subsidiariamente, cuestionó la cuantía del resarcimiento concedido por ambos rubros, por considerarlos elevados, solicitando su

reducción. viii) Por último, criticó que se hubiera dispuesto la aplicación de la tasa activa, pese a que la CSJN, en los autos ?Cohen?, ?Serenar?, ?Bustos?, ?Reynot Blanco? y ?Provincia de San Luis?, resolvió la aplicación de la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el BCRA. Argumentó también que en el plenario ?Samudio? se resolvió que la aplicación de una tasa de interés activa importaría un injusto enriquecimiento de la contraria cuando el capital de condena había sido calculado a valores actuales, tal como sucedió en la sentencia apelada en relación a los rubros ?daño a la salud? y ?daño moral?. Adujo asimismo que resultaba arbitraria la fijación del dies a quo de los intereses al momento de la finalización de las tratativas, dado que la ganancia no se habría producido en ese momento, sino en los próximos años siguientes. En virtud de esas razones, solicitó que se admitan sus agravios y, en consecuencia, se revoque la sentencia apelada, rechazándose la demanda incoada en su contra y admitiéndose la reconvenición deducida contra la parte actora, condenándose a esta última a pagar las sumas reclamadas, con costas. IV.- La solución propuesta. 1) Aclaración preliminar. En primer lugar señalo que es el criterio de esta Sala, que estimo aplicable en autos, aquél que conduce a dejar sentado que el caso habrá de decidirse conforme a las disposiciones del Código Civil (ley 340 y sus modificaciones), en lo pertinente, por entender que, atento al tiempo en que se configuraron los hechos del caso, resultan inaplicables las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial sancionado por la ley 26.994 que entrara en vigor el 01/08/2015. Por otro lado, es de remarcar que la resolución de los problemas inherentes a los conflictos inter-temporales provocados por el cambio legislativo que introduce el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación exige ahondar en los alcances del nuevo art. 7 CCCN en aquellos casos en los que quepa plantearse la pertinencia de la aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias. Para ello, se observa que de la comparación entre los anteriores artículos 2 y 3 del Código Civil y los actuales artículos 5 y 7 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación surge que, salvo por la inclusión en este último de la referencia al principio de la favorabilidad respecto de las relaciones de consumo, las reglas conservan un paralelismo en su redacción, que torna vigente la rica elaboración doctrinaria y jurisprudencial civilista existente desde la reforma introducida por la ley 17.711 (conf. Uzal, María Elsa, ?Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal con especial referencia al Derecho Internacional Privado?, Revista Código Civil y Comercial (Director: Dr. Héctor Alegría), Ed. La Ley, N° 1, julio 2015, págs. 50/60). Es de destacar que el art. 5 establece que las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen. En el caso del nuevo Código Civil y Comercial, el art. 7 de la ley 26.694 (sustituido por el art. 1 de la ley 27.077), dispuso que dicho cuerpo entrara en vigencia el 01/08/2015. De otro lado, el art. 7 indica la manera en que han de concretarse los efectos de las leyes que se dicten con relación al tiempo y a las relaciones preexistentes. Dicha norma establece, textualmente, que ?a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo?. Esta última alternativa, impone ahondar en los alcances del mentado art. 7 CCCN en aquellos casos en los que, como en el que nos ocupa, se plantee alguna duda o controversia sobre la debida aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias. Debe repararse en que la interpretación de la norma de aplicación tiene como pilares dos principios fundamentales: la irretroactividad de la ley -salvo disposición en contrario, que en ningún caso podrá afectar derechos amparados con garantías constitucionales- y su aplicación inmediata, a partir de su entrada en vigencia ?aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes?. Cabe profundizar aquí, en el primero de esos principios, esto es, aquél que veda toda posible aplicación retroactiva no prevista expresamente y que lleva de la mano a precisar cuándo una ley es retroactiva, lo que presenta particulares dificultades si se trata de hechos in fieri, es decir, en curso de desarrollo. Ello, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso puede implicar una indebida aplicación retroactiva. Debe recordarse que se ha dicho que se configurará una aplicación retroactiva de la ley: a) cuando se vuelva sobre la constitución o extinción de una relación o situación jurídica anteriormente constituida o extinguida; b) cuando se refiera a los efectos de una relación jurídica ya producidos antes de que la nueva ley se halle en vigencia; c) cuando se atribuyan efectos que antes no tenían a hechos o actos jurídicos, si estos efectos se atribuyen por la vinculación de esos hechos o actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley; d) cuando se refiera a las condiciones de validez o efectos en curso de ejecución que resulten ser consecuencias posteriores de hechos ya cumplidos, con valor jurídico propio, en el pasado y que derivan exclusivamente de ellos, sin conexión con otros factores sobrevinientes; e) cuando se trata de situaciones jurídicas concurrentes que resultan de fuentes de derecho diferentes que entran en conflicto y pueden suscitar desigualdades entre los titulares de esas relaciones, precisamente, porque dado que cada una de ellas nace de causas diferentes, cada una debe soportar la competencia de la ley que corresponde al momento de su constitución, de sus efectos o de su extinción, según el caso (conf. Roubier, P., ?Les conflicts des lois dans le temps?, T° 1, págs. 376 y sigs.; Borda, G., ?La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo?, E.D., T° 28, pág. 809; Coviello y Busso, citados por Llambías,

J.J., ¿Tratado de Derecho Civil. Parte General?, T° 1, págs. 144/5, en nota 68 bis; Uzal, ob. cit., nota 1, pág. 52). Así, si la modificación legal sobreviene estando en curso la constitución, adquisición, modificación o extinción de un derecho, la nueva ley modificará esas condiciones de constitución, adquisición, modificación o extinción del derecho de que se trate, en tanto esas relaciones no se hallen ya consumidas con efectos jurídicos propios en el pasado, de modo que revistan el carácter de derechos adquiridos, debiendo el juzgador examinar las circunstancias de cada caso concreto atendiendo con ese sentido a la directiva legal (conf. Uzal, ob. cit., págs. 59/60). Ya se ha destacado que la determinación de si se está frente a una aplicación retroactiva presenta particulares dificultades cuando se trata de hechos in fieri, es decir, en curso de desarrollo y que es imprescindible distinguir si se trata de situaciones que se encuentran en lo que puede describirse como una fase dinámica de la relación, en la que ésta nace o muta (su constitución o extinción) o si, en cambio, se capta esa relación en una fase estática, cual sería aquella que concierne a sus efectos ya producidos y/o con valor jurídico propio, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso concreto, puede implicar una indebida aplicación retroactiva, sobre hechos o situaciones jurídicas del pasado. En el marco fáctico legal del sub iudice las circunstancias de hecho del caso permiten concluir en que la aplicación de las nuevas modificaciones que pudiera haber introducido el Código Civil y Comercial de la Nación en la materia no resultan de aplicación. Ello así toda vez que, de aplicarse las disposiciones contenidas en ese Código se vería afectado el principio de irretroactividad de las leyes consagrado por el art. 7 del mismo cuerpo legal, pues de otro modo se alterarían los efectos de una relación jurídica, ya producidos antes de que el nuevo Código se hallase en vigencia, volviendo sobre una relación o situación jurídica ya constituida anteriormente con efectos jurídicos propios en el pasado, atribuyendo efectos que antes no tenían a actos jurídicos, por la vinculación de esos actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley. En consecuencia, déjase establecido que en autos se resolverán los recursos traídos a conocimiento de este Tribunal conforme las normas que se encontraban vigentes al tiempo en que acontecieron los hechos de marras.

2) El thema decidendum. Preliminarmente, corresponde señalar que no resultó una cuestión controvertida por las partes: i) que, a partir del mes de septiembre de 2010, el accionante Fernando Daniel Massaccesi mantuvo negociaciones con Third Time a los efectos de obtener la explotación de la franquicia de la marca ¿Tucci?, propiedad de esta última, en un local del centro comercial San Justo Shopping, aunque las partes difieren acerca de si, también, intervinieron en dichas tratativas los restantes coactores, como sostiene la parte actora, o no lo hicieron, según la postura de Third Time; ii) que, con fecha 19/11/2010, se celebró el contrato de locación del local N° 117 de San Justo Shopping, que poseía una superficie de 123 m2, entre la locadora Continental Urbana y la locataria Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi Sociedad de Hecho; iii) que, mediante carta documento del 01/03/2011, la gerenciadora del centro comercial, GL, intimó a Ana Alberti a recibir la tenencia del local el día 04/03/2011, bajo apercibimiento de resolver el contrato o aplicar las sanciones previstas contractualmente; y iv) que, a través de carta documento del 16/03/2011, Continental Urbana notificó a la sociedad de hecho su decisión de rescindir el contrato de locación a partir del 17/03/2011 por exclusiva culpa de la locataria, por no haberse presentado a recibir la tenencia del local. Por su parte, no resultó controvertido en esta Alzada -quedando, en consecuencia, consentido- lo decidido por el sentenciante en punto a establecer que no fue suscripto el contrato de franquicia entre los actores y la demandada Third Time y que, en consecuencia, esa vinculación debía ser analizada desde la óptica de las tratativas preliminares. Ello establecido y descriptos del modo expuesto los agravios planteados por las recurrentes, el thema decidendum en esta Alzada se centra en determinar si asistió razón al Juez de grado al decidir: i) al admitir la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por GLA y, por ende, rechazar la demanda promovida contra ella; ii) rechazar la demanda incoada por la parte actora contra Continental Urbana por considerar que esta última actuó conforme a lo establecido en el contrato de locación al decidir rescindirlo por no haberse presentado la locataria a recibir la tenencia del local; y iii) admitir parcialmente la demanda promovida por los accionantes contra Third Time con fundamento en que esta última era responsable de la frustración del emprendimiento al haber informado erróneamente a aquéllas el costo de la obra del local comercial. En ese cometido corresponde determinar en primer lugar si resulta -o no- aplicable al caso el régimen protectorio del consumidor, para luego pasar a analizar la responsabilidad de cada una de las partes y, en su caso, la procedencia y cuantía de los distintos rubros materia de agravio. Por último, corresponderá abocarse a la cuestión planteada en torno a la tasa y el dies a quo de los intereses y la imposición de las costas del proceso.

3) La cuestión suscitada en torno a la pretendida aplicación al caso de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). Los accionantes se agraviaron de que en la sentencia apelada se hubiera determinado que la LDC no resultaba de aplicación en el caso de marras de la LDC por cuanto el contrato de franquicia estaba destinado a la comercialización de productos para la obtención de ganancias, aún cuando se encontraba acreditado que se habían involucrado en un contrato con el que pretendían sostener o mejorar la situación económica del grupo familiar y que se habían vinculado con las codemandadas a través de una relación de consumo. Argumentaron también, que no formaban ni constituían una empresa en el sentido de organización empresarial, pues su finalidad no consistía en ¿vender para sí?, ni prestar servicios, sino que habían adherido al servicio prestado por Third Time a través de la concesión de licencia de su marca ¿Tucci? mediante una franquicia, representando

una suerte de longa manu de aquélla para alcanzar sus productos al público y siendo ?colocados? por las codemandadas dentro de un armado virtual como una sociedad de hecho. Por esas razones, solicitaron la aplicación al caso del régimen de protección del consumidor de la LDC (véase fs. 1118 vta./1120, punto b). A tal efecto, cabe recordar que el contrato de franquicia comercial puede ser conceptualizado como aquél en el cual una parte, denominada franquiciado, es autorizada a comercializar productos o servicios de determinada marca, según el ?know-how? (savoir faire) y las directivas impartidas por la otra parte, llamada franquiciante -titular de los bienes o servicios objeto del contrato-, con el objeto de reiterar el éxito comercial de este último. Señala Zaldívar que, de acuerdo a las legislaciones de los Estados que han incorporado la figura a su derecho positivo, el contrato de franquicia -operación conocida como franchising en el derecho y prácticas enraizadas en el common law; contrat de franchise en el lenguaje francés; y der franchise bertrag en alemán- se trata de una convención intuitu personae, sinalagmática, onerosa, conmutativa, de tracto sucesivo y atípica, mediante la cual el franquiciado opera exclusivamente con terceros y a su propio riesgo, actúa en un área determinada y debe al franquiciante un pago preacordado, que suele consistir en un canon abonado ab initio y en ulteriores abonos periódicos (conf. Zaldívar, Enrique, ?Acotaciones sobre el contrato de franquicia?, LL, 1992-B, 1141; idem, esta CNCom., esta Sala A, 13/02/2008, in re: ?Karamalikis, Juan c/ Cash Converters Sudamérica s/ Ordinario?). El contrato de franquicia comercial es -asimismo-, innominado, según la terminología del Código Civil, puesto que su existencia, contenido, efectos y formas no han sido disciplinados por ley, no habiendo acuerdo en la doctrina sobre sus características. No obstante ello, se ha reconocido mayoritariamente la existencia de los siguientes elementos esenciales: i) el otorgamiento de un derecho o licencia de operar un negocio, asociado con el uso de una marca, símbolo o logotipo; ii) ejercicio de un control por el otorgante del producto o servicio sobre las operaciones, debiendo dar asistencia de capacitación en todos los campos de actuación del operador (tomador); iii) pago de un canon o regalía (?royalty?) por el tomador, mediante porcentuales sobre la facturación que realiza el otorgante, mientras dure el contrato; iv) transferencia o suministro al tomador de los conocimientos técnicos, propiedad del otorgante y del ?know how? o tecnología comercial, ideado y experimentado por el otorgante; v) reglamentación tendiente a la protección del prestigio de la marca, calidad y cualidad del producto y de su mercado, y asistencia del franquiciante al franquiciado, que se regula a través de un manual operativo (conf. Etcheverry, Raúl Aníbal, ?Derecho Comercial y Económico - Contratos. Parte Especial?, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, T° 1, págs. 390/392); y vi) establecimiento de una zona de actuación específica (territorio) a favor del franquiciado, en la que éste habrá de desarrollar su negocio (conf. Marzorati, Osvaldo J., ?Sistemas de Distribución Comercial - Agencia. Distribución. Concesión. Franquicia Comercial?, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 214). En ese marco, resulta claro que el emprendimiento encarado por los accionantes destinado a operar bajo la franquicia de la marca ?Tucci? no constituyó una relación de consumo, como adujeron aquéllos, pues la actividad no estaba destinada a un consumo final, para uso personal, familiar o, social, sino a la explotación comercial de un local de venta de indumentaria femenina y accesorios lo que constituye un típico acto de comercio, en los términos del art. 8, inc. 1°, del Código de Comercio y determina la exclusión del caso de marras del régimen de protección del consumidor. Por esas razones, corresponde desestimar el agravio analizado y, por ende, confirmar el pronunciamiento apelado en cuanto desestimó la aplicación de la LDC.

4) La responsabilidad de la accionada GLA. En la sentencia apelada se tuvo por acreditado que la codemandada GLA no fue parte del contrato de locación y que se desempeñó como administradora del centro comercial San Justo Shopping, ello, en virtud del contrato de prestación de servicios que la vinculó con la emplazada Continental Urbana, con fundamento en lo cual, se determinó que la actuación que le cupo como administradora resultó imputable directamente a su comitente Continental Urbana, de quien solo era mandataria, motivo por el cual, admitió la excepción de falta de legitimación pasiva que opusiera GLA y, por consiguiente, rechazó la demanda promovida en su contra. La parte actora se agravio de esa decisión, aduciendo que el contacto inicial lo habrían realizado con el representante de la gerenciadora, Pablo D. Bendayan y que dicha parte, ?apresurada por su mandante?, habría impulsado la intimación a recibir la tenencia el local, aún cuando ello resultaba de imposible cumplimiento para su parte (véanse fs. 1120 vta./1122, punto d). De los términos en que fue planteado el agravio se advierte que la apelante no se hizo cargo de los fundamentos brindados por el Juez de grado para eximir de responsabilidad a GLA, en el sentido de que la actuación de esta última como administradora resultaba directamente imputable a su comitente, Continental Urbana, en virtud de lo cual, ha quedado consentido que todos los actos celebrados por aquélla en el marco de su actuación como gerenciadora del centro comercial deben reputarse hechos en representación de su mandante, la referida Continental Urbana, incluso aquéllos invocados por la apelante. En ese marco pues, no cabe sino desestimar el agravio bajo análisis y, por ende, confirmar la sentencia apelada en cuanto admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada GLA y rechazó la demanda incoada en su contra.

5) La responsabilidad de la codemandada Continental Urbana. Los coactores se agravieron del rechazo de la acción promovida contra dicha emplazada decidido en la sentencia apelada, aduciendo que se encontraría demostrado que ellos habían establecido contacto inicial con el representante de la gerenciadora del centro comercial, Pablo D. Bendayan, quien les habría hecho saber que tenían la posibilidad de acceder a un emprendimiento familiar, para

lo cual resultaba necesario que se relacionaran con los propietarios de algunas de las marcas de ropa que eran de interés para San Justo Shopping, entre las que les destacó especialmente a la marca ?Tucci?, propiedad de Third Time, de quien les habría suministrado los datos de contacto (véase fs. 1120 vta., anteúltimo párrafo). Adujeron resultaba asimismo revelador, que hubiera sido la gerenciadora GLA quien impulsara la frustración del emprendimiento al intimar a su parte para que tomara la tenencia del local, aún teniendo conocimiento del incumplimiento de Third Time, quedando de esta manera en evidencia ?...la vinculación, connivencia, intereses recíprocos u otras motivaciones entre los demandados...? (véase fs. 1121 vta., último párrafo). Cabe comenzar señalando que no se encuentra acreditado que la parte actora hubiera contactado, en primer lugar, al representante de GLA, Pablo D. Bendayan y que éste los hubiera instado a contactar a la propietaria de la marca ?Tucci?, la codemandada Third Time. Por el contrario, en el correo electrónico del 14/09/2010 enviado por el accionante Fernando Massaccesi a ?Tucci?-Franquicias?, a la casilla franquicias@tucciweb.com, bajo la categoría ?Potencial cliente - Contacto I?, aquél manifestó que ?estamos interesados en abrir un local en Las Toscas Shopping Canning y/o Shopping San Justo. Por favor, enviarnos información y contacto por el tema de su franquicia? (véase fs. 311). El gerente comercial de ?Tucci?, licenciado Tomás De Luca, contestó por la misma vía el día 16/09/2010, donde informó a Fernando Massaccesi las condiciones para acceder a la franquicia y lo invitó a realizar un encuentro en las oficinas de la empresa para brindar un mayor detalle acerca de la operatoria (véase fs. 20). De esta manera, con el correo electrónico del 14/09/2010 -el cual, curiosamente, no fue aportado por los accionantes- se tiene por acreditado que Fernando Massaccesi no contactó inicialmente a la codemandada GLA -como afirmaron aquéllos-, sino a Third Time y que, en ese momento, aún no tenía definido abrir el local con la franquicia ?Tucci? en San Justo Shopping -propiedad de la emplazada Continental Urbana-, sino que también barajaba la posibilidad de operar en otro centro comercial -Las Toscas Shopping Canning-. De ello se extrae que nadie impuso a la parte actora que se vinculara con Third Time para gestionar la obtención de una franquicia de la marca ?Tucci? o con Continental Urbana y/o GLA para alquilar un local en San Justo Shopping, sino que ambas decisiones obedecieron a decisiones completamente propias y voluntarias. El día 19/11/2010 se celebró el contrato de locación del local N° 117 de San Justo Shopping entre la locadora Continental Urbana y Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi Sociedad de Hecho, en el que se pactaron -entre otras- las siguientes cláusulas: (...) 5.1. El plazo de vigencia de la locación es de cuarenta y ocho (48) meses a contar desde el día en que tenga lugar la entrega del local al locatario. 5.2. La obligación de pago del precio de la locación, en las condiciones previstas en la cláusula séptima, comenzará el día de la apertura al público del local o a los treinta (30) días desde el día en que tenga lugar la entrega del local al locatario, lo que ocurra primero. 5.3. La obligación de pago de los gastos comunes de expensas y propios estipulada en la cláusula octava comenzará el día en que tenga lugar la entrega del local al locatario. 5.4. La obligación del pago del fondo de promociones colectivas, conforme se establece en la cláusula novena, comenzará el día de la apertura al público del local o a los treinta (30) días desde el día en que tenga lugar la entrega del local al locatario, lo que ocurra primero. (...) 5.6. El locatario se obliga a abrir el local al público a los treinta (30) días desde el día en que tenga lugar la entrega del local al locatario y su incumplimiento hará pasible al locatario de las sanciones previstas en el capítulo IV de las normas complementarias. 6.1. El locador entregará al locatario el local y se labrará el acta respectiva que deberá ser suscripta por el locatario, para que este último proceda a la instalación y decoración en las condiciones que se establecen en el anexo II del presente. El locatario deberá presentarse a recibir el local en el lugar, día y hora notificada por el locador, en base a los términos y condiciones establecidos en el cuaderno de obligaciones. (...) 6.3. Se deja constancia que el locatario, luego de la firma del presente contrato, no podrá rehusarse a recibir la tenencia del local en las condiciones establecidas en el presente. 7.1. El precio de la locación, durante los primeros 24 (veinticuatro) meses del plazo de vigencia de la locación, será el importe equivalente al seis punto cincuenta por ciento (6,50%) de la facturación bruta total mensual llevada a cabo en el local (renta porcentual) y, para los restantes 24 (veinticuatro) meses del plazo de vigencia de la locación, será el siete por ciento (7%) de la facturación bruta total mensual llevada a cabo en el local (renta porcentual), con un valor mensual asegurado (V.M.A.) para el primer año del plazo de vigencia de la locación fijado en la cantidad de pesos cinco mil (\$ 5.000), más el importe correspondiente al Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.). Sin perjuicio de ello, el locador reconoce a favor del locatario un crédito de hasta pesos cien mil (\$ 100.000), más I.V.A., que podrá ser aplicado solamente al precio de la locación devengado mensualmente dentro de los primeros 12 (doce) meses del plazo de vigencia de la locación. Este crédito no podrá aplicarse a gastos directos, gastos comunes de expensas, al fondo de promociones colectivas ni a ningún otro concepto que el mencionado. Una vez agotado el crédito o transcurrido el plazo establecido, el locatario deberá abonar el precio de la locación de acuerdo a lo estipulado en el primer párrafo de esta cláusula? -el destacado no es del original- (véanse fs. 219 y vta.). De las cláusulas transcritas se desprende que la recepción del local por la sociedad de hecho locataria constituía una cuestión de importancia capital para la locadora Continental Urbana, dado que ese hito del vínculo contractual determinaba no sólo el comienzo -inmediato o al cabo de treinta (30) días, según el caso- de la obligación de la primera -y, como contrapartida, el derecho de la segunda- al pago del precio de la locación, al pago de

los gastos comunes de expensas y propios y al pago del fondo de promociones colectivas, sino que también daba inicio al plazo de 30 días al cabo de los cuales el locatario debía abrir el local al público, lo que implicaba el comienzo de la facturación, de la cual, un porcentaje debía ser abonado mensualmente a la locataria. La trascendencia de dicho acto se manifiesta patente en la cláusula 6.3, donde se dejó constancia que, tras la firma del contrato, la sociedad de hecho no podía negarse a recibir la tenencia del local. De ello se desprende sin hesitación, el indudable interés que tenía la titular del centro comercial de que la locataria recibiera la tenencia del local, pues ello determinaba el momento a partir del cual comenzaría a percibir ingresos de esta última. Fue en ese marco, precisamente, habiendo transcurrido más de tres meses desde la firma del contrato de locación -19/11/2010-, que la administradora del centro comercial, mediante carta documento del 01/03/2011, procedió a intimar a Ana Alberti a recibir la tenencia del local el día 04/03/2011, bajo apercibimiento de resolver el contrato por su exclusiva culpa o aplicar las sanciones previstas contractualmente (véase fs. 71). La requerida Ana Alberti contestó por la misma vía, el 03/03/2011, manifestando que la intimación cursada resultaba de cumplimiento imposible, dado que "Tucci", en concurrencia con San Justo Shopping, les había presupuestado una suma para la instalación del local por parte de sus arquitectos, el que debía estar terminado en el mes de diciembre de 2010, pero que, luego, lo postergaron para los meses de febrero/marzo de 2011 y duplicaron el precio acordado por la obra, lo que habría evidenciado una maniobra ilícita que habría ocasionado la frustración maliciosa del acuerdo, agregando que la intimación a recibir la tenencia por parte de Continental Urbana, en el momento en que habían requerido a Third Time que asumiera las responsabilidades del caso, ponía en evidencia la existencia de una connivencia entre ambas firmas, motivo por el cual hizo responsable a la locadora de la frustración maliciosa del negocio y la intimó a restituir las sumas abonadas y al pago de los daños y perjuicios ocasionados (véanse fs. 73/74). La administradora GLA contestó por idéntico medio, el día 15/03/2011, rechazando los términos de la carta documento de Ana Alberti y ratificando su misiva anterior (véase fs. 81). Finalmente, mediante carta documento del 16/03/2011, Continental Urbana notificó a la sociedad de hecho su decisión de rescindir el contrato, a partir del día 17/03/2011, por exclusiva culpa de la locataria, por no haberse presentado a recibir la tenencia del local en la fecha y hora indicados en la intimación cursada, incumpliendo de esta manera la cláusula 6.3 del convenio (véase fs. 83). Se advierte así, que los accionantes pretendieron resistir la intimación a recibir la tenencia del local comercial objeto del contrato de locación aduciendo un incumplimiento de Third Time y un accionar conjunto y en connivencia entre ésta y Continental Urbana que habría ocasionado la frustración maliciosa del emprendimiento de franquicia. En ese sentido, cabe recordar que por aplicación del principio del efecto relativo de los contratos -res inter alios acta-, consagrado en el art. 1199 del Código Civil, las convenciones hechas en los contratos obligan únicamente a las partes y resultan inoponibles a terceros, motivo por el cual, los supuestos incumplimientos atribuidos a Third Time en el marco de las negociaciones mantenidas con la parte actora y en las que no intervino Continental Urbana resultan en principio inoponibles a esta última. Y en cuanto a la supuesta existencia de una connivencia entre Continental Urbana y Third Time, que se habría puesto en evidencia con la decisión de la primera de intimar a los accionantes a recibir la tenencia del local alquilado, resulta una mera conjetura que no sólo carece de sustento probatorio, sino que se ve desvirtuada a poco que se advierta que la locataria del local comercial tenía un legítimo y evidente interés en que se verificara dicha recepción, pues de ello dependía su derecho a percibir los ingresos pactados en el contrato de locación. Esto establecido, cabe destacar que el contrato de locación se dejó asentado que el locatario "...declara haber sido convenientemente asesorado y advertido sobre las especiales características del contrato..." (véase fs. 218 vta., cláusula 1.3.) y que éste "manifiesta (...) su deseo de formar parte del shopping center y declara que asume el riesgo empresario que ello significa" (véase fs. 218 vta., cláusula 1.4.), como así también que "todos los ejemplares suscriptos por las partes serán considerados originales a sus efectos" (véase fs. 221 vta., cláusula 16.3.), para finalizar señalando que "se firman, de conformidad a derecho, dos ejemplares de un mismo tenor y a un sólo efecto" (véase fs. 222, in fine). Dicho contrato fue suscripto por Raquel Beatriz Camji, en representación de la locadora y por Hernán Daniel Massaccesi, en su carácter de socio y representante de la sociedad de hecho locataria. Ana María Alberti, integrante de la sociedad de hecho, suscribió también el convenio en su carácter de fiadora, junto con Fernando Daniel Massaccesi, como fiador, hallándose las tres últimas firmas certificadas notarialmente por la escribana Claudia Beatriz García Cortínez. Dichas firmas no han sido redargüidas de falsedad, por lo que hacen plena fe, de manera tal que los accionantes no pueden alegar válidamente que desconocían los términos de la contratación, máxime cuando la referida escribana informó que las partes conservaban para sí los respectivos instrumentos privados (véase fs. 486). En virtud de los fundamentos expuestos, considero que la negativa de la locataria a recibir la tenencia del local comercial resultó injustificada y constituyó un incumplimiento contractual grave, por lo que la decisión de la demandada Continental Urbana de rescindir el contrato de locación por dicha causal resultó ajustada a derecho. Por ello, corresponde desestimar el agravio bajo análisis y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en cuanto decidió rechazar la demandada promovida contra Continental Urbana.

6) La responsabilidad de la codemandada Third Time. i) La accionada Third Time se agravio del rechazo de la excepción de falta de legitimación activa que opusiera en relación a Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel

Fernando Massaccesi, argumentando que no existían dudas acerca de que Fernando Daniel Massaccesi y Third Time, fueron los únicos intervinientes en las tratativas precontractuales y que no había tenido conocimiento de que los demás integrantes de la familia de aquél también eran posibles y futuros cocontratantes, señalando que si bien Ana Alberti había exteriorizado su voluntad de no realizar el emprendimiento, no había intervenido en las negociaciones y que las cartas documento remitidas por ella fueron replicadas por parte, rechazando su intervención. Sostuvo también que la parte actora no acreditó la intervención de toda la familia y el carácter en que lo habían hecho (véanse fs. 1104 vta./1106, punto 3.1.1.). La intervención del accionante Fernando Daniel Massaccesi en las tratativas precontractuales mantenidas con Third Time no se encuentra controvertida en autos y surge corroborada por el intercambio de correos electrónicos mantenido entre ellos (véanse fs. 20/21, fs. 24/27 y fs. 311/316). La emplazada Third Time, por el contrario, negó categóricamente la intervención en la etapa precontractual del resto de los accionantes. Sin embargo, la conducta adoptada por dicha parte y que surge de la documentación aportada por ella misma, desmiente su versión de los hechos en ese sentido. En efecto, en el correo electrónico del 16/02/2011, Ana María Alberti y Fernando Massaccesi contestan el e-mail de Tomás De Luca del 15/02/2011, informándole que estaban trabajando para llevar a cabo el emprendimiento y le recuerdan que se trata de un "proyecto familiar" (véase fs. 319). Esta comunicación, que -se reitera- fue aportada por Third Time, no fue respondida, ni -por ende- replicada. Al día siguiente -17/02/2011-, Ana María Alberti y Fernando Massaccesi comunican a De Luca -desde la casilla de correo de la primera- su decisión de no llevar a cabo el emprendimiento a raíz de la diferencia presupuestaria, recibiendo la respuesta en esa misma casilla de parte de De Luca, el 21/02/2011, quien, dirigiéndose a "Ana María", lamenta la decisión de no llevar a cabo el proyecto y ofrece ponerlos en contacto con la gerente administrativa a los efectos de coordinar "...la devolución del fee integrado por ustedes" (véanse fs. 317/318). Poco más de un mes después, mediante carta documento del 30/03/2011, Third Time manifiesta a Ana Alberti que reitera lo expuesto en el ámbito de la mediación y pone a su disposición la suma de \$ 30.000 (véase fs. 90). Posteriormente, en el acta de constatación notarial del 07/04/2011, Third Time solicitó al escribano interviniente que constatará el reintegro de dicho importe de \$ 30.000 que se haría a "Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi S.H.", el que se efectivizó mediante un cheque librado a la orden de esa sociedad de hecho que fue entregado a Fernando Daniel Massaccesi, sin que éste acreditara o manifestara contar con facultades para actuar en representación de un ente social del que no formaba parte (véase fs. 294). La emplazada también acompañó el presupuesto por la obra del local emitido el 08/02/2011 por el estudio Demasce a Hernán Massaccesi (véanse fs. 322/323). De esta manera, se advierte que Third Time, pese a que al contestar demanda reconoció que el depósito en su cuenta de \$ 30.000 en concepto de fee y proyecto de arquitectura había sido realizado por Fernando Massaccesi (véase fs. 346 vta., cuarto párrafo), puso inicialmente dicho importe a disposición de Ana Alberti, más luego procedió a restituirlo mediante un cheque librado a la orden de la sociedad de hecho conformada por Ana María Alberti, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi, el que fue entregado a Fernando Daniel Massaccesi, pese a que no acreditó contar con facultades para representar a dicha sociedad de la cual no formaba parte. A ello debe agregarse el intercambio de correos electrónicos mantenido entre De Luca y Ana Alberti, en el que ésta puso de manifiesto que se trataba de un proyecto familiar y que el presupuesto de la obra del local emitido a nombre de Hernán Massaccesi fue aportado por Third Time. De esos antecedentes se desprende la participación y actuación indistinta de los integrantes de la familia Massaccesi/Alberti en el emprendimiento comercial -finalmente frustrado- destinado a la explotación de un local comercial bajo la franquicia de la marca "Tucci", que fue conocida, consentida e incluso propiciada por la codemandada Third Time, lo cual condice con la facultad de representación que la ley reconoce a cualquiera de los socios en una sociedad de hecho (conf. Art.23 LGS). En ese marco pues, no cabe sino desestimar el agravio bajo análisis y confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa interpuesto por Third Time decidido en la sentencia apelada. ii) En el pronunciamiento de grado se condenó a Third Time y se rechazó la reconvencción que dedujera al ser responsabilizada por la frustración del emprendimiento gestionado por los accionantes, por cuanto les había informado que el costo total de la obra en el local sería de \$ 200.000, lo que habría llevado a aquéllos a continuar con el proyecto en el convencimiento de que podían afrontar ese precio, mas luego, la obra les fue presupuestada en la suma de \$ 306.548,70, la que resultó significativamente mayor a la informada inicialmente y determinó el abandono del proyecto. La apelante Third Time se agravio de esa decisión aduciendo que había sido a pedido de la parte actora que había informado un costo estimativo de la obra de \$ 200.000, por un local de 100 m2, con un costo de U\$S 500 por m2, al tipo de cambio de \$ 4 por cada dólar estadounidense y que no se había tenido en consideración que el local finalmente alquilado por aquélla poseía una superficie de 123 m2, por lo que si se estimaba un costo de U\$S 400 y U\$S 500 por m 2, el costo de la obra ascendía a \$ 196.000 y \$ 246.000, respectivamente y si respecto a este último monto se consideraba una diferencia en más de un 20% -aunque sin aclarar la razón de este último incremento-, el monto alcanzaría los \$ 295.200, el cual se aproximaba al costo presupuestado de \$ 296.717, más los honorarios de dirección de obra. Adujo también que al comerciante le es exigible un mínimo de diligencia y previsión, por lo que el accionante debió haber estudiado o relevado los costos de la obra en relación a los metros cuadrados y a las características del local

alquilado, como así también los tiempos que demandarían esos trabajos (véanse fs. 1106/1107 vta., punto 3.1.2.). En primer término, cabe advertir que, al contestar demanda, Third Time no aportó las referidas explicaciones y cálculos de costos, las que fueron incorporadas en su memorial en forma extemporánea, lo que obsta a su procedencia en esta instancia, por tratarse de una cuestión no propuesta oportunamente a la decisión del Juez de grado (arg. art. 277 CPCCN). Ello establecido, cuadra señalar que, mediante e-mail del 16/09/2010, el gerente comercial de Third Time, Tomás De Luca, informó a Fernando Massaccesi las condiciones que debía cumplir el franquiciante, entre las que se encontraba afrontar "...el costo propio de la obra, cuyo importe varía según las características y dimensiones del local. Aproximadamente, dicho costo de construcción del metro cuadrado de un local de nuestra marca se encuentra aproximadamente entre los 400 usd y 500 usd. Los locales deben tener como mínimo 90 mts, salvo alguna excepción que puede darse por la zona específica? (véase fs. 20). Posteriormente, el día 21/10/2010, De Luca remitió un nuevo correo electrónico a Fernando Massaccesi en el que adjuntó un archivo conteniendo "...la simulación de utilidad del local de San Justo?, consistente en dos proyecciones de facturación para dos escenarios diferentes -?A? y ?B?-, consignándose en ambos documentos que la inversión total de la obra ascendía a un total de \$ 244.400 (véanse fs. 24/26). Cuadra poner de relieve que, a diferencia de lo acontecido en el correo electrónico del 16/09/2010, donde se informó que la construcción del local tenía un costo aproximado entre U\$S 400 y U\$S 500 y que dependía de las características y dimensiones del local (véase fs. 20), en ninguno de los dos documentos con proyecciones referidos precedentemente se indicó que el valor de la obra fuera estimativo y sujeto a modificaciones, ni tampoco se especificaron los metros cuadrados involucrados, a lo que cabe agregar que las condiciones allí detalladas coinciden en un todo con las contenidas en el contrato de locación del local N° 117, de 123 m2 de superficie, que fuera celebrado unos días después, el 19/11/2010 (véanse fs. 218/223), debiendo destacarse también que al momento en que fue enviado el e-mail en cuestión -21/10/2010-, las negociaciones con la administradora del centro comercial ya se encontraban avanzadas, como surge del correo electrónico de De Luca del 14/10/2010 copiado en aquél (véase fs. 24). Todas esas consideraciones me llevan a la convicción de que el costo de la obra de \$ 200.000 informado el 21/10/2010 por Third Time a Fernando Massaccesi no se mostró como una estimación aproximada, sujeta a modificación, sino que constituyó un presupuesto concreto correspondiente al local N° 117 de San Justo Shopping, y por ende, a sus 123 m2 de superficie. Sin embargo, el 08/02/2011, el estudio de arquitectura designado por Third Time emitió un nuevo presupuesto a Hernán Massaccesi, correspondiente a la ?Obra local Tucci - Shopping San Justo?, que ascendió a un monto total de \$ 306.548,70, el que no incluyó el I.V.A. (véanse fs. 322/323). Ello importó un incremento del presupuesto, en poco más de tres meses, de \$ 106.548,70, lo que representó un considerable aumento del orden aproximado del 53% respecto del precio informado inicialmente por la accionada Third Time, sin que se esbozara en ese momento una explicación plausible acerca de cuáles habrían sido las razones de dicha variación. Ante tal cuadro de situación, con una diferencia presupuestaria tan apreciable, resulta lógico y comprensible que los accionantes vieran gravemente comprometida la factibilidad de su emprendimiento. Fue en ese contexto, precisamente, que De Luca envió un correo electrónico en el que le manifestó que, "...después de haber realizado algunas gestiones, en base a lo acontecido el día de ayer, me quedé pensando en qué otras cosas podíamos hacer desde fábrica para poder ayudar a solucionar en parte la situación dada. Ustedes aportaron \$ 30.000 de fee de ingreso. De ese importe, \$ 19.840 están destinados a pagar el costo del proyecto del local, es decir, el diseño y la carpeta para construirlo. De manera que la diferencia será devuelta a ustedes para poder afrontar las diferencias presupuestarias, en caso de que decidan llevar a cabo el negocio. Entiendo que no es una cantidad muy grande, pero creo que suma? -el destacado no es del original- (véase fs. 319). Ello mereció la respuesta de Ana Alberti y Fernando Massaccesi, cursada el 16/02/2011 por la misma vía, donde le manifestaron a De Luca que se encontraban "...trabajando en todo lo posible para realizar este proyecto. La diferencia presupuestaria que tenemos es importante para nosotros, recordá que este es un proyecto familiar. Lamentamos estar en esta situación, pero las cosas ahora están planteadas así. Con respecto al fee de ingreso, agradecemos la colaboración de parte de todos ustedes, todo suma? -el destacado no es del original- (véase fs. 319). Un día después, el 17/02/2011, Ana Alberti y Fernando Massaccesi enviaron un nuevo e-mail a De Luca, comunicándole que habían tomado "...la decisión de no hacer el proyecto, dado que la diferencia en el presupuesto es insalvable para nosotros. Pero dado que las causas son totalmente ajenas a nuestra intención, te pedimos que soluciones a la brevedad el tema del shopping. Ayer estuvimos con el abogado, efectivamente el contrato se puede rescindir, pero sin que nosotros seamos nuevamente los perjudicados...? -el destacado no es del original- (véase fs. 318). De Luca respondió a Ana Alberti el 21/02/2011, por el mismo medio, expresando que lamentaba su decisión de no llevar a cabo el proyecto y proponiendo ponerlos "...en contacto con la gerente administrativa a fines de coordinar la devolución del fee integrado por ustedes. Respecto del tema del contrato del shopping, no duden en consultarnos para ayudarlos en lo que podamos con la rescisión? (véase fs. 317). La respuesta de Ana Alberti y Fernando Massaccesi a De Luca llegó por e-mail del 21/02/2011, en el que manifestaron que ?nosotros siempre realizamos este proyecto con todas las intenciones de concretarlo. A tal punto que hemos contratado un estudio contable, creado una sociedad, inscribimos a los socios en todos los impuestos necesarios, los cuales estamos pagando, desafectamos

la casa como bien de familia. Hicimos todos los trámites que nos solicitaron. Esperamos los tiempos que ustedes nos sugerían, para que el proyecto tenga éxito. A continuación seguro nos dirás todo lo que hicieron por su parte, pero volvemos a repetirte que esto es ajeno a nuestra decisión, es consecuencia de tu equivocación. Todo lo actuado se hizo siempre en base a la información de costos y condiciones que nos propusiste para el negocio. Aceptamos firmar el contrato con el shopping porque podíamos afrontar los mismos. En la situación que nos encontramos y por la cual nos vemos obligados a tomar esta decisión, es el cambio del costo de la obra, que vos nos presupuestaste \$ 200.000 y que resultó siendo \$ 306.000, con algunos faltantes. Dicha diferencia de más de \$ 100.000 nosotros no (la) podemos manejar, ni aceptar. Creemos que no quedan dudas, ni signos de interrogación, por las cuales no se hace este proyecto. Con respecto al tema del contrato con el shopping, nos parece muy importante que lo resolvamos en forma conjunta, ya que todas las negociaciones con el shopping las hicieron siempre ustedes. Sugerimos hacer una reunión lo antes posible con las personas del shopping, con las cuales ustedes tienen contacto. En definitiva, nosotros estamos perdiendo plata que pusimos y además estamos perdiendo tiempo y expectativas de negocio por culpa de ustedes. Por lo tanto, lo menos que pedimos, en una solución conciliadora, es que nos reintegren además del fee de ingreso, lo que pusimos con el shopping? -el destacado no es del original- (véase fs. 317). Este último correo electrónico no fue contestado por la codemandada Third Time. De este intercambio de mensajes entre Ana Alberti y Fernando Massaccesi, por el lado de los actores y Tomás De Luca, en su calidad de gerente comercial de Third Time, se desprende que ambas partes estaban contestes en la existencia de una diferencia presupuestaria -lo que presupone la emisión de dos o más presupuestos- y que los primeros imputaron esa discrepancia a un error de De Luca, quien había presupuestado el costo de la obra del local en \$ 200.000, el que posteriormente fue elevado a \$ 306.000, lo que había ocasionado que los accionantes desistieran de continuar con el proyecto. Dicha imputación de los accionantes no fue objetada por la codemandada Third Time. En virtud de esas consideraciones, no cabe sino tener por acreditado que Third Time, con fecha 21/10/2010, presupuestó el costo de la obra en el local N° 117 del centro comercial San Justo Shopping, (de 123 m2 de superficie), en la suma de \$ 200.000, ante lo cual los accionantes decidieron continuar con el proyecto, mas unos tres meses después, el 08/02/2011, el estudio de arquitectura designado por la accionada presupuestó la misma obra en la suma de \$ 306.548,70, lo que importó un inesperado e inexplicado incremento de la cotización de nada menos que el 53%, cuya causa no fue imputable a los demandantes, sino a un error del gerente comercial de Third Time, lo que ocasionó que la parte actora decidiera cancelar el proyecto.

La demandada apelante adujo, por un lado, que todo emprendimiento comercial lleva ínsito un riesgo, por lo que resulta exigible al comerciante un mínimo de diligencia y previsión que, en el caso de marras, no fue observado por la parte actora, quien debió haber previsto el costo y el plazo del proyecto, pero ni siquiera solicitó una segunda cotización a un estudio de arquitectos, lo cual demostraba que había obrado con una manifiesta ligereza y, asimismo, que las declaraciones de los testigos De Luca, Haile y Viola resultaban coincidentes en cuanto a la variación del costo de la obra y la posibilidad de que la parte actora eligiera su propio arquitecto director de obra y la necesidad de contratar al constructor (véanse fs. 1007/1109 vta.). No puede desconocerse que los testigos Tomás De Luca (gerente comercial de Third Time), José Abel Haile (empleado de Third Time) y Raúl Julio Viola (apoderado legal de Third Time) resultaron coincidentes en señalar que los franquiciados tenían la libertad de elegir el estudio de arquitectura para llevar a cabo la obra del local comercial (véanse declaraciones de fs. 584/586, fs. 648/649 y fs. 670/672). Empero, estos testimonios no resultan un medio idóneo para acreditar que ello fue así transmitido a los accionantes y si bien el hecho que los testigos sean dependientes de la accionada Third Time, no empece a la virtualidad probatoria de sus dichos si sus testimonios aparecen suficientemente convincentes y no existe prueba suficiente e idónea que los contradiga (conf. CNCiv., Sala D, 11/03/1998, in re: ?Cimentaciones Argentinas S.A. c/ Niro Construcciones S.A.?, LL, 1999-A, 486 - DJ, 1999-2, 509), lo cierto es que, en el caso, esos dichos no resultaron corroborados en autos por otras probanzas. Por el contrario, no puede dejar de advertirse que De Luca manifestó que el estudio de arquitectura fue designado por Third Time y, si bien sostuvo que el franquiciado podía optar por otros profesionales, lo concreto es que al desencadenarse el conflicto por la diferencia presupuestaria -la que, reitero, fue ocasionada por la propia accionada-, aquél procuró buscar diferentes alternativas para aliviar el costo de la obra que debían afrontar los accionantes, mas en momento alguno les propuso cambiar de estudio de arquitectura (véanse correos electrónicos de fs. 319/320 y fs. 317/318). Dichas consideraciones me persuaden de que los accionantes, en realidad, nunca gozaron del derecho y la libertad de elegir el estudio de arquitectos que llevaría a cabo las obras del local y/o de sustituir al que había sido designado unilateralmente por Third Time, de manera tal que, aún cuando aquéllos hubieran obrado con la mayor diligencia, los únicos elementos con los que podían contar para evaluar el costo de la obra eran los presupuestos suministrados, tanto por la referida demandada, como por el estudio de arquitectura designado por esta última. En definitiva, la accionada fue quien proporcionó el primer presupuesto de la obra del local, por un importe de \$ 200.000, que fue aprobado por los actores y los decidió a continuar adelante con el proyecto comercial y fue también aquélla quien designó el estudio de arquitectura que elaboró el segundo presupuesto presentado a aquéllos, por un monto de \$ 306.548,70, es decir, un inusitado aumento del 53%, por causas no imputables a la parte actora y que motivaron

que ésta decidiera la cancelación del proyecto porque éste había superado su capacidad o previsión económica inicial. En virtud de todos esos fundamentos, conclúyese en que la codemandada Third Time es responsable por la frustración del emprendimiento comercial gestionado por los accionantes y debe responder por los daños y perjuicios que ello pudiera haber ocasionado a éstos, lo cual determina, como contrapartida, el rechazo de la reconvencción deducida por aquélla. En consecuencia, corresponde desestimar el agravio analizado y confirmar lo decidido en la sentencia apelada en dicho sentido. 7) Los rubros reclamados.

7.1) El daño patrimonial (pérdida de chance): La parte actora adujo que el incumplimiento de las demandadas había provocado la frustración de la expectativa del contrato, lo que había provocado un daño al interés de cumplimiento, por lo que resultaba necesario reponer al damnificado a una situación tan próxima como sea posible a aquélla en la que habría estado si el hecho dañoso no se hubiera producido. Por ello, reclamó por este concepto el promedio de la facturación del local proyectada por Third Time para los cuatro años de contrato, es decir, un importe de \$ 1.032.000, más los \$ 10.000 abonados a Continental Urbana como depósito en garantía del contrato de locación, debiendo restarse de ello los \$ 30.000 en concepto de fee que ya habían percibido a cuenta, todo lo cual arrojaba la suma total de \$ 1.012.000 reclamada (véanse fs. 192 y vta., puntos 32 y 33). En el pronunciamiento de grado se señaló que si bien en el ámbito de la responsabilidad precontractual la reparación comprende sólo el interés negativo o de confianza, que abarca todo lo que el acreedor hubiera tenido como parte de su patrimonio si no hubiera confiado en los tratos preliminares, luego frustrados, esta regla no es absoluta y que, en el caso de marras, el grado de avance de las tratativas, con los consecuentes gastos efectuados por los demandantes y las gestiones que realizaron para lograr que la franquicia fuera operativa, imponían una reparación integral que comprendiera las ganancias de las que se vieron privados a raíz de la frustración del emprendimiento. Por esa razón, consideró que el daño patrimonial reclamado por los accionantes resultaba procedente como una pérdida de la chance, a cuyos efectos tuvo a las dos proyecciones de facturación elaboradas por Third Time como fuente válida de datos referenciales para calcular la indemnización por este rubro, la que cuantificó en la suma de \$ 1.012.000. Esa decisión -se recuerda- fue resistida por la demandada Third Time, quien solicitó su rechazo, con fundamento en que en el ámbito precontractual no corresponde la reparación integral del lucro cesante, como si el contrato se hubiera celebrado, máxime cuando las tratativas se encontraban en un estado incipiente. Agregó que el resarcimiento integral por los años de vigencia del contrato, sin que la parte actora ejerciera actividad alguna, resultaba ajena al concepto de pérdida de chance e importaba un indebido enriquecimiento sin causa de aquélla, motivo por el cual correspondía el rechazo de este ítem (véanse fs. 1111/1113 vta.). Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad precontractual -como la que nos ocupa-, el resarcimiento se encuentra limitado -en principio- al daño al interés negativo o de confianza, que comprende todos aquellos gastos en los que hubiere incurrido el acreedor durante las negociaciones finalmente frustradas, excluyéndose las ganancias que hubiere dejado de percibir, las que integran el daño al interés positivo o de cumplimiento. Sin embargo, en casos excepcionales, puede reconocerse al acreedor un resarcimiento de este último tipo, -vgr.- como cuando, como en este caso, las tratativas preliminares se encontraban en un grado muy avanzado. Precisamente, considero que en el sub lite se configura un supuesto de excepción a la referida regla, dado el grado avanzado en que se encontraban las negociaciones, donde la parte actora, por un lado, había consensuado los términos generales de la franquicia con la codemandada Third Time, incluido el costo de las obras en el local y, a su vez, había celebrado el contrato de locación de ese local, todo lo cual debió haberle generado una razonable expectativa de que el emprendimiento efectivamente se llevaría a cabo y le reportaría ganancias, por lo que la frustración de dicha expectativa debe ser resarcida como una pérdida de chance. Se entiende por pérdida de la chance la posibilidad de una ganancia que resulta frustrada por el incumplimiento del deudor (conf. Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tº I, pág. 293, nota 20). Según la jurisprudencia, la pérdida de chance debe ser indemnizada cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por culpa del deudor. O, como dice Bustamante Alsina (conf. Tratado de la Responsabilidad Civil, pág. 153, N° 356), cuando existe una oportunidad cierta de obtener una ganancia y esa oportunidad se pierde a causa de la inejecución de la obligación por el deudor, dicha pérdida debe ser indemnizada por éste. Lo que está claro en relación a este rubro es que lo que se indemniza es la chance en sí misma y no la ganancia frustrada, debiendo su entidad ser justipreciada judicialmente según el mayor o el menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, no pudiendo nunca identificarse con el eventual beneficio perdido (conf. esta CNCom., esta Sala A, 29/06/2015, mi voto, in re: Sánchez Aréchaga Silvia Elena c/ Banco Hipotecario S.A. y otros s/ Ordinario; idem, 03/03/2011, in re: Scribano Rubén Alfredo y otro c/ Daimler Chrysler Service Argentina S.A. s/ Ordinario; bis idem, 24/12/1981, in re: Panichella José c/ Fermar S.R.L. s/ Ordinario). En ese sentido, cabe recordar que se entiende por lucro cesante o *lucrum caessans*, por contraposición al daño emergente o *damnus emmergens* -consistente en el valor de la pérdida que en su patrimonio experimenta el acreedor a raíz del incumplimiento del deudor-, a la utilidad que se ha dejado de percibir por la inejecución de la obligación a su debido tiempo -art. 519 CCiv.- (conf. esta CNCom., esta Sala A, 27/11/2007, in re: Sudaka c/ Pol Ka s/ Ordinario; idem, 24/11/1980, in re: Copes Juan Carlos c/ Codic Producciones SRL). Se ha dicho, en ese sentido, que el rubro pérdida de

chance? difiere cualitativa y cuantitativamente del ?lucro cesante?. Podría decirse que el centro distintivo radica en la menor o mayor posibilidad de obtención de ganancias, respectivamente. Para aplicar tal pauta se debe realizar un juicio de probabilidades que determine qué es procedente: para admitir la ?pérdida de chance? se analiza la frustración de la posibilidad de obtener las ventajas derivadas de las utilidades que, en el caso, podría reportar la explotación de un local de venta de indumentaria femenina y accesorios bajo la franquicia de la marca ?Tucci?; mientras que en el caso del ?lucro cesante? se estudia el efectivo fracaso de beneficios por la falta de explotación de dicha actividad comercial (conf. esta CNCom., esta Sala A, 21/12/2007, in re: ?Epet S.A. c/ Banco de Crédito Argentino s/ Ordinario? ; en igual sentido, Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, ?Tratado de la Responsabilidad Civil?, T° I, LL, Buenos Aires, 2005, pág. 459 y ss.). En concreto, se reitera, el perjuicio invocado por el accionante bajo este concepto se encuentra dado por la frustración de la posibilidad de obtención de ganancias al no poder explotar el local de venta de indumentaria femenina y accesorios bajo la franquicia de la reconocida marca ?Tucci?. De esta manera y ante la frustración del emprendimiento ocasionado por la codemandada Third Time, resulta evidente que los demandantes vieron frustrada la posibilidad cierta de obtener ganancias como consecuencia de la explotación del local de venta de ropa femenina y accesorios de la marca ?Tucci?. Frente a esa situación, no cabe sino concluir en que la referida accionada debe responder por la ?pérdida de chance? que dicha privación de la explotación del local comercial ocasionó a la parte actora, restando únicamente establecer la cuantía del resarcimiento, aunque dejándose desde ya aclarado que no procede la reparación integral de todas las ganancias proyectadas, como si se tratase de un lucro cesante, porque lo que aquí se encuentra afectado es un derecho en expectativa y tampoco puede perderse de vista que los accionantes finalmente no realizaron la inversión que demandaba la instalación del local. En ese sentido, cabe resaltar que si bien no se ha producido prueba concreta para determinar la facturación de algún local comercial de la franquicia de la marca ?Tucci?, una pauta indiciaria puede extraerse de las proyecciones de facturación para cuatro años de explotación del local de San Justo Shopping elaborado por Third Time, donde fueron contemplados dos escenarios distintos, uno -?Escenario A?- con ganancias netas totales previstas para cuatro años de contrato por un total de \$ 721.733,04 y el otro -?Escenario B?- con ganancias netas totales previstas por un total de \$ 1.347.223,20 (véanse fs. 24/26), lo que arrojaría un total promedio de \$ 1.034.478,12. Empero, toda vez que aquí se está reconociendo una ?pérdida de chance?, no corresponde el resarcimiento de la totalidad de las ganancias netas -tal como reclamó la parte actora y fue concedido en la sentencia apelada-, sino un porcentaje de ellas, el cual, en atención a las particularidades del caso de marras, en el que no se ha dado inicio a la explotación, estimo, prudencialmente, que debe ser fijado, aproximadamente, en un 20% de los réditos globales promedio. En ese marco, ante la falta de otros elementos de prueba que permitan establecer con precisión la cuantía de la ?pérdida de chance? sufrida por la parte actora por no haber podido explotar comercialmente el local de venta de indumentaria femenina y accesorios, bajo la franquicia de la marca ?Tucci?, corresponde recurrir al criterio de estimación prudencial -art. 165 CPCC-, en virtud del cual, considero que el monto de \$ 1.012.000 reconocido en la sentencia apelada como resarcimiento por este concepto resulta excesivo, por lo que propiciaré su reducción a la suma de \$ 210.000, fijada a la fecha de ocurrencia del evento dañoso. Es por ello que corresponde receptar parcialmente el agravio bajo análisis y, por ende, reducir el monto resarcitorio reconocido en la sentencia apelada por este ítem. 7.2) El daño a la salud de Ana Alberti: La parte actora adujo que este rubro comprendía tanto el ?daño físico? como el ?daño psíquico? y reclamó como resarcimiento por este concepto la suma de \$ 80.000 (véanse fs. 192 vta./193, punto 34). En la sentencia apelada, ambos conceptos fueron abordados en forma conjunta, aspecto que no fue materia de agravio, por lo que en esta instancia también habrán de ser analizados en forma conjunta. Ello aclarado, vale reiterar que Third Time se agravio de que se hubiera admitido la procedencia del resarcimiento del ?daño a la salud? que habría sufrido Ana Alberti a raíz de la frustración del proyecto comercial que estaba encarando junto a su familia, aduciendo que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, para su reconocimiento se requiere de una mayor solidez probatoria que la desarrollada en autos por la parte actora, agregando que sólo debe responderse por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto y no por las consecuencias casuales, las que, por excepción, sólo pueden contemplarse cuando media dolo, lo que no aconteció en la especie. Subsidiariamente, cuestionó el importe de \$ 50.000 reconocido por este concepto, por considerarlo elevado, solicitando su reducción (véanse fs. 1113 vta./1114, punto 3.4.5.). Ello sentado, cabe apuntar que, de acuerdo con el criterio de esta Sala, sólo existen en nuestro ordenamiento, por un lado, el daño patrimonial (al que refieren los arts. 519, 1068 y 1069 del Código Civil) y, por otro, el daño extrapatrimonial (previsto en los arts. 522 y 1078 del mismo cuerpo legal), no existiendo un tercer género (conf. esta CNCom., esta Sala A, 08/07/2005, in re: ?Mollica de Tobares Dora Irma c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros?; idem, esta Sala A, 11/07/2006, in re: ?Millar Ángela Lidia c/ Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. s/ Ordinario?; id., Sala B, 14/12/2004, in re: ?Maillot González Iris Raquel c/ Obra Social de la Industria del Plástico s/ Sumario?; entre otros). En tal sentido, señálase que estrictamente al hablar de ?daño psíquico? se hace referencia a aquél daño que puede tener incidencias en el cuerpo humano (su psiquis) y ser incapacitante, por lo que habrá de apreciarse como pérdida de las aptitudes físicas en la víctima y, por ello, indemnizado en cuanto se traduzca en

un perjuicio económico. Cuando el daño se traduce como ?daño psicológico? y se hace referencia a los dolores y sufrimientos íntimos que caracterizan al daño o agravio moral y que -pese a su inmaterialidad- pueden ser indemnizados pecuniariamente al carecerse de otro medio para mitigar el dolor de la víctima, se superpone con la pretensión de daño moral. De su lado, cabe señalar que para estimar la reparación del ?daño físico? no existen pautas predeterminadas, por lo que el sentenciante no debe ceñirse a cálculos matemáticos ni a porcentajes fijos, debiendo aquélla quedar sujeta al prudente arbitrio judicial, ponderando las particularidades de cada caso, la importancia de las lesiones, la edad, el estado de salud y la condición socioeconómica de la víctima (conf. esta CNCom., esta Sala A, 17/04/2007, mi voto, in re: ?Navais, María Adelita c/ Calveira Norberto s/ ordinario?; idem, 28/12/2007, in re: ?Gersbach Gabriel c/ Espeche Luis Ricardo y otro s/ ordinario?; bis idem, Sala D, 19/03/1998, in re: ?Ponce Víctor M. c/ Turismo Vitar SRL y otros?; entre otros). Lo que debe evitarse, al fijar la reparación, es que se produzca un enriquecimiento ilegítimo de la víctima a costa del responsable, debiendo procurarse una equitativa indemnización cuya renta, aún manteniendo el capital inalterable, permita al damnificado permanecer en situación económica semejante a la que tenía antes del accidente, procurando de esa manera una compensación integral, inherente a la plena capacidad, ?compensando? o ?neutralizando? la disminución de las posibilidades físicas alteradas por el hecho dañoso. Bajo ese orden de ideas, corresponde analizar ahora si fue razonable la suma acordada en la sentencia apelada para resarcir el ?daño a la salud? -comprensivo del ?daño físico? y el ?daño psíquico?- padecidos por la accionante Ana Alberti. Dentro del referido marco de apreciación, corresponde señalar que, en lo atinente a la faz física de la actora, la perito médica legista designada en autos informó en fs. 790/794 que aquella padeció, como consecuencia de los hechos de marras, ?gastritis aguda a crónica, por mantenerse luego en el tiempo, controlada en el momento?, patología que ?...equivaldría a una lesión de grado grave, ya que su recuperación ameritó más de 30 días para su curación?, concluyendo que esos trastornos, al momento del análisis, ?representan una incapacidad de 0%?, no presentando esa enfermedad desde el 11/10/2011 -el destacado no es del original- (véanse fs. 795, punto IV y explicaciones brindadas a fs. 843/844). Por su parte, en lo que respecta al aspecto psicológico, la perito psicóloga informó a fs. 538/550 que el estudio psicodiagnóstico exhibió que ?...la actora está atravesando una reacción depresiva como respuesta al fracaso de sus proyectos de abrir un local de ropa en un shopping...? (véase fs. 547), dictaminando que ?...existe un malestar interno en la actora que lo vive como si algo la amenazara desde lo exterior y se manifiesta en un retraimiento en sí misma. Ha vivido la pérdida de poner en marcha el local de ropa como un fracaso que aún no ha podido superar y la ha sumido en un estado depresivo que, de acuerdo al baremo del Dr. Mariano Castex, llega a un porcentaje de 8% de incapacidad. Hay que tener en cuenta que el estado de ánimo depresivo y los trastornos de ansiedad, antes no estaban presentes en la vida de la actora? -el destacado no es del original- (véase fs. 549, tercer párrafo). Sostuvo asimismo que ?...la actora ha sufrido un daño psíquico porque se ha visto privada de algo a lo que ha tenido derecho como es iniciar un negocio? (véanse fs. 549/550) y consideró indicado continuar con el tratamiento terapéutico durante un año más, con una frecuencia de una sesión semanal, a un costo de \$ 200 cada sesión (véase fs. 550, otro sí digo). No paso por alto que tanto la peritación médica, como la peritación psicológica fueron impugnadas por las codemandadas. Sin embargo, considero que para que las conclusiones emanadas de las expertas no sean tenidas en cuenta por este Tribunal es de menester arrimar evidencias capaces de convencer de que los datos proporcionados por las especialistas son insuficientes. Es sabido que aún cuando los resultados del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes (CSJN, 13/08/1998, in re: ?Soregaroli de Saavedra, María Cristina c/ Bossio, Eduardo César y otros?, Fallos, 321:2118). Es que la amplia libertad de los magistrados para apreciar dictámenes como el que nos ocupa, no implica la concesión de una facultad para apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, como pretende la apelante, máxime cuando las conclusiones de las expertas encuentran debido sustento en los distintos test y evaluaciones practicadas a la accionante. A la luz de lo expuesto, no encontrando motivos para apartarme de las conclusiones de las peritos y atendiendo a que no corresponde el resarcimiento del ?daño físico? invocado, atento a la inexistencia de incapacidad de la actora en ese ámbito, el perjuicio derivado del grado de incapacidad psíquica padecida por esta última debe estimarse desde la perspectiva propia de las particularidades del caso, relativas a las condiciones personales de la acreedora, quien, al momento de los hechos -comienzos del año 2011- tenía 51 años de edad -fecha de nacimiento: 09/01/1960-, contaba con estudios universitarios de periodismo y con el título de técnica en salud, alimentación y actividad física, tenía una familia conformada por su esposo y dos hijos mayores de edad y vivía en una casa de su propiedad ubicada en la localidad de Ramos Mejía, provincia de Buenos Aires (véanse fs. 540 y fs. 791 vta.), extremos que deben ser apreciados con el criterio prudencial que ha de orientar la labor de los magistrados (conf. art. 165 del CPCCN). Así las cosas y ponderando las condiciones personales de la actora referidas precedentemente, considero que debe confirmarse el monto de \$ 50.000 reconocido en la sentencia apelada para resarcir este ítem, considerando esta estimación fijada a la fecha de promoción de la demanda, momento en el que se exteriorizó el reclamo, sin perjuicio de lo que infra se dirá respecto de los intereses. En consecuencia, cabe acoger, con ese alcance, el agravio bajo análisis.

7.3) El daño moral: La accionada Third Time se agravió de que se hubiera admitido la procedencia del resarcimiento del ?daño moral? que habrían sufrido los accionantes como consecuencia de la frustración del proyecto comercial que habían encarado, aduciendo que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, para su reconocimiento se requiere de una mayor solidez probatoria que la desarrollada en autos por aquéllos y señalando que sólo debe responderse por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto y no por las consecuencias casuales, las que, por excepción, sólo pueden reconocerse cuando media dolo, lo que no aconteció en la especie. Subsidiariamente, cuestionó el importe de \$ 120.000 reconocido por este concepto, por considerarlo elevado, solicitando su reducción (véanse fs. 1113 vta./1114, punto 3.4.5.). Se ha dicho en ese sentido que, para que resulte procedente la reparación moral, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen daño moral: para que así sea, es menester alegar y probar -razonablemente- la modificación disvaliosa del espíritu, del querer o sentir de la supuesta damnificada para, así, admitir tal rubro indemnizatorio (conf. esta CNCom., esta Sala A, 16/11/2006, mi voto, in re: ?Bus Domingo Gabriel c/ Transportes Metropolitano General Roca S.A.?, entre muchos otros; idem, Sala D, 26/05/1987, in re: ?Sodano de Sacchi c/ Francisco Díaz S.A. s/ Sumario?). Es que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas: entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes materiales son suficientes para justificarlo (conf. esta CNCom., Sala B, 12/08/1986, in re: ?Katsikaris, A. c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros s/ Ordinario?). En esta línea de ideas pues, no existe necesaria vinculación proporcional entre el daño moral y el perjuicio que afecte la persona de la víctima, pudiendo la indemnización variar en razón de las circunstancias de cada caso (conf. esta CNCom., esta Sala A, 16/11/2006, mi voto, in re: ?Bus...?, cit. supra; en igual sentido, Sala D, 28/08/1987, in re: ?Saigg de Piccione, Betty c/ Rodríguez, Enrique?). El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y su reparación tiene un carácter resarcitorio y no meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto de lo que se trata de lograr a través de la indemnización es una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido (conf. esta CNCom., Sala C, 25/06/1987, in re: ?Flehner, Eduardo c/ Optar S.A.?). Como consecuencia de lo expresado, la reparación del agravio moral, derivado de la responsabilidad precontractual -como la que nos ocupa- queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia. Sin embargo, se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama, su prueba concreta. Así las cosas, además de probar la existencia del agravio, debe probarse, de alguna manera, su cuantía o, cuanto menos, las pautas de valoración que permitan al juzgador proceder a la determinación de conformidad con lo que establecen los arts. 522 Cód. Civ. y 165 CPCCN, de otra manera la indemnización podría configurar una confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del reclamante (conf. esta CNCom., Sala E, 06/09/1988, in re: ?Piquero, Hugo c/ Bco. del Interior y Buenos Aires?). A diferencia de lo que sucede con otros rubros indemnizatorios empero, la acreditación del daño moral no requiere, necesariamente, de elementos que objetiven, mediante pericias médicas o psicológicas, la existencia de un perjuicio físico o psiquiátrico (conf. esta CNCom., esta Sala A, 04/05/2006, in re: ?Pérez Ricardo Jorge y otro c/ Banco Bansud S.A.?). Cabe señalar, asimismo, que una persona puede padecer un ?daño moral? como consecuencia de la afectación espiritual ocasionada por un hecho concreto, independientemente de que este último haya ocasionado también -o no- un ?daño psíquico? -rubro que fue analizado en el considerando precedente-. Ello establecido, cabe advertir que, en su demanda, los accionantes adujeron escuetamente que los hechos de marras les habían provocado ?sufrimientos y avatares?, afectando la ?tranquilidad familiar?, reclamando por este concepto un resarcimiento de \$ 120.000 (véase fs. 193, punto 35). En ese sentido, cabe advertir que la parte actora sólo ofreció como prueba la pericial psicológica, respecto de Ana Alberti y ninguna otra idónea para la acreditación del ?daño moral? invocado, en relación a los restantes accionantes. La perito psicóloga dio cuenta en su informe de fs. 538/550 que el estudio psicodiagnóstico reveló que ?...la actora está atravesando una reacción depresiva como respuesta al fracaso de sus proyectos de abrir un local de ropa en un shopping...? (véase fs. 547), dictaminando que ?...existe un malestar interno en la actora que lo vive como si algo la amenazara desde lo exterior y se manifiesta en un retraimiento en sí misma. Ha vivido la pérdida de poner en marcha el local de ropa como un fracaso que aún no ha podido superar y la ha sumido en un estado depresivo...?, aclarando que ?...el estado de ánimo depresivo y los trastornos de ansiedad, antes no estaban presentes en la vida de la actora? (véase fs. 549, tercer párrafo). Expuso también que ?la actora se sintió limitada en cuanto a un quehacer vital y encontró dificultades en el ejercicio del mismo y, como consecuencia de ello, la actora presentó un desarrollo reactivo psicoorgánico que afectó sus esferas afectivas, volitivas y laborales, limitando el goce individual, familiar y laboral? (véase fs. 550). Por su parte, la testigo Liliana Alejandra Rubín declaró ser profesora nacional de expresión y lenguaje corporal y haber sido terapeuta de Ana Alberti (véase fs. 574, respuesta a las generales de la ley) y que ésta, a raíz de los hechos de marras, manifestó ?...una fuerte decepción y vacío dentro de sí misma y el no quedarse con un proyecto de vida y de trabajo a ella la sume a una tristeza que la llevó al pánico y a la depresión, por lo que (...) tuvo

que derivarla? (véase fs. 575, respuesta a la pregunta 4). La accionada Third Time impugnó este testimonio por considerar que se trataba de una ?testigo de oídas? y que, además, tenía una relación cercana con la actora (véanse fs. 596/597). El planteo relativo a que se trataría de una ?testigo de oídas? carece de todo asidero, puesto que la declarante tuvo una interacción directa con Ana Alberti y, por ello, podía dar cuenta de primera mano de su estado de ánimo. Por otra parte, si bien se ha dicho que la circunstancia de que el testigo sea amigo -o cercano- de la parte no invalida sus dichos, aun apreciéndolos restrictivamente, ello será así, siempre que se vean complementados con otros elementos probatorios y no aparezcan inexplicadas contradicciones (conf. CNCiv., sala B, 15/10/1999, in re: ?Torres Larramendia de Caballero, Cesarina c/Velázquez, Daniel R. y otros?, LL 2000-D, 243; DJ 2000-2, 1037; AR/JUR/4164/1999). Lo concreto aquí es que el aludido testimonio brindado en autos por quien fue tildada de ser una persona ?cercana? a la actora se halla corroborado, en lo que concierne a la afectación espiritual de esta última, por la prueba pericial psicológica y ello otorga eficacia probatoria a ese medio de prueba para acreditar el daño moral invocado. Por esas razones, corresponde tener por acreditado que los hechos de marras tuvieron la entidad suficiente para provocar a Ana María Alberti el ?daño moral? invocado. Por el contrario, la parte actora no logró acreditar debidamente el invocado ?daño moral? que habrían padecido Fernando Massaccesi, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi, puesto que no ofrecieron la prueba necesaria respecto de ellos. Por otra parte, el testigo Héctor Ariel Lucas se limitó a señalar que, a raíz de los hechos de marras, había advertido ?...frustración en el grupo familiar...? (véase fs. 578 vta.), empero, su idoneidad fue eficazmente impugnada por Third Time con fundamento en su relación cercana con la parte actora (véanse fs. 596/597), sin que sus dichos resultaran corroborados por otro medio de prueba, lo que priva de eficacia probatoria a su declaración. Tampoco aporta elementos de convicción en ese sentido la declaración de la testigo Liliana Alejandra Rubín, pues únicamente se refirió a la afectación espiritual soportada por Ana Alberti, mas nada dijo acerca de cómo habría afectado la frustración del proyecto al resto de la familia (véanse fs. 574/575). Por las razones expuestas, cabe concluir en que únicamente se encuentra probada la existencia del alegado ?daño moral? respecto de la accionante Ana María Alberti y, recurriendo una vez más al criterio prudencial que ha de orientar la labor de los magistrados (conf. art. 165 del CPCCN), considero razonable confirmar el resarcimiento por este concepto a la suma porcentual de \$ 30.000 reconocida a dicha parte en la anterior instancia, considerando esta estimación fijada a la fecha de promoción de la demanda, momento en que se exteriorizó y cuantificó el reclamo y rechazar, en cambio, la procedencia de este reclamo respecto de Fernando Daniel Massaccesi, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi. En consecuencia, estimo que solo cabe acoger con ese alcance el agravio bajo análisis, revocando la sentencia en lo demás que decidió. 7.4) La multa en concepto de daño punitivo: Toda vez que ha quedado determinado que el caso de marras no se encuentra regido por la LDC, por no encontrarse involucrada una relación de consumo, ello determina la improcedencia del pedido de la actora de aplicación de una multa en concepto de ?daño punitivo? en los términos del art. 52 bis de la ley N° 24.240. En consecuencia, corresponder desestimar el agravio de los demandantes y confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó el pedido de aplicación de la multa. 8) La actualización del capital de condena. La tasa aplicable y el dies a quo de los intereses. En la sentencia de grado se dispuso que al capital de condena deben adicionarse intereses a calcularse a la tasa activa que percibe el BNA en sus operaciones de descuento de documentos a 30 días, sin capitalizar, desde el 17/03/2011, fecha en la que Continental Urbana rescindió el contrato de locación del local, hasta el efectivo pago. Esa decisión fue resistida por la parte actora, quien objetó el monto de condena reconocido, argumentando que había quedado sustancialmente desvalorizado a raíz de la depreciación de nuestra moneda y que los intereses reconocidos tampoco resultaban suficientes para equiparar dicha depreciación, a cuyos efectos indicó la cantidad de dólares estadounidenses que se podían comprar al momento del inicio de la demanda, en el año 2011 y la considerable cifra inferior de esa moneda que se podía obtener al momento de la apelación, con fundamento en lo cual, solicitó ?...aumentar el monto de condena y/o al mismo tiempo determinar una cláusula o metodología de ajuste del capital, todo ello de forma tal que quede equiparado el capital a valores actuales...? (véanse fs. 1118 y vta., punto a). Por su parte, la demandada Third Time se agravio de que se hubiera dispuesto la aplicación de la tasa activa, pese a que la CSJN viene resolviendo la aplicación de la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el BCRA y a que en el plenario ?Samudio? -que es un pronunciamiento del fuero civil y no, de este fuero comercial-, se resolvió que la aplicación de una tasa de interés activa importaría un injusto enriquecimiento de la contraria cuando el capital de condena había sido calculado a valores actuales, tal como sucedió en la sentencia apelada en relación a los rubros ?daño a la salud? y ?daño moral?. Adujo también que resultaba arbitraria la fijación del dies a quo de los intereses al momento de la finalización de las tratativas, ya que la ganancia no se habría producido en ese momento, sino en los siguientes años (véanse fs. 1114 y vta., punto 3.5.). El planteo de actualización del capital de condena formulado por la actora no fue propuesto oportunamente a la decisión del Juez de grado, motivo por el cual se encuentra vedado su tratamiento en esta instancia (arg. art. 377 CPCCN). Tampoco resulta conducente la conversión de los montos reclamados y de los de condena a dólares estadounidenses efectuada por los accionantes, puesto que dicha moneda extranjera resulta completamente ajena al capital reclamado y al de condena, los cuales están expresados íntegramente en

pesos. En cuanto al cuestionamiento de ambas partes respecto de la tasa de interés aplicada por el Juez de grado, es de destacar que, a través de las épocas, los tribunales de justicia han mantenido, con base racional innegable, soluciones fluidas en punto a los intereses aplicables, en relación directa con las variaciones económicas y con fundamento en las normas constitucionales que tutelan la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) y que garantizan y protegen el patrimonio tanto del acreedor como del deudor. En esa línea de ideas, la determinación de la tasa de interés es inescindible del fenómeno económico, por lo que los jueces no pueden prescindir de hacerse cargo, de acuerdo a un principio constitucional superior, de la realidad económica y de la degradación monetaria. De ahí que en ciertas ocasiones se haya priorizado la aplicación de la llamada "tasa pasiva" (del voto minoritario de los Dres. Piaggi, Monti y Caviglione Fraga en el plenario de este fuero comercial "S.A. La Razón s/ quiebra s/ incidente de pago de los profesionales", del 27/10/1994). Sin embargo, la interpretación clásica de los arts. 508 y 622 del Cód. Civil establece el interés como resarcimiento legal del daño sufrido por el acreedor insatisfecho, cuyo perjuicio en los créditos pecuniarios, parece obvio, que consista en la necesidad del acreedor de abastecerse del equivalente de la prestación incumplida, en el circuito financiero, fuente inequívoca de recursos monetarios. Por eso, en principio, no cabe condenar al acreedor a recibir solamente el fruto de lo que se tiene (tasa pasiva obtenida con los dineros que depositase), cuando se trata de compensarlo en una medida legal por aquéllo de lo que en razón del incumplimiento del deudor, no tiene y ha de procurarse del modo explicado, a lo largo del tiempo. Ello guarda correspondencia en la obligación correlativa de cumplir en buena fe que le cabe al deudor condenado quien, ante la mora de su deudor, en la emergencia de tener que procurarse la cantidad de numerario necesaria por carecer de recursos, lo hará en el llamado "circuito financiero", con la consecuencia obvia en cuanto a la tasa que abonará. De allí entonces, que parece más justo y equitativo que el acreedor pueda acudir para reparar su privación a idéntica fuente de recursos, sin que resulte necesario obligarlo a justificar que así debió hacerlo. Es que la equivalencia de derechos y obligaciones debe jugar para ambas partes de igual modo, cuando se trata de la vigencia de la justicia conmutativa (véase el voto de los Dres. Míguez, Peirano, Jarazo Veiras, Butty, Alberti, Rotman, Cuartero, Guerrero, Ramírez y Arecha en el plenario "S.A. La Razón", citado supra). Además, es razonable presumir, de acuerdo con el curso ordinario y natural de las cosas, que el dinero que debió recibir el acreedor, de haberse satisfecho la obligación en tiempo oportuno, hubiera podido ser colocado en el mercado bajo alguna de las modalidades que asumen las operaciones llamadas "activas" y percibir, a cambio de esa colocación, el interés propio de ese tipo de negocios, que no es otro que el que refleja la denominada tasa activa (conf. esta CNCom., esta Sala A, 30/12/2010, mi voto, in re: "Flores Plata de Cisneros Élide s/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. s/ Ordinario"; idem, 09/05/2017, mi voto, in re: "Gyukits Osacar Daniel c/ Provincia Seguros S.A. s/ Ordinario"). Cabe agregar que incluso carecería de todo andamiaje jurídico un posible argumento en orden a que no resultaría de aplicación en autos el plenario "La Razón", fundado en que aquél tendría por objeto el incidente de pago de honorarios profesionales. Es que, los fallos plenarios en la previsión de la ley ritual de aplicación en su momento, eran dictados en el marco de un proceso judicial en particular, obedeciendo al objeto de unificar los criterios disímiles del fuero de que se trate, respecto de una temática determinada, de modo que la obligatoriedad de una doctrina plenaria tenga efectos respecto de las causas pendientes de resolución, trascendiendo el caso en concreto en el cual fue decidida. Dicha interpretación jurisprudencial, emanada de un plenario, resultaba pues de aplicación inmediata y obligatoria, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 303 CPCCN. En el marco descripto pues, estíbase claro que en el caso bajo análisis no existen circunstancias fácticas, ni jurídicas, que justifiquen apartarse de la doctrina plenaria fijada por esta Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, in re: "S.A. La Razón s/ quiebra s/ incidente de pago de los profesionales", del 27/10/1994, que justamente legitimó la aplicación de la tasa fijada por el Juez de grado, motivo por el cual, la tasa a aplicar no puede ser otra que la activa que, acertadamente, el fallo reconoce. En consecuencia, los accesorios deberán liquidarse de acuerdo a las pautas vertidas en el fallo apelado (conf. esta CNCom., esta Sala A, 09/11/2006, in re: González Adolfo Ramón c/ Transporte Metropolitano General Roca S.A. s/ Ordinario"; idem, 16/11/2006, in re: "Gerez Pedro Antonio c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. s/ Ordinario"; bis idem, 02/11/2006, in re: "Leguizamón Jorge Omar c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A s/ Ordinario", entre otros). Con base en ello pues, la decisión del sentenciante de la anterior instancia resulta acorde a derecho, por lo que corresponde desestimar los agravios de ambas apelantes respecto de la tasa de interés aplicada. Por último, tampoco cabe admitir el cuestionamiento al dies a quo de los intereses formulado por la demandada, toda vez que aquí no se indemnizó la pérdida de ganancias, es decir, el "lucro cesante", sino la "pérdida de chance" de obtener esas ganancias, la que se verificó a partir del momento en que se produjo la rescisión del contrato de locación -17/03/2011-, pues ello terminó de desactivar toda chance de llevar a cabo el proyecto comercial. Cabe advertir también que, dado que el resarcimiento de los rubros "daño a la salud" y "daño moral" han sido fijados a la fecha de la interposición de la demanda -11/11/2011-, el dies a quo de los accesorios habrá de establecerse a esa fecha, en la que se exteriorizó y cuantificó el reclamo y los mismos se liquidarán hasta la fecha del efectivo pago. En virtud de estos fundamentos, corresponde, con este alcance, rechazar los agravios de las partes bajo análisis. V.- Las costas. 1) Las costas correspondientes a la acción promovida por la parte actora contra la

accionada Third Time: Habida cuenta que lo hasta aquí expuesto determina la modificación parcial de la sentencia de grado en relación a la acción promovida por la parte actora contra la codemandada Third Time, tal circunstancia impone adecuar la distribución de costas correspondiente a dicha acción efectuada en la anterior instancia al resultado de las apelaciones, debiendo este Tribunal expedirse nuevamente acerca de dicho punto, en orden a lo previsto por el art. 279 del CPCCN. Es sabido que en nuestro sistema procesal los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél, en la medida que las costas son corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCCN) y se imponen, no como una sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido. La Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que el art. 68 CPCCN consagra el principio del vencimiento como rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota: de modo que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN, Fallos, 312:889, entre muchos otros). Sin embargo, si bien ésa es la regla general, la ley también faculta al Juez a eximirla, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss. CPCCN). Síguese de lo expuesto que la imposición de las costas en el orden causado o su eximición -en su caso- procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes, su regulación requiere un apartamiento de la regla general (conf. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, ¿Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, T° I, pág. 491). En ese marco, ponderando que la emplazada Third Time resultó responsabilizada en autos por la frustración de las negociaciones gestionadas por la parte actora con el objeto de explotar comercialmente un local del centro comercial San Justo Shopping para la venta de indumentaria femenina y accesorios bajo la franquicia de la marca ?Tucci? y más allá de que no haya prosperado la totalidad de los rubros y montos indemnizatorios reclamados, no existen razones para apartarse de la regla general establecida en esta materia, motivo por el cual no cabe sino imponer a cargo de la parte demandada las costas generadas en primera instancia, dada su condición de sustancialmente vencida (arts. 68 y 279 CPCCN). En cambio, en atención a la suerte de los agravios de las partes en esta instancia, donde si bien se confirmó la condena a Third Time, se redujeron considerablemente los montos indemnizatorios, corresponde distribuir las costas de Alzada en el orden causado, atento a la existencia de vencimientos parciales y mutuos (art. 71 CPCCN). 2) Las costas correspondientes a la acción promovida por los demandantes contra la emplazada GLA: La parte actora se agravió de que hubieran sido impuestas a su cargo las costas correspondientes al rechazo de la demanda que promoviera contra GLA, solicitando que sean distribuidas en el orden causado, teniendo en consideración que, por las particularidades del caso, pudo razonablemente haberse creído con derecho a demandarla (véanse fs. 1122 y vta., punto e). Toda vez que la acción contra GLA fue rechazada como consecuencia de haberse admitido la excepción de falta de legitimación pasiva que opusiera, ello con fundamento en que aquélla, en condición de administradora del centro comercial, había actuado en representación de Continental Urbana -extremo que fue reconocido por la propia actora en su demanda- y que no intervino como parte en el contrato de locación, considero que no existen razones atendibles para apartarse de la regla general que rige la materia, por lo que corresponde que la accionante vencida soporte las costas de primera instancia en su condición de vencida (art. 68 CPCCN). Por esa razón, no cabe sino desestimar el agravio bajo análisis y confirmar lo decidido en la sentencia de grado sobre este puntual aspecto. Igual criterio debe adoptarse respecto a las costas de Alzada, las que serán soportadas por la parte actora, dada su condición de vencida también en esta instancia (art. 68 CPCCN). 3) Las costas correspondientes a la demanda incoada por los accionantes contra la codemandada Continental Urbana: Los accionantes criticaron que se hubieran impuesto a su cargo las costas correspondientes al rechazo de la demanda que dedujeran contra Continental Urbana, solicitando su distribución en el orden causado, en atención a que, dadas las particularidades del caso, pudo razonablemente haberse creído con derecho a demandarla (véanse fs. 1122 y vta., punto e). Ponderando que la demanda contra Continental Urbana fue desestimada con base en que la negativa de la sociedad de hecho integrada por Ana Alberti, Hernán Massaccesi y Ariel Massaccesi a recibir la tenencia del local constituyó un incumplimiento de una cláusula esencial del contrato de locación que habilitó a la locadora Continental Urbana a rescindir dicho convenio de la forma en que lo hizo, considero que fue acertada la decisión del Juez de grado de imponer las costas de primera instancia a cargo de los demandantes, dada su condición de vencidos (art. 68 CPCCN). Es por ello que corresponde desestimar el agravio en cuestión y confirmar la decisión apelada. En cuanto a las costas de Alzada, corresponde que también sean soportadas por la parte actora, en su condición de vencida en esta instancia (art. 68 CPCCN). 4) Las costas correspondientes a la reconvención deducida por Third Time contra los accionantes: Habiéndose confirmado el rechazo de la reconvención decidido en la sentencia apelada, corresponde que las costas de Alzada sean soportadas por la reconviniente vencida (art. 68 CPCCN). VI.- La conclusión. Por todo lo expuesto, propicio a este Acuerdo: 1) Rechazar el recurso de apelación de la parte actora. 2) Admitir parcialmente el recurso de apelación de la codemandada Third Time S.A. y, en consecuencia: reducir la indemnización correspondiente a ?pérdida de chance? a la suma de \$ 210.000 más intereses; fijar a la fecha de la interposición de la demanda, el monto de \$ 50.000 más intereses, concedido en concepto

de reparación del ?daño a la salud? de Ana María Alberti; rechazar la procedencia del ?daño moral? invocado por Fernando Daniel Massaccesi, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi y admitirlo únicamente respecto de Ana María Alberti, confirmando el resarcimiento al importe porcentual de \$ 30.000, más intereses, fijado, también, a la fecha de interposición de la demanda. 3) Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue materia de agravio. 4) Disponer que las costas de Alzada correspondientes al rechazo de las acciones promovidas por la parte actora contra la demandada Gerenciadora Latinoamericana (GLA) S.A. y contra la emplazada Continental Urbana S.A.I. sean impuestas a cargo de la demandante vencida (art. 68 CPCCN); que las costas generadas en primera instancia por la admisión parcial de la demanda promovida por los accionantes contra la accionada Third Time S.A., sean soportadas por la demandada sustancialmente vencida (arts. 68 y 279 CPCCN), en tanto que las costas generadas en esta instancia sean distribuidas en el orden causado (art. 71 CPCCN); y que las costas de Alzada correspondientes al rechazo de la reconvencción deducida por Third Time S.A. contra los accionantes sean soportadas por la reconviniendo vencida (art. 68 CPCCN); todo ello, en virtud de los fundamentos brindados en el considerando V. He aquí mi voto. Por análogas razones, el Señor Juez de Cámara Dr. Alfredo Arturo Kölliker Frers adhiere al voto precedente. Con lo que terminó este Acuerdo. VII.- Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de apelación de la parte actora. 2) Admitir parcialmente el recurso de apelación de la codemandada Third Time S.A. y, en consecuencia: reducir la indemnización correspondiente a ?pérdida de chance? a la suma de \$ 210.000 más intereses; fijar a la fecha de la interposición de la demanda, el monto de \$ 50.000 más intereses, concedido en concepto de reparación del ?daño a la salud? de Ana María Alberti; rechazar la procedencia del ?daño moral? invocado por Fernando Daniel Massaccesi, Hernán Daniel Massaccesi y Ariel Fernando Massaccesi y admitirlo únicamente respecto de Ana María Alberti, confirmando el resarcimiento al importe porcentual de \$ 30.000, más intereses, fijado, también, a la fecha de interposición de la demanda. 3) Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue materia de agravio. 4) Disponer que las costas de Alzada correspondientes al rechazo de las acciones promovidas por la parte actora contra la demandada Gerenciadora Latinoamericana (GLA) S.A. y contra la emplazada Continental Urbana S.A.I. sean impuestas a cargo de la demandante vencida (art. 68 CPCCN); que las costas generadas en primera instancia por la admisión parcial de la demanda promovida por los accionantes contra la accionada Third Time S.A., sean soportadas por la demandada sustancialmente vencida (arts. 68 y 279 CPCCN), en tanto que las costas generadas en esta instancia sean distribuidas en el orden causado (art. 71 CPCCN); y que las costas de Alzada correspondientes al rechazo de la reconvencción deducida por Third Time S.A. contra los accionantes sean soportadas por la reconviniendo vencida (art. 68 CPCCN); todo ello, en virtud de los fundamentos brindados en el considerando V. 5) Notifíquese a las partes y devuélvase a primera instancia. 6) Oportunamente, glórese copia certificada de la presente sentencia al libro N° 130 de Acuerdos Comerciales-Sala A. 7) A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1° de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ. Sólo intervienen los firmantes por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). María Elsa Uzal Alfredo A. Kölliker Frers María Verónica Balbi Secretaria de Cámara

Correlaciones: El ?Franchising? y el concurso o la quiebra de los contratantes - Rapoport, Diego Alberto - Compendio Jurídico - Marzo 2011 - Cita digital IUSDC282149A Original:

<http://iusgestion.errepar.com/sitios/GestionFallos/Fallos/NACIONAL/CÁM. NAC. COM/2020/8/MASSACCESI 04-11-20.pdf>

002612F