En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. **Nélida Susana Melero** y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. G. Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., R. A. O. c/ I. L. de T. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 136/08,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 878/05), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 235) y constancia de fs. 237, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Melero, Dra. Reynoso de Roberts y Dra. García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 214/215vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I) Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada, por haber interpuesto a fs. 219 por la parte actora, recurso de apelación contra la sentencia nro. 44 del 31/10/08 de fs. 214/215vta., habiéndose concedido libremente y en efecto suspensivo a fs. 220.

El fallo, en la parte cuestionada, resolvió: "1°) Rechazando la demanda interpuesta por el Sr. R. A. O. B. contra la Sra. I. L. de T., por

incumplimiento de contrato referido al instrumento de fs. 4/6, denegando, asimismo, la indemnización de lucro cesante, daño emergente y daño moral...".

I-A) A fs. 226/229vta. obran glosados los agravios expuestos por la apelante actora.

Es criterio doctrinario y jurisprudencial compartido por la suscripta el entendimiento de que en la estructura de la sentencia los resultandos (aplicable aquí a los agravios) tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio (o de los agravios), siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (conf. crit. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com. Sala C, 03/11/80, entre otros) y advirtiendo que de las individualizaciones en que la apelante sintetiza los argumentos de sus agravios (fs. 229vta.) son claros y concisos y teniendo presente el principio procesal de concentración, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante.

La apelante se agravia, en concreto, porque el no desistimiento del derecho, la inexistencia de prescripción alguna, el avasallamiento de la autonomía de la voluntad, la omisión del pacto comisorio, el quebrantamiento de la teoría de los actos

propios, la violación al principio de integridad del pago, conforman -a su entender- un surtido de desaciertos jurídicos tanto de hechos como de derecho, que tornan a la sentencia en un instrumento arbitrario que menoscaba delicadamente el derecho de propiedad y del debido proceso de su parte.

De los términos en que planteó el actor sus escritos de demanda y desiste y amplía (fs. 21/24 y 33), surge que interpone acción contra el demandado solicitando se le reconozca el cincuenta por ciento (50%) de los frutos de comercio, toda vez que al haber caído en incumplimiento de contrato de la deuda impaga sigue siendo socio del fondo de comercio que gira bajo la firma P. Y C.

La demandada en su conteste (fs. 44/46) y en lo que aquí interesa, después de negar puntualmente los hechos de la forma en que lo narra la actora, así como de la documental por ella agregada, alega que la esencia del reclamo es una plus petitio inexcusable, ya que la actora no busca el cobro de documentos adeudados, los que de corresponderle deberían haber sido reclamados por la vía correspondiente, juicio ejecutivo, la que se encuentra prescripta, asimismo, agrega más adelante que en el convenio no existe ninguna cláusula que contenga en forma expresa el pacto comisorio que habilitaría al actor solicitar la resolución de venta.

Dichos argumentos fueron contestados por el actor a fs. 48/49 refutando los mismos.

Advierto que si bien tanto en la absolución de posiciones de la parte demandada (fs. 75/76) de la contestaciones a la 1era., 15ta., 18va., 19na. 21era. Posiciones, ésta reconoce que es titular

de la firma comercial "P. y C.", deberle dinero al actor, haber documentado lo adeudado a favor del actor, habiendo firmado veintiún (21) documentos a favor de éste, teniendo cada uno de ellos el valor de dólares mil doscientos (U$S 1.200), como lo declarado por el testigo asesor contable D.A.C. (fs. 79/80), dichos reconocimientos y testimonios no pueden ser tomados en cuenta atento el desistimiento formulado por el actor al pto. 6to., 2do párr. (fs. 23) expresado en su escrito de fs. 33.

Amerito, asimismo, que conforme decretos de fs. 165, 169 y 179, el a-quo declara la caducidad de la producción de la pruebas informativa a la AFIP, de la prueba pericial contable y de la prueba pericial caligráfica a la parte actora.

En cuanto al fondo de la temática planteada, es criterio de la suscripta siguiendo los lineamientos del Dr. Atilio A. Alterini en su obra "Contratos – Civiles- Comerciales- de Consumo – Teoría General", edit. Abeledo Perrot, año 1999, pág. 91, que en lo atinente a los alcances de los poderes del juez en materia contractual después de citar la frase del distinguido maestro Dr. Augusto Mario Morello en cuanto a que "Los jueces no pueden ser fugitivos de la realidad", sugiere que al decidir sobre la interpretación, la integración, la ejecución, la modificación o la extinción del contrato les incumbe una tarea de gran relevancia. La sentencia no es una expresión neutral de técnica jurídica o de acierto lógico, sino que debe necesariamente tener un contenido, responder a una política jurídica: a tal fin, los jueces pueden –más vale- deben aplicar todos los criterios axiológicos de moral y buena fe.

En cuanto a la ejecución del contrato de buena fe, la doctrina citada precedentemente determina claramente que el cumplimiento debe ser llevado a cabo de buena fe. En esto también influye el criterio de verosimilitud respecto de lo que las partes quisieron y entendieron al celebrar el contrato según lo prescribe el art. 1198 del Código Civil, debiendo tal deber de corrección pesar tanto sobre quien realiza la prestación como sobre quien debe recibirla (aut. cit., ob.cit., pág. 35).

Atento a la falta de prueba precedentemente advertida por parte de la accionante considero que en situaciones como las que se han planteado en estos autos, el apego a la literalidad de la norma puede desembocar en situaciones intrínsecamente alejadas de la "justicia del caso particular".

El estado de mora en que se encuentra quien sufre luego los hechos sobrevinientes, sólo es relevante cuando guarda relación la prestación incumplida con el desequilibrio y, además se puede atribuir a la mora el haber empeorado dicho desquiciamiento. En tal caso sólo se trasladan al deudor moroso los riesgos ordinarios, pero no los extraordinarios. Esta posición tiene su base en la idea de previsibilidad y en la noción de las expectativas razonables que subyacen en toda la problemática de atribución de responsabilidad por las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento contractual, aún en nuestro régimen legal que adopta la idea de causalidad adecuada; un entendimiento distinto equivaldría a convalidar la existencia de una inconsistencia sistemática.

Desde otro aspecto, es criterio de nuestro más Alto Tribunal Provincial, desde larga data, que no se infringe el principio de congruencia, toda vez que la calificación jurídica de los hechos de la causa y su subsunción es facultad privativa de los jueces, independientemente de la invocación por las partes, conforme lo dispuesto por el Código de Procedimiento, y el principio Iura Novit Curia (STJCh, 22-12-1986, Sentencia Definitiva, "F., R. c/ S., G. E. y-u otra y-o quien resulte responsable s/ Laboral"), asimismo, que: "Si en lo referente a la sustentación jurídica el principio de congruencia no rige respecto de las normas legales, es consecuencia de que en nuestro sistema, el juez las debe aplicar de oficio, y por lo tanto su invocación por las partes no constituye un presupuesto procesal" (STJCh, 07-03-1995, Sentencia Definitiva, "C., N. H. en autos: B. del S. S.A. c/ C., N. H. S/ Juicio Ejecutivo s/ Incidente de Nulidad").

En este orden de ideas se ha expresado esta Sala "B" de la Cámara de Apelaciones cuando ha dispuesto que si bien es cierto que en la estructura del proceso debe primar el principio de congruencia en torno a la petición de las partes y la decisión expresa en tal sentido por el sentenciante, no menos cierto es que de acuerdo al segundo párrafo del inciso 6° del artículo 165 del Código Procesal, el ritual autoriza a los jueces a hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos en la sustanciación del juicio que se encuentren debidamente probados (07-06-00, Interlocutorio, "P.A. SRL en autos "T.C. S.A. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Acción de Amparo""; "C., R. A. y-u Otros s/ Recurso de Queja", 08-09-00, Interlocutorio, "M., M. G. c/

Sindicato Regional de Luz y Fuerza de la Patagonia s/ Incidente de Embargo Preventivo"); STJCh, "S., E. R. y O. c/ F. S. S.A.", Expte. 16.009/S/97; en sentido similar se ha expedido la Sala "A" de esta Cámara de Apelaciones, 05-11-1998, Sentencia Definitiva en autos caratulados: "C., G. del C. y Otro c/ R. S.R.L. s/ Indemnización por Despido") cuando expresa que: "En relación a la interpretación de las normas, a fin de cumplir con la manda constitucional de afianzamiento de la justicia, el art. 16 del Código Civil puntualiza que el juez debe atenerse a las palabras y al espíritu de la ley. Al respecto tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "la primera regla de la interpretación de las leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o del espíritu de la misma".

Es convencimiento de la suscripta en lo atinente a la interpretación que de las leyes efectúe el juez, que éste tiene el mandato esencial y constitucional de realizar la justicia en los casos que caigan bajo su jurisdicción, por lo tanto, la interpretación de la ley que haga debe estar ordenada a ese objetivo. Y es la recurrencia a la equidad lo que salvaguarda la justicia en el caso concreto (conf. crit. STJCh; 16-06-1995, Sentencia Definitiva, "A., N. F. c/ Banco de la Provincia del Chubut s/ Diferencia de Haberes e Indem. de Ley").

Ello así, ya que conforme a la regla "iura novit curia" los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad de hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen,

con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Por lo tanto, sin perjuicio de lo que opinen las partes, el juez como calificador e intérprete, debe analizar y determinar los efectos de los actos cuya existencia se invoque basado en la voluntad de aquéllas y en la estructura jurídica de la hipótesis concreta en comparación con las leyes en vigor, imponiéndole el referido principio "iura novit curia" el deber de dirimir la litis según el derecho aplicable con prescindencia de los planteos de los justiciables.

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia provincial cuando ha determinado que: "El análisis que corresponde efectuar al juzgador de Primera Instancia, aún sin petición de parte, es sobre si están cumplidos o no los presupuestos necesarios que hagan viable la reclamación del actor, pudiendo interpretar tanto los hechos como las pruebas producidas y debiendo también aplicar el derecho que corresponde al caso, para lo cual por el principio iura novit curia no está vinculado por el que fuera alegado por las partes (STJCh, 03-08-1999, Sentencia Definitiva; "A. B., P. E. y Otros c/ P. S.A. s/ Demanda Laboral -Haberes e Indemnización de Ley-").

Siendo que dichos principios han sido correctamente aplicados por el a-quo en sus considerandos 2do. a 10mo (fs. 214vta./215), arribo a la convicción que deben rechazarse los agravios expuestos por la parte apelante actora a fs. 226/229 vta., en consecuencia, confirmarse la sentencia de fs. 214/215vta. en cuanto fuera materia de agravios.

I.B) Atento a lo decidido en el presente voto, las costas de esta instancia son impuestas a la parte actora vencida (art. 69 del CPCCh). Difiérese la regulación de honorarios del profesional interviniente para el momento del acuerdo, donde se tendrá en cuenta el tema traído a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido en un todo de acuerdo con lo prescripto por los arts. 5, 6, 8, 13 y ccdtes de la ley XIII nro. 4.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria, en caso de coincidir, la siguiente:

1) Rechazar los agravios expuestos por la parte apelante actora a fs. 226/229vta. y, en consecuencia, confirmarse la sentencia de fs. 214/215vta. en cuanto fue materia de agravios.

2) Costas a la parte apelante actora.

3) Tener presente la reserva del caso federal planteada por la actora (fs. 229/vta.).

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora contra la sentencia definitiva nro. 44/2008 del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción (fs. 214/5vta., fs. 219).

A fs. 226/29vta. luce el memorial de agravios de la parte actora, sin perjuicio de haber descripto la Sra. Camarista prevotante las quejas y encontrándose cumplimentada la manda del Art. 163 del código ritual, a modo de guía la efectuaré nuevamente en forma sintética. El actor se queja por cuanto el A

quo convirtió en natural una obligación instrumentada. Fue un hecho no controvertido en autos la existencia de la deuda. Confunde el A quo el desistimiento de la acción a fs. 33 con el derecho de cobrar la deuda. Jamás desistió en actor de cobrar los pagares.

Fueron reclamados el 50% de los frutos por incumplimiento reconocido.

Existió una grave deficiencia del juez al considerar la deuda prescripta por dos razones, que dice, inexistencia de la prescripción por temporalidad como puede verse por el cotejo de los pagarés, cuyas copias obran a fs. 16 son de fecha 1996, es decir, que por imperio del art. 4023 del CC se podía exigir el cumplimiento hasta el 2006. Además hay inexistencia de la prescripción por reconocimiento lo que ocurrió al contestar demanda y al absolver posiciones.

Por imperio del art. 3989 del CC el reconocimiento puso fin al plazo transcurrido dando inicio a uno nuevo.

El juez no puede suplir de oficio la prescripción sino es opuesta por la parte según art. 3964 del CC.

El segundo agravio lo constituye el pacto comisorio no considerado por el a quo en la cláusula 5ta. del convenio celebrado entre las partes. Hacen viable los reclamos por lucro cesante, daño emergente y daño moral.

El tercer agravio es el quebrantamiento de la teoría de los actos propios al reconocerse expresamente la deuda y cesión de derechos sobre el fondo de comercio.

Cuarto agravio: el reconocer que el pago fue parcial y aun axial negarle la fuerza resolutoria.

Análisis de las cuestiones:

En merito al planteo de la recurrente que cuestiona íntegramente lo decidido por el sentenciante de grado en lo que respecta al análisis de los hechos expuesto; he de retrotraerme al inicio del pleito, el reclamo.

El accionante demandó a fs. 21/24 demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual del convenio de pago, el reconocimiento de deuda en pagares acompañados, y lucro cesante, daño emergente y daño moral. Al ampliar demanda fs. 33 desiste del pago de la deuda que consistía en tres cuotas documentadas por tres pagarés de dólares estadounidenses 1200 lo que hace un total de 3600.

Por ello, el objeto del presente pleito es el resarcimiento por daños y perjuicios por incumplimiento contractual y el reconocimiento contractual el "status social" que delimitó en el 50% de los frutos del local comercial que gira, según la demandante bajo el nombre fantasía "P. y C.".

Por su parte la demandada contesta a fs. 44 en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 360 del código de forma niega en forma general y desconoce la prueba documental acompañada. Reconoce que no pagó la deuda por inconducta del acreedor (hoy actor). Critica la interpretación del convenio de pago que efectúa al ampliar demanda diciendo que el convenio de pago no habilitaba a revisar la sociedad, sino la deuda, que estaba instrumentada en pagarés que calificó de prescriptos y peticiona que se desestimen los rubros daño moral y emergente y lucro cesante reclamados por la actora. No interpuso como excepción, solo lo brindó como argumento adicional.

El sentenciante de grado decide en la sentencia venida en crisis (fs. 214/15vta.), efectúa un estudio de los documentos y la deuda y, retoma el pedido del 50% de los frutos del local y considera que el pago casi total de la deuda torna el pedido en abusivo, el reclamo no da cuenta de la existencia de un menoscabo patrimonial y rechaza la demanda luego de extenderse en la vigencia de los documentos que instrumentaban la deuda no reclamada.

Encuentro que el Aquo se abstuvo previamente de adoptar la conducta prevista en el código de rito arts. 34 y 36 al momento de la presentación de la demanda y ampliación.

El poder de dirección del proceso es la reacción más importante de la orientación publicista del derecho procesal, puesto que el juez deja de ser un espectador para convertirse en director, con atribuciones que marcan su autoridad en el cumplimiento de la función. El poder de dirección (poder y deber del magistrado) del trámite judicial articula una serie compleja de funciones del juez, que resulta abarcativa de gran parte de principios procesales cuyo límite está dado por el principio dispositivo y de igualdad de los contradictores (ver Carlos E.Fenochietto, "Cód. Proc. Civ. y C. de la Nación…", t. 1, pág. 141, ed. Astrea-99).

En este orden de ideas vemos que el juez tiene un poder y deber de sanear o corregir, ya que el art. 34 inc. 2, habilita para resolver in limine cuestiones susceptibles de entorpecer o impedir el pronunciamiento de mérito, lo que se conoce como "poder saneador" y se denomina "función correctora".

El poder de rechazar in limine la

demanda (art. 340 CPCCCh), cuando se hubieran violado reglas que gobiernan su admisibilidad, deriva de los deberes que el art. 34, inc. 5, pone a cargo de los jueces, en particular, el de señalar los defectos u omisiones de que adolezca cualquier petición antes de darle trámite (ver autor y obra citada, pág. 142).

"Por otra parte, se interpretó que, aun cuando ab inicio no se rechazara la demanda, el tribunal tiene la posibilidad de hacerlo con posterioridad si se advierte que es improponible, en atención al principio de economía procesal contemplado en el art. 34, inc. 5-e, del CP, evitando el cumplimiento de actuaciones innecesarias, con inútil dispendio jurisdiccional. Sin perjuicio de lo dicho, algunos tribunales entendieron que el rechazo in limine de la demanda es una facultad que el ordenamiento procesal ha conferido al juez y no un deber, porque son muchos los matices que pueden presentarse y no siempre corresponderá el rechazo sin sustanciación" (autor y ob. citada, pág. 141).

Se careció de cualquier actuación por parte del magistrado de grado direccionada en ese sentido y continuó un pleito, cuyo entuerto no estuvo definido desde el inicio.

Vuelvo al análisis del libelo de inicio, demanda y ampliación. Demandó el actor daños y perjuicios por incumplimiento contractual, lejos estuvo de exigir el cumplimiento del convenio de pago acompañado a fs. 4, sino los daños generados por el mismo –lucro cesante, daño emergente y daño moral-.

No demandó por la deuda parcial o íntegramente como habilitaba la cláusula 5ta. del convenio de pago acompañado o lo efectivamente

adeudado. En cambio pidió un porcentaje del 50% indeterminado en concepto y en tiempo que denominó los frutos, también imprecisos, generados por el negocio del cual pidió un reconocimiento como integrante de una sociedad de hecho, todo ello con un convenio o acuerdo de pago que presentó al juzgado como documental, del que emerge que dicha sociedad que ya no integraba, no la integraba el actor.

Más aun, con qué alcance pretendía los llamados "frutos", con el previsto en el art. 582 o art. 583 del CC o el art. 2424, art. 2444 del mismo cuerpo, este interrogante como muchos otros que se presentan frente a la indefinición de lo peticionado y cercenan la posibilidad del magistrado de aplicar al caso la máxima procesal "iura notiv curia" (conforme el cual el juzgador debe aplicar las normas que correspondan para la decisión del diferendo, independientemente de las que hubieren invocado los litigantes), no así el deber que pesa sobre éste de otorgar un plazo previo al traslado para que aclare el objeto y el monto, o de rechazar la demanda in limine, todo lo que no aconteció (reitero) en el presente pleito en las instancias procesales oportunas.

Qué quería o, mejor dicho, cuál era la voluntad del actor cuando desistió del reclamo de la deuda pactada y pendiente o del cumplimiento del convenio de pago (cláusula 5ta.), siguiendo en una línea interminable de suposiciones y conjeturas, generadas por el más oscuro libelo, acaso pretendió las ganancias de un negocio, y cabe la pregunta, por qué período, no lo dijo, ni tampoco aportó prueba concluyente.

Es inexistente, en el escrito bajo

estudio, la determinación de lo que dio en llamar daño emergente y lucro cesante, además de la omisión de precisar el daño moral, me refiero a la valoración monetaria del resarcimiento, es más, del escrito de fs. 33 se presenta como independiente de ese 50% indefinido e impreciso pretendido sobre los frutos del negocio, de una sociedad que había integrado y que se había apartado (no integraba) en forma previa al acuerdo de pago acompañado según emerge del mismo del párrafo preliminar y la cláusula primera como señalara en párrafos precedentes.

Con un fin meramente ilustrativo, señalo que la demanda como acto complejo es portadora de la acción y de la pretensión. La pretensión constituye el contenido concreto de la acción. La demanda a tiempo que ejercita el poder jurídico en poner en ejercicio la jurisdicción (acción), tiene como finalidad hacer valer la afirmación de derecho de un sujeto frente a otro (pretensión). Todo ello es desarrollado en una exposición de hecho en forma de alegaciones que constituyen el objeto propio de la demanda. El análisis de la demanda impone distinguir su eficacia, vale decir, si es suficiente por sí para iniciar y dar contenido a un proceso, de su éxito o rechazo respecto de la sentencia. Para ello es menester verificar que se encuentren cumplimentados los extremos de admisibilidad de la demanda (Fenochietto,… ob. citada, págs. 300 y ss., t.2).

Porque el tribunal y, en el caso, el juez de grado pueden suplir el derecho, pero no las consecuencias de un relato fáctico defectuoso y sin claridad necesaria.

Entre los requisitos esenciales de la

demanda es la cosa demandada, el objeto mediato de la petición, la suma precisa tratándose de dinero. Lo que no ocurrió en la especie y lo más grave, aún la sentencia dictada sobre abstracciones que realizó el aquo, y que conllevan por su incongruencia, a la nulidad.

Corresponde declarar la nulidad de la sentencia recurrida (cfr. Maurino, A., "Nulidades procesales", Buenos Aires, 1982, ps. 199/201), por ser incongruente con relación a la causa petendi; toda vez que declaró la prescripción de documentos sin que constituyeran los mismos el objeto de la acción, y menos aún haberse planteado dicha defensa procesal. El objeto fue el de obtener el reintegro a una sociedad e hipotéticamente a las ganancias generadas por ella, con base en un documento acompañado, el convenio de pago de fs. 4 que reconocería antecedente en una contratación social celebrada con anterioridad, no consistió en una mera exposición de los hechos, sino que debió ser evaluado y expedirse sobre tal situación y no sobre una deuda, de la que se había desistido su reclamación.

Siguiendo con el tema de la demanda y su objeto, la exactitud de lo demandado es requisito elemental de admisibilidad. La exactitud de referencia tiene dos destinatarios; en primer lugar, el demandado, y en segundo término, el tribunal.

En ambas situaciones la referida exactitud de la cosa demanda no importa exigir fórmulas sacramentales en el relato de los hechos, pues la exigencia se circunscribe en definitiva, a asegurar la defensa de los derechos y la igualdad de las partes ante el juez.

Pero sí constituye una carga para el

actor precisar el monto de la pretensión, es decir, determinar con precisión y claridad lo reclamado a fin de que el accionado pueda efectuar la refutación pertinente, allanarse, ofrecer prueba, permitiéndole de tal forma el eficaz derecho de defensa. Pero la ley procesal se fundamenta en el principio dispositivo, en virtud del cual los justiciables deben suministrar los hechos jurígenos al tribunal: "no solo el juez no puede resolver sin demanda, sino que tampoco nada distinto o que esté fuera de la demanda".

Además, la precisión exigida comprende también al monto reclamado, responde al principio de congruencia con fundamento en el art. 18 de la CN, pues si la sentencia excede cualitativa o cuantitativamente el objeto de la pretensión menoscaba el derecho de defensa del demandado.

Un parámetro a tener en cuenta por el juez de la causa lo constituye sin duda la certeza que dicha demanda por la gravedad del vicio no puede ser subsanada ni mejorada, lo que no observó el Aquo y decidió tratar y expedirse sobre los documentos acompañados que no fueron objeto de la litis (me refiero a los pagarés) porque a fs. 33 expresamente la actora desistió de la deuda, mientras reclamó por un porcentaje (de frutos) de una sociedad cuya existencia se desconoce porque no aportó prueba alguna y que el actor no integraba al momento de suscribirse el convenio de pago.

La sentencia conlleva una nulidad insalvable insubsanable en esta instancia por el recurso de apelación, y así lo dispongo.

La demanda debe ser desestimada, conforme todo lo expuesto y que brindo como argumento,

por cuanto el estadio al que alcanzó el entuerto estimo que no puedo rechazarla in limine.

En síntesis se desestima por cuanto no existe precisión del concepto ni del monto ni del período comprendido, del denominado 50% de frutos del negocio, por omisión de cualquier prueba que induzca a una determinación o demostración de lo pretendido.

Por ausencia de demostración de los daños peticionados por el incumplimiento del convenio de pago, que se encontraron sin cuantificar al momento de demandar, como daño emergente, lucro cesante y daño moral ni acreditar de alguna forma la existencia misma del daño invocado tornando el reclamo inviable.

Siendo imposible apartarse de las señeras pautas doctrinales, el daño patrimonial, para ser resarcido, requiere la existencia de consecuencias valuables económicamente, ello se ignoró en el escrito de demanda, es decir, en la pretensión. Es que, el derecho de daños no es sancionatorio, sino resarcitorio, por ello, no se detiene en la lesión, sino que averigua sus resultados; si y cómo la lesión ha gravitado en la esfera patrimonial o espiritual de la víctima. La lesión no es el daño y sí su causa (Zavala de González, M., ”Resarcimiento de daños”, t.2, p. 105).

El demandante tiene que probar la existencia del daño, inexcusablemente, so pena de no recibir reparación alguna, en razón de que, como ya se dijo anteriormente, debe haber algo que reparar (Belluscio, “Cód. Civ…”, ed. Astrea, pág. 705).

La indemnización de daños y perjuicios lleva implícita la realidad de estos, para su establecimiento judicial, se requiere la comprobación

suficiente de tal realidad (CS, 1-11-99, "Rosa, Carlos A. c/ Estado Nacional, RED 35-521, p, VIII-A-101).

La entidad e importancia del daño resarcible es carga probatoria de quien la invoca (Llambías, "Obligaciones", t.1, n. 248, pág. 281, LL, 130-769). Es decir, su entidad, existencia, importancia y la cuantificación de los invocados daños no existió en el pleito.

Estando en presencia de un supuesto de responsabilidad contractual que se rige por el art. 522 del Cód. Civil. La índole del hecho generador de responsabilidad y las circunstancias del caso a que se refiere la norma, son las que determinan su procedencia. Dijo reiteradamente la jurisprudencia sobre el carácter de excepción del daño moral en el incumplimiento contractual (CNFed.,Civil y Com. Sala I marzo 7-96 DJ 1996-1-1168, y JA 21-2-96), en principio es necesaria la prueba de su existencia en virtud de carácter resarcitorio, y si se ha relevado a los damnificados de la carga de la prueba en otros fallos de este mismo cuerpo ha sido porque el daño resulta de las mismas circunstancias del caso, que en el presente no lo autorizan dado la orfandad total de pautas y presupuestos, y acreditaciones conducentes.

La índole del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso (limitación del art. 522 del Código Civil), supedita la procedencia.

No obra constancia alguna del sufrimiento en el espíritu del actor, por otra parte la desidia e imprevisión con que obró al momento de dejar pasar más de 10 años de la celebración del convenio de pago y otro lapso prolongado de similar entidad desde

el incumplimiento de la cuota faltante para exigir, llevan a la convicción de que el mismo no existió, además de no haberse valuado al incoar demanda, tampoco se arrimó prueba alguna al respecto corriendo la misma suerte adversa que los otros rubros.

Las costas de ambas instancias (art. 282 del CPCCCh) las impongo a la parte actora conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 del ritual). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1.- Decretar la nulidad de la sentencia definitiva nro. 44/2008 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 de la jurisdicción.

2.- Rechazar la demanda incoada por R. A. O. B., según considerandos respectivos.

3.- Costas en ambas instancias al actor, según considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios profesionales al momento del Acuerdo.

4.- Tener presente la reserva del caso federal.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación de la sentencia de fs. 214/215 que rechaza la demanda interpuesta por el Sr. R. A. B. contra la Sra. I. L. de T., por incumplimiento de contrato referido al instrumento de fs. 4/6, denegando asimismo la indemnización por lucro cesante, daño emergente y daño moral. Impone las costas al actor y

regula los honorarios.

A fs. 226/229vta. se agrega la expresión de agravios del actor. El primero se basa en considerar el a-quo que el curso desarrollado por la acción intentada ha convertido en natural la obligación de la demandada.

Señala que se confunde el alcance del desistimiento de fs. 33, ya que éste se refiere sólo a la acción y no del derecho. Lo que se requería con la demanda era el 50% de los frutos del comercio de la demandada, por existir un incumplimiento con base en una obligación civil.

Sostiene que otro desacierto es el considerar la deuda como prescripta, dando las razones por las que no se encuentra prescripta. Agrega que no ha existido reconocimiento de la prescripción y que el juez no puede suplir de oficio la misma.

El segundo agravio se dirige al avasallamiento al principio legal sobre las convenciones hechas en los contratos y transcribe la cláusula quinta del convenio, lo que dio lugar al reclamo de lucro cesante, daño emergente y daño moral y desde el 27 de abril de 1994 el 50% de los frutos del comercio así como las cuotas impagas.

El tercer agravio alude al quebrantamiento de la teoría de los actos propios, ya que el origen del convenio tiene como fundamento la disolución de un fondo de comercio, que es reconocida en el mismo, así como la deuda, de allí que la actitud del Juez contradice los actos de la accionada, previos a la interposición de la demanda y la posterior confesión judicial en cuanto a la calidad de deudora. El cuarto agravio se refiere a la violación del

principio de integridad del pago, al entender el juez que el instrumento ha sido pagado casi íntegramente, por lo tanto la pretensión de la actora es un acto abusivo, arrogándose funciones de legislador. De las cláusulas del acuerdo se infiere que sólo el pago íntegro impediría cualquier acción proveniente de la relación de la sociedad de hecho. Hace expresa reserva del caso federal.

Se observa de la lectura de la demanda que ésta no pudo nunca superar la presentación. El objeto de la misma es daños y perjuicios por incumplimiento de un convenio de pago, requiriendo lucro cesante, daño emergente y daño moral con más los intereses y costas.

Luego narra los hechos y dice acompañar un contrato de transferencia de fondo de comercio que confunde con un convenio de pago-reconocimiento de deuda. De este último, sostiene que surge la venta por parte de la demandada del 50% de la sociedad de hecho sobre el negocio "Librería P. y C.", indicando el monto de la operación. Obligándose al pago de 37.000 dólares, habiendo cesado el cumplimiento la Sra. L. en febrero de 1996 al pago de las tres últimas cuotas.

A fs. 33 desiste de la deuda impaga y aclara "que pretende que se le reconozca el 50% de los frutos del comercio, toda vez que al haber caído en incumplimiento de la deuda impaga sigue siendo socio del fondo de comercio que gira bajo la firma "P. y C.".

El demandado contesta demanda, ofrece prueba y acompaña como documental el poder para juicios. El sentenciante corre traslado de la documentación y la actora contesta traslado negando hechos, narra la realidad y hasta niega y desconoce el

derecho en que se funda el demandado.

Y sin que ello suscite en el juez y sus colaboradores ninguna consideración (contestación de la contestación), se agrega el escrito y se tiene "por contestado el traslado de fs. 47".

Proveída la prueba se advierte que la constancia de fs. 71 no lleva firma del secretario. Sin aclaración alguna la testimonial de fs. 168 no lleva la firma del Sr. Juez y no se ha consignado la respuesta a la décima segunda repregunta. Asimismo, la actora no produjo la prueba a AFIP, pericial contable, y caligráfica.

Y me he permitido detallar sucintamente lo acontecido en el expediente para señalar las falta de cumplimiento del sentenciante, director del proceso de lo que disponen los arts. 34, 35 y 36 del CPCCh, ya que no advirtió que el reclamo carecía de las exigencias del artículo 333 del CC, ya que no se conoce con exactitud cuál es el reclamo por daño moral, lucro cesante y daño emergente. No sólo no se especificó monto sino no se acercaron bases o parámetros para poder valorarlo. Todo ello admitido por el demandado.

Por su parte la actora, reconoce que la sociedad se disolvió, no obstante en una interpretación antojadiza, pretende ante el incumplimiento de pago, convertirse en socio. No sólo evidencia confusión en la petición inicial, la que trata de subsanar sino que deja caer pruebas.

Con todo ello se dicta sentencia, con considerandos que no se condicen con lo requerido. Excede el Juez el alcance del iura novit curia y determina que la deuda reconocida por la demandada se encuentra prescripta, sin advertir que no estaba a

consideración la misma ya que la actora desistió y que el ordenamiento procesal veda la posibilidad de declarar de oficio la prescripción. En el mejor de los casos si entendió que el demandado había opuesto excepción de prescripción al decir "que se encuentra prescripta" (fs. 44vta.) olvidó lo que prescribe el código de rito en sus arts. 346 y sgtes.

Y dije al comenzar que la demanda no debió ir más allá de la presentación, ya que debió advertirse que no cumplía con los requisitos del art. 333 del CPCCCh y hacer uso de las facultades que le otorga el art. 340, pues el juez es quien debe examinar la concurrencia de los presupuestos, es decir de los supuestos previos, los requisitos sin los cuales no existe la relación jurídica procesal, sosteniéndose que los presupuestos procesales son requisitos "para que la relación jurídica procesal ya creada pueda conducir a una tramitación sobre el fondo y resolución sobre él" (Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T.III, pág. 171/172, citado por Scolarici en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T.6, pág. 427 y sig.).

El juez debió examinar oficiosamente la concurrencia de los requisitos procesales antes de dar curso a la demanda, exigiendo se subsanen las deficiencias si advierte su posibilidad o rechazarla in límine. Nada de eso hizo, y como señala Goldschmidt, "en el juicio de atendibilidad, no puede atenderse una petición procesal (una demanda o una aportación de prueba, por ejemplo) que no sea seria. Dicha "inatendibilidad" estaría dada por la falta de un grado mínimo de seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia" (autor y obra citada).

Ante esta falta de dirección del proceso, se sustanció la causa, arribando firmes a esta instancia todos los errores procesales que ya marcara, con el final previsible.

El a-quo dicta sentencia y resuelve sobre lo no pedido, más allá que pudiese valorar el acuerdo y los reconocimientos que efectuó la demandada respecto al incumplimiento, ya que solicitaba un resarcimiento con base en ello, pero no más.

Asimismo, no justifica el rechazo del 50% de los frutos del comercio, toda vez que carece de fundamento el argumento de que se haya pagado la casi totalidad de la deuda.

Todo ello me lleva a coincidir con la Dra. García Blanco en cuanto declara la nulidad de la sentencia.

Ha señalado la Corte que una sentencia que carece de fundamento jurídico es insostenible, es un mero capricho del juzgado o viola la defensa en juicio.

No puede el juzgador fallar sobre hechos no alegados, aunque su existencia resulte de la prueba dada, ya que ésta sólo puede versar sobre los hechos invocados, no debe decidir acerca de una acción no ejercida en los escritos (desisto del punto 6 del segundo párrafo del reclamo, fs. 33; se reclama la deuda impaga fs. 23) ni sobre simples alegaciones sobre lo no pedido (la actora busca el cobro de los documentos adeudados (lo que no era cierto ante el desistimiento); lo que se encuentra prescripto (fs. 44vta.), puesto que nos encontramos ante una sentencia que basa su rechazo en lo no reclamado.

Retornando a las pretensiones de la

actora, si entendí que no debía pasar el valladar inicial, lo alegado al comienzo del voto, lo confirma, toda vez que no sólo debió enunciar lo pretendido el 50% de los frutos del comercio, sino la causa que provoca el reclamo, resultando imprescindible dar razones y probarlas, pruebas que fueron cayendo ante la inoperancia del letrado.

En nada modifica lo decidido lo que surge de la cláusula 5ta., más, lo corrobora, "CLAUSULA QUINTA: La falta de pago de dos cualquiera de las cuotas implicará la declaración del vencimiento de los plazos acordados y convenidos, dando viabilidad a la reclamación inmediata de la totalidad de la deuda y sus accesorios contra los obligados al pago, conforme el compromiso asumido en el presente y en la extensión de la cláusula precedente" no surgiendo de modo alguna que pudiese reclamar el 50% de los frutos de un negocio del que no formaba parte.

Pretender en esta instancia valerse de los errores del a-quo para revertir la decisión no es suficiente cuando es la actora quien con su accionar desde el comienzo ha llevado a que se decida rechazar la demanda.

Las costas de ambas instancias a la actora apelante vencida.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la tarea de los profesionales, la inoficiosidad de la presentación, el resultado obtenido y demás pautas de los arts. 5, 6, 8 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara dijo que coincide con la fórmula postulatoria de la Dra. G. Mercedes García Blanco.

En este estado, las Sras. Juezas de Cámara que han logrado mayoría dicen que habiendo diferido para este momento la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, y no resultando posible la formulación de ningún tipo de "base económica" con fundamento en pautas objetivas, en atención a la desestimación de la demanda por los motivos que expusieran, corresponde resolver de acuerdo con el espíritu que domina la ley de aranceles y los fines que las inspiran, debiendo protegerse el trabajo profesional.

En consecuencia, ponderando la labor efectivamente desarrollada en autos por los letrados intervinientes, en consideración al interés defendido, la calidad, importancia, significación y cantidad del trabajo realizado en la primera instancia, corresponde regular los honorarios de los Dres. J.R.V. y D.C.S. conjuntamente por su actuación en la primera etapa en la suma de pesos mil doscientos ($1.200), y a los Dres. J.R.V. y J.L.D. por su actuación en la segunda etapa conjuntamente en la suma de pesos mil ($1.000); los de la Dra. A.T., por su actuación hasta fs. 178 en la suma de pesos setecientos ($700) y los del Dr. O.J.R. en la suma de pesos quinientos ($500). Por los trabajos realizados en esta Alzada se regulan los honorarios a favor del Dr. O.J.R. en la suma de pesos trescientos ($300).

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. Melero, la siguiente

SENTENCIA:

1) Decretar la nulidad de la sentencia definitiva nro. 44/2008 del Juzgado Letrado de Primera

Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 de la jurisdicción.

2) Rechazar la demanda incoada por R. A. O. B., según considerandos respectivos.

3) Costas en ambas instancias al actor. Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J.R.V. y D.C.S., conjuntamente por la primera etapa, en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS ($1.200), a los Dres. J.R.V. y J.L.D., conjuntamente por la segunda etapa, en la suma de PESOS MIL ($1.000), a la Dra. A. A. de T. por su actuación hasta fs. 178, en la suma de PESOS SETECIENTOS ($700) y al Dr. O.J.R. por la segunda etapa en la suma de PESOS QUINIENTOS ($500). Por los trabajos realizados en la alzada se regulan los honorarios profesionales del Dr. O.J.R. en la suma de PESOS TRESCIENTOS ($300).

4) Tener presente la reserva del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"