En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de abril del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C. C. A. D. P. S.A. C/ B. B. F. S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 181 - Año 2011)** venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial (Expte. 457/03), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Se ajustan a derecho los honorarios regulados a los profesionales intervinientes en el proceso? y **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 695.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

1) Antecedentes y la Sentencia.

Llegan los autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia por la parte actora (fs. 642), el que fuera concedido a fs. 646; y por la demandada (fs. 650 y 657), siendo concedidos a fs. 651 y 658 respectivamente. Asimismo, la parte actora ha interpuesto recurso de apelación con respecto a los honorarios de los profesionales de la parte demandada y de la perito contadora actuante en autos por "altos" y, a su vez, el letrado de la parte actora -por su derecho- ha recurrido de la regulación de sus honorarios por considerarlos "bajos"; recursos que han sido concedidos a fs. 646 de autos.

La sentencia recurrida ha admitido parcialmente la demanda entablada por C. C. A. D. P. S.A. contra B. B. F. S.A., condenando a ésta al pago de las

sumas que se determinarán en el etapa de ejecución de sentencia, correspondientes a la diferencia de cambio en el valor de la moneda dólar, intereses adeudados y gastos por débitos, con más los intereses indicados en el Considerando N° 3. Las costas fueron impuestas a la parte demandada, regulándose los honorarios de los letrados actuantes en el proceso y los de la perito contadora.

Ha plasmado la sentencia de la inferior que no está controvertido que al 24 de Octubre de 2001 la actora y la demandada se encontraban vinculadas por un contrato de Cuenta Corriente Bancaria, identificada con el N° ***-**-******-*-**, de la Sucursal de Puerto Madryn. También que a esa fecha la demandada procedió a debitar de la citada cuenta la suma de $ 1.045.473,78.- de la siguiente manera: $ 794.485.- que se encontraban depositados en la misma y el resto de la autorización para girar en descubierto que tenía a su favor la accionante.

Como consecuencia del proceder descripto, C. S.A. inició las acciones caratuladas: "C. C. A. D. P. S.A. en los autos C. C. A. D. P. S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO, Expte. N° 7, F° 64, Año 2000 S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" (Expte. N° 493, F° 192 Año 2001) en la que se admitió la medida solicitada, ordenándose a la entidad bancaria a reintegrar las sumas detraídas, lo que fue confirmado por la Sala "B" de la C.A.NE. Finalmente, el 16 de Abril de 2002 la demandada restituyó las sumas descontadas.

La sentenciante determinó que el reclamo de la actora debe encuadrarse dentro del ámbito de la responsabilidad *contractual*, resultando entonces indispensable acreditar los siguientes requisitos: conducta antijurídica imputable a la demandada a título de dolo o culpa, el perjuicio ocasionado a la actora y su nexo causal con el segundo.

Afirma la Magistrada a quo que con las constancias de los procesos sobre "Medida Autosatisfactiva" y el "Concurso Preventivo" que tuvo a la vista,

ha quedado probado que el débito que realizara el B. F. S.A., hoy B. B. F., contravino lo dispuesto por la ley 24.522. Agrega que al momento del débito la actora estaba en concurso preventivo, lo que genera determinados efectos tanto para el deudor como para sus acreedores los que deben ser respetados por unos y otros. Los acreedores preconcursales, dice, deben adecuar sus procederes para obtener el cobro de sus acreencias a las pautas que establece el ordenamiento concursal. La demandada, haciendo caso omiso de las citadas normas, procedió a apropiarse de fondos depositados en la cuenta de la sociedad concursada sin intervención del Síndico actuante ni autorización judicial, con el fin de obtener el cobro de una deuda preconcursal.

Continúa diciendo la sentencia que del expediente N° 7/2000 (fs. 8964/9067) surge que el B. E. de A. S.A. obtuvo el reconocimiento de su crédito, mediante la verificación tempestiva, de la suma de $ 1.045.473,78.- con privilegio especial sobre el inmueble individualizado como Manzana * bis, de P. S. J., Provincia de Santa Cruz. Este acreedor o quien luego fuera su continuador, B. B. F. S.A. debía, para obtener el cobro de su crédito, iniciar el concurso especial sobre el inmueble referido, pero de ninguna manera proceder como lo hizo, disponiendo de fondos de la actora. Ha considerado también relevante la Magistrada sentenciante que con respecto a la cuenta sobre la cual se practicara el débito, había sido solicitado su cierre por la concursada con fecha 19/04/01, conforme surge de los autos sobre la Medida Autosatisfactiva.

De acuerdo a los postulados de la sentencia, no quedan dudas que el obrar de la entidad bancaria no se ajustó a derecho, pues no respetó la normativa propia del derecho concursal, que resultaba de aplicación obligatoria; realizó un débito conforme a una autorización otorgada respecto de una cuenta distinta que mantenía con el B. E. S.A. y que fue cerrada el 19/04/01; e incumplió con el deber de información que impone el art. 4 de la Ley de

Defensa del Consumidor, aplicable al caso y que se extiende durante la vigencia del contrato.

Por otro lado, ha dicho la Jueza del inferior, la conducta del banco aparece reñida con el deber de buena fe que impone a los contratantes el art. 1198 del C.Civil, no solo en el momento de celebración del contrato sino durante la ejecución del mismo y que impide al Banco contratante una actuación contraria a los buenos usos y prácticas bancarias, debiendo adecuar su conducta al estandar ético del buen profesional.

A la luz de los hechos probados en autos, conforme la sentencia, el Banco realizó un débito al que no estaba autorizado a efectuar, no resultando atendible el argumento de la demandada en cuanto a que el apartamiento del régimen de convertibilidad resultó un hecho imprevisible y que por ello no debe responder de sus consecuencias. La medida autosatisfactiva se dictó el 30 de Octubre de 2001, estando vigente aquél régimen, pero resistida por la demandada, quien reintegró las sumas debitadas pasados casi dos meses del dictado de la sentencia de la CANE. que confirmara la medida dispuesta en primera instancia. Argumenta la Magistrada a quo que si bien el abandono de la convertibilidad resultó de alguna manera imprevisible, las consecuencias que de él devinieron pudieron ser paliadas con un obrar acorde de la entidad bancaria a fin de no agravar u causar un perjuicio mayor a la actora. Frente a ello -ha dicho la a quo- el banco no cumplió, no pudiendo avalarse su incumplimiento en una decisión de gobierno. Su obrar en las condiciones analizadas -agregó- resulta incompatible con el debido en el cumplimiento de la función profesional para la que fue creada la entidad bancaria y que excede la mera negligencia o imprudencia, configurando un actuar doloso, entendido aquí como el propósito deliberado de no cumplir.

Ante la admisión de la conducta antijurídica de la entidad bancaria, la sentencia debió determinar el perjuicio que tal proceder le ha provocado a la actora y su nexo causal con la misma.

La actora reclamó como daño *la diferencia de cambio* en el valor del Dólar como consecuencia del abandono de la convertibilidad entre el 24/10/2001 al 16/04/2002 en que las sumas fueron nuevamente acreditadas, teniendo en cuenta que a ese momento la suma reintegrada se vio disminuida en su valor adquisitivo y en relación a los costos operativos de la actora vinculados a la moneda estadounidense.

En base al informe de fs. 14/16 corroborado por la pericial contable producida en autos, la sentenciante concluye afirmando que la actividad de la actora se encuentra fuertemente vinculada al valor que registre el dólar estadounidense y que no resulta dudoso que nuestra moneda sin apoyo del dólar ha perdido su poder adquisitivo en el mercado interno en relación al que tenía cuando ambas monedas se encontraban en la misma paridad. Por ello, producido el débito en la cuenta de la demandada en pesos, estando vigente la ley de convertibilidad, el hecho de que se le reintegrara aquella suma no estando vigente la paridad cambiaria, le ha ocasionado un perjuicio, porque la suma reintegrada se vio disminuida en su valor adquisitivo con relación al dólar estadounidense e influyó en sus costos.

Por estas razones la sentencia admite el reclamo debiendo la demandada asumir la diferencia de cambio de la moneda dólar estadounidense desde el 24/10/2001 hasta el 16/04/2002, suma a determinase en la etapa de ejecución de sentencia.

Con respecto al reclamo en concepto de *intereses*, la sentencia evaluó que la demandada debitó de la cuenta de la actora la suma de $ 1.045.473,78.- la cual le fue reintegrada el 16 de Abril de 2002, por lo que la actora se vio privada de disponer de dicha suma durante ese lapso, por lo que admitió los intereses por el período comprendido entre el débito y el reintegro. Con

respecto a la tasa de interés aplicable, dispuso la tasa activa del Banco del Chubut para sus operaciones de descuento.

La suma resultante, dice luego la sentencia, devengará a su vez los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde que la misma es debida hasta su efectivo pago.

Por último, trata el reclamo de los *gastos por los débitos* producidos en la cuenta corriente de la actora. La pericial contable determinó que los mismos ascendieron a la suma de $ 6.392,34.- en concepto de gastos, comisiones, intereses e impuestos. Por lo que ha admitido el rubro, con más los intereses a la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. desde la fecha en que fueron debitados hasta el efectivo pago.

2) <u>Los agravios de la parte demandada</u>.

2.1) <u>El encuadramiento de la acción entablada</u>.

Argumenta el quejoso que la acción entablada resultaba improponible lo cual imponía u rechazo. Esgrime que la Jueza no lo ha entendido así y mutó el enfoque y sustancia que la actora asignó a su demanda. Es así, según la queja, que la sentencia trastocando el reclamo actoral, previo encuadrarlo oficiosamente dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, condenó a su parte. De esta manera, según el agraviado, la Jueza confirió a la actora una acción que ella no había intentado y la cual no puede sustituir.

Esgrime en este punto que la sentencia violentó el marco del contradictorio produciendo grave afectación del derecho de defensa en juicio y alteró el equilibrio de las partes en el proceso, lo que connota arbitrariedad.

Esgrime luego que la Jueza analizó una demanda inexistente, introduciendo en el caso un análisis que no es el que había sido planteado por la accionante. Esta actividad oficiosa del tribunal fue ejercitada, según la queja, en franca violación del derecho de defensa de la demandada.

Reitera que la sentencia es arbitraria de toda arbitrariedad y que la Magistrada a quo sólo podía resolver el caso en función de la acción intentada por la demandante no pudiendo suplir, ni siquiera bajo la invocación oficiosa del iura novit curiae el yerro del litigante que equivocó el camino. Insiste en que no se instauró una acción de incumplimiento o cumplimiento de contrato sino de responsabilidad aquiliana por la comisión de un delito civil. La sentencia, dice el agraviado, crea ex novo una demanda por responsabilidad contractual cuando dicha acción no fue deducida en este proceso.

Insiste en que por no haber sido planteada por la actora no ha podido ensayar defensa alguna al respecto por lo que lo decidido por la Magistrada del inferior lo colocó en virtual indefensión.

Culmina el punto haciendo referencia a que en nuestro derecho hay dos sistemas de responsabilidad: contractual y extracontractual y quien resulta víctima de un daño no tiene dos acciones entre las cuales puede optar o acumularlas libremente, pues a ello se opone el art. 1107 C.Civ. El damnificado debe atenerse a uno u otro régimen salvo que el hecho dañoso derive en un delito del derecho criminal.

2.2) La responsabilidad por la variación del valor del dólar estadounidense con relación al peso.

Se queja el demandado porque la sentencia lo ha condenado al pago de la diferencia en el valor del tipo de cambio (entre el peso y el dólar estadounidense) durante el tiempo que duró la privación de sus fondos en la cuenta corriente. Afirma que el banco no debe cargar con las consecuencias del "hecho del príncipe".

Esgrime que en el caso de la responsabilidad contractual, la reparación alcanzará, en principio, sólo las consecuencias "inmediatas y necesarias" del incumplimiento (art. 520 C.Civ.) y sólo si el incumplimiento es

malicioso podrá extenderse a las mediatas (art. 521 C.Civ.). Lo que la sentencia le ha concedido en este punto a la actora es, según la queja, una consecuencia "mediata" de la cual la demandada no estaba ni está obligado a responder. Que ello se trató de una consecuencia remota: se vincula con otro hecho que no podría haber sido previsto ni evitado.

Afirma que las pautas de la condena en este punto constituye una verdadera "indexación" que está prohibida por la ley 25.561 y que las decisiones de la política monetaria adoptadas por la conducción económica de la Nación no pueden ser puestas en cabeza de su parte.

3) <u>Los agravios de la parte actora</u>.

3.1) <u>La omisión de condenar al pago del interés moratorio</u>.

Se agravia la parte actora -en primer término- porque la sentencia omitió condenar al pago del *interés moratorio* devengado sobre la suma que en concepto de diferencia de cambio del dólar estadounidense se produjo a la fecha de la devolución del capital.

Esgrime en este punto que sobre la suma que resulte por la diferencia de cambio de la divisa extranjera se omitió condenar al pago del *interés moratorio* por el período posterior al 16 de Abril de 2002. De esta manera la sentencia acoge parcialmente el reclamo demandado, lo cual motiva su apelación.

Sostiene la actora que la condena no tuvo en cuenta el objeto de la demanda precisado en la presentación de fs. 37 y 38 y en base a ello reitera que se ha omitido condenar al pago del *"…interés moratorio calculado respecto de la suma que por diferencia de cambio de la moneda dólar estadounidense adeuda la accionada desde el 16/04/2002, y ello hasta el efectivo pago…"*.

Remarca que el interés pretendido es distinto de aquél que corresponde a la efectiva privación del capital durante el lapso que correspondió a la apropiación, es decir el que transcurre entre el 24/10/01 y el 16/04/2002, que

debe calcularse sobre la suma apropiada. Advierto que el recurrente ha plasmado en este párrafo: "el 16/04/2001", pero entiendo que se trató de un error de tipeo.

Sostiene aquí la actora que la Juez a quo ha considerado como objeto del proceso el que originariamente fuera concebido al promover la demanda, sin tener en cuenta que con posterioridad fue ampliado y modificado en la presentación del 01/12/2003.

Sostiene que el daño debe ser resarcido en toda su extensión y queda comprendido dentro de tal obligación el interés moratorio, el que cumple una función resarcitoria al ser abonado por el deudor en concepto de perjuicio sufrido por el acreedor ante el retraso en el cumplimiento de la obligación.

3.2) <u>La omisión en determinar el tipo de cambio</u>.

El segundo agravio de la parte actora está dirigido a que la sentencia ha omitido consignar el "tipo de cambio" del dólar estadounidense que debe tomarse para establecer el importe por la diferencia de cambio que debe pagar la accionada. Entiende que debe tomarse para el cálculo la cotización del valor del dólar estadounidense al tipo "vendedor", en tanto ello representa la cantidad de moneda nacional necesaria para adquirir en el mercado local la moneda estadounidense.

Concluye haciendo el planteo del Caso Federal.

4) <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>.

4.1) <u>El encuadramiento de la acción entablada</u>.

En este punto el quejoso esgrime que la actora entabló su reclamo encuadrando la conducta del banco bajo la órbita de la responsabilidad "extracontractual" y la sentenciante consideró que se trata de un caso de responsabilidad "contractual" y como tal la analizó y resolvió.

Entre las quejas argumenta el demandado que la jueza confirió a la actora una acción que ésta no había intentado y a la cual no puede sustituir. Creo que, a tenor de las constancias de autos, la acción fue intentada por la parte actora pero fundándola en la responsabilidad extracontractual. Es decir, no estamos ante una acción que no se intentó sino que fue intentada con un encuadre jurídico y la sentenciante la enmarcó bajo la normativa que consideró que es la correcta y en base a ello decidió en su sentencia.

Esgrime luego el quejoso que la resolución objetada violentó el marco del contradictorio produciendo grave afectación del derecho de defensa en juicio y alterando el equilibrio de las partes en el proceso. Estas expresiones, como postulado para un agravio son realmente significativas, pero para que esta Alzada las someta a estudio y tratamiento se debe señalar con total precisión y fundamentación dónde, en qué y porqué se produjo la grave afectación del derecho de defensa en juicio, qué es lo que revela que se violentara el marco del contradictorio y de dónde surge con nitidez la alteración del equilibrio entre las partes en el proceso. Si no se procede de esta forma y se cumplen los requisitos referidos, el agravio no es tal y no es merecedor de ser analizado en esta instancia (arg. art. 268 CPCC). Surge del agravio que los requisitos mencionados no se han cumplimentado por el recurrente y de allí que sus dichos son simplemente discrepancias o disconformidades con lo resuelto que no alcanzan la categoría de "agravio".

A continuación dice el agraviado que la jueza *"…analizó una demanda inexistente…"*. Considero que estamos ante una nueva afirmación que no tiene sustento sólido, ni fáctico ni jurídico. Y digo esto porque no tengo dudas de que aquí se promovió una "demanda", la misma fue contestada por la parte demandada y luego se dictó sentencia. O sea, la demanda existió; de no haber sido así, el proceso no hubiera tenido tramitación de especie alguna ya que con ella es que se abrió la instancia. Por otra parte es

de la lógica más elemental que ningún juez puede analizar una demanda que no existe. Si no existe, no hay demanda; por lo tanto, no hay nada para analizar. La obviedad de lo que digo es tan manifiesta que me exime de profundizar el análisis.

Y en el desarrollo de lo expresado como queja en este punto llegamos a la afirmación del quejoso en cuanto a que la magistrada del inferior no pudo suplir ni siquiera bajo la invocación oficiosa del *iura novit curiae* el camino equivocado que tomó la parte actora el encuadrar la responsabilidad del banco como extracontractual. O sea, lo que el quejoso pregona es que por la vía de la aplicación del principio del *iura novit curiae* la Magistrada sentenciante no estaba facultada para determinar si la responsabilidad del banco demandado debía encuadrarse dentro de la órbita "contractual" o "extracontractual". En este caso, la actora la encuadró como "extracontractual" y la Magistrada a quo determinó que corresponde aplicar los postulados de la "contractual".

Ante lo planteado en la queja, he de detenerme en la subsunción normativa hecha por la jueza de origen, al entender que las pretensiones acogidas favorablemente en su sentencia debían encasillarse dentro de la órbita de la responsabilidad contractual. Adelanto que no es obstáculo para tal mudanza normativa el que la actora haya fundado su pedir en la responsabilidad aquiliana exclusivamente. Y es que en general y por imperio del brocardio *"iura novit curia"* se admite que el juez y la cámara no se encuentran vinculados por el derecho que invoquen los litigantes. En lo particular, frente al interrogante de la "opción" que plantea la coexistencia en nuestro derecho de los regímenes consabidos de responsabilidad, ha de repararse en que nada impide, pese al fundamento en el hecho ilícito que campea en todas las demandas, que el tribunal ejerza en libertad su facultad de elegir la norma o normas en que se ha de subsumir la concreta situación de hecho que da su causa al pedir de la actora (conf. LLAMBIAS,

J.J., “Obligaciones”, T. III, pág. 561; MORELLO, A.M., “Indemnización del daño contractual”, págs. 16 y 62, 2ª ed.; ídem, “¿Responsabilidad aquiliana o contractual?”, J.A., T. 1985-V, págs. 120 y sigs.; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “Derecho de las Obligaciones”, T. III, pág. 37; ALTERINI, A., “Responsabilidad Civil”, pág. 59). Ello, claro está, siempre que con tal elección no se menoscabe el derecho de defensa del demandado. Y en el particular tal riesgo está ausente, porque en modo alguno el quejoso demuestra en su fundamentación recursiva que se haya quebrado la igualdad de las partes en el proceso y/o su derecho de defensa en juicio. Advierto que en ningún momento menciona el recurrente cuáles han sido las defensas de las que se vio privado de oponer y -ya lo dije antes- en dónde radica la alteración en el equilibrio de las partes en el proceso.

Tengo en claro que cualquiera fuese la forma que se hubiere dado a la demanda, los fundamentos en que se haya apoyado o las consideraciones sobre cuáles fueron los hechos relevantes de la relación, todo ello debe ser juzgado atendiendo a que el manifiesto y expreso objetivo de la actora es que se le indemnicen los perjuicios sufridos por la cantidad de dinero que le fuera indebidamente retenida por parte del banco demandado.

No advierto que haya aquí visos de absurdo ni de la denunciada arbitrariedad, ni hay conclusiones ilógicas o sin sustento. Lo que pretende el recurrente, en su errático discurrir, es sustituir -con su particular interpretación de los hechos- la función que corresponde a los jueces. Sin embargo, por más respetable que pueda ser su opinión, eso no autoriza -por sí solo- a suplir con su criterio al de la magistrada de la instancia inferior (conf. SCBA, Ac. 81.769, 05/03/2003; Ac. 84.565, 03/03/2004; Ac. 94.530, 07/02/2007, entre otras muchas, cit. en SCBA, 11/03/2009, “Jesse, C.J. c/ Torres, H.D.”, LLOnline: AR/JUR/2984/2009).

El recurrente esgrime que la Magistrada a quo no estaba facultada por el principio *“iura novit curia”* para proceder como lo hizo y que ha caído en

arbitrariedad. Remarco que en ningún momento ha explicado dónde radica la "aritrariedad" de la sentencia; es decir que simplemente la pregona sin demostrarla.

No es necesario detenerme en analizar si era necesario que la Jueza a quo invocara este principio o si, en cambio, bien pudo resolver la cuestión que se le planteaba sin alusión alguna al mismo. Me basta con sostener que, al proceder como lo ha hecho, la Magistrada sentenciante de ninguna manera ha modificado los hechos particulares ni las bases fácticas planteadas, ni ha afectado la relación procesal entre las partes (circunstancias todas ellas que hubieran violentado la recta interpretación del instituto, provocando el quiebre de otros principios como el de posibilitar la defensa en juicio y el debido proceso). Y ello porque, al sentenciar de la manera en que lo hizo, ha dado respuesta a lo que era el expreso objetivo que la parte actora tenía al promover la litis: ser indemnizada por *"…los daños y perjuicios derivados de la apropiación de fondos que llevara a cabo en la cuenta corriente N° ***-**-******-*-**…Se reclama la reparación patrimonial…"* (fs. 27). A esto es a lo que el accionado tuvo oportunidad de oponerse: pudo ejercer defensas, ofrecer y producir pruebas, y aun recurrir de la sentencia; no ha habido -entonces- una alteración de la *causa petendi*.

Casi huelga agregar, por lo que llevo dicho, que no se advierte por parte de la Jueza a quo que haya incurrido en absurdo al valorar la prueba, como así tampoco que se haya cometido un error de juzgamiento tal que implique la denunciada "arbitrariedad".

Es que para afectar el principio de congruencia procesal, el juez debe incurrir en un error "in procedendo", si el decisorio no respeta los requisitos de lugar, tiempo y forma que condicionan la validez de los actos procesales, o un error "in judicando" que abarca los casos en que el juez no decidió conforme a las reglas sustantivas que regulan la materia, alteraciones que no se encuentran presentes cuando el magistrado aplica el

principio *"iura novit curia"* al dar el encuadre jurídico correspondiente, independientemente del *"momen iuris"* utilizado por las partes para calificar la relación que las uniera.

Consiguientemente, pierden vigencia las quejas en el sentido de que la Sra. Jueza a quo violentó el derecho de defensa en juicio y alteró el equilibro de las partes en el proceso. Nada de ello ocurrió en el "sub lite" en donde se le dio la calificación jurídica correspondiente a la responsabilidad que tuvo el banco demandado y por la cual debe responder ante la reclamante.

Lo que hasta aquí llevo dicho y analizado, conduce irremediablemente a que no comparta la postura del quejoso en cuanto afirma que ni siquiera bajo la invocación oficiosa del *"iura novit curia"* podría la Jueza a quo suplir el yerro del litigante que equivocó el camino. Es que en virtud del mencionado principio, plasmado en el artículo 165, inciso 5°, del ritual provincial, el juzgador debe dar al complejo de hechos relatados por las partes el encuadre jurídico que corresponda y examinar la sustancia de las pretensiones y oposiciones de acuerdo a su verdadera significación, claro está, siempre dentro de los hechos o categorías de hechos puntualizados en la etapa introductoria del proceso (conf. SENTIS MELENDO, "Iura Novit Curia", en Rev. Der. Procesal, 1947, 2ª parte, pa´g. 208; ALSINA, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", T. II, pág. 246).

Hasta ahora hemos visto que la juzgadora se limitó a calificar la relación que ligó a los justiciables de una manera determinada y en base a ello ubicar dentro del marco de la responsabilidad contractual la que se le debe atribuir al demandado, siempre dentro de los límites de la vinculación que los relacionara, por lo que en forma alguna -como ya lo he señalado- puede llegar a pensarse que violentó los principios procesales sentados precedentemente. Tampoco se vulneró el principio de congruencia atento la forma en que decidió el litigio la inferior.

Es que en estos casos deben seguirse las enseñanzas de CHIOVENDA en el sentido que la acción se individualiza por los hechos y no por la norma abstracta de la ley (“Principios de Derecho Procesal Civil”, T. I, pág. 328).

Dando respuesta a la postura esgrimida por el agraviado, es necesario dejar sentado aquí que el principio *“iura novit curia”* es aplicable si del examen de lo actuado se desprende que la acción puede prosperar por alguna razón justificadora de la imputación, aunque no sea esgrimida por el actor, ya que la “causa petendi” en la responsabilidad civil resarcitoria es la producción de un daño injusto, de donde, si hay alguna razón para que el accionado responda, la pretensión no puede ser rechazada, ya que el juez debe indagar -inclusive oficiosamente- la existencia de algún motivo para fundar la responsabilidad, sustituyendo, en su caso, el invocado por el pretensor (conf. CNCiv., Sala H, 01/11/05, in re “Mazzuca, A.R. c/ WAR Construcc. S.A.”, LLOnline: AR/JUR/7403/2005).

Mi postura es muy clara y la sostengo porque la función del juez que se enuncia en el adagio latino en tratamiento, es suplir el derecho que las partes invocan o que le invocan mal. Es consecuencia de ello, que los hechos del proceso deben ser invocados y probados por las partes, pero en lo atinente al derecho aplicable el juez debe fallar, conforme a lo que él considera y razona como conducente a la decisión del proceso. Lo dicho ha llevado a BIDART CAMPOS a sostener que *“el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar”*.

Por otra parte, no puede argüirse en contra de lo expuesto la posible violación del derecho de defensa o de una posible indefensión, como hace aquí el agraviado, ya que la doctrina mayoritaria sostiene ya desde hace tiempo que frente al “derecho aplicable” no se puede argumentar el derecho de defensa, ya que hay que prever la cuestión constitucional, dentro de ese derecho de defensa y no tenerlo en cuenta por las partes, sólo sería una imprevisión que puede atenderse y que sólo sería imputable a

ellas. En tal sentido, no sólo BIDART CAMPOS ha manifestado su adhesión a esta doctrina, sino otros autores de talla, como HITTERS, J.C. (ED, 116-20) y RAMIREZ BOSCO (conf. CNATrab., Sala VII, 30/08/05, LLOnline: AR/JUR/4006/2005).

El camino que he transitado hasta aquí me conduce a afirmar que resulta inviable la revisión de la sentencia si se pretende introducir una discusión sobre la naturaleza jurídica de la acción, toda vez que las restricciones a la actividad del juez se refieren al conocimiento de los hechos, en relación a los cuales debe limitarse a lo que han alegado las partes, pero no a la elección del derecho objetivo, pues el juez como órgano del Estado tiene el deber de conocer la ley y aplicarla en la materia sobre la cual es llamado a juzgar (conf. S.C.J.Mendoza, Sala II, 14/10/03, LLGran Cuyo 2004 (marzo), 165).

En este caso y conforme ya lo he remarcado, la acción intentada tuvo como objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la conducta esgrimida por el banco demandado al apropiarse indebidamente de fondos de propiedad de la actora. Tal "causa petendi" en función de la plataforma fáctica esgrimida -insisto en esto- no ha sido modificada por el juzgado de primera instancia, quien al sentenciar ha calificado la relación sustancial de la "litis" determinando las normas que la rigen. Y ello, a pesar de lo que afirma el quejoso, es correcto, porque en uso del principio que estoy analizando se permite al juzgador calificar la acción aunque las partes le hayan dado otra denominación, si del estudio de los hechos que ellas prueban y sobre los cuales arguyen, resulta en criterio del magistrado que puede variar la determinación de aquél, mientras la relación procesal emergente de la respectiva posición de las partes no se haya cambiado, ni el objeto perseguido mediante la acción o la reconvención tampoco (conf. CNCiv., Sala F, 25/11/65, ED, 14-743; ídem, 22/06/83, LL 1983-D, 146; ED,

105-357; CNCont.Adm.Fed., Sala I, 23/11/95, LL 1996-D, 123; DJ, 1996-2-537; ED, 168-409).

Es que se haya o no mencionado expresamente el principio *"iura novit curia"*, lo cierto es que conforme a esta regla el juzgador tiene no sólo la facultad sino el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, ello por cuanto no son las normas jurídicas citadas por aquéllas, sino los hechos los que determinan el derecho que corresponde aplicar, ya que pertenece al juez, según disposición del art. 163, cinc. 6° del Cód. Procesal (art. 165, inc. 6° del ritual provincial), calificar las pretensiones deducidas según correspondiere por ley (conf. Cám.Civ.Com.San Isidro, Sala I, 28/03/89, LL 1989-D, 335; DJ 1989-2, 1043).

Como conclusión de este punto y en base a lo que he desarrollado hasta aquí, resulta más que evidente que no acompañaré al demandado en su agravio y, a contrario de lo que sostiene en su fundamentación del recurso, afirmo que el principio *"iura novit curia"* resultó legítimamente aplicado en el dictado de la sentencia en crisis al encuadrar la Magistrada a quo la responsabilidad del banco demandado dentro de la órbita "contractual" y no de la "extracontractual" como lo calificara la actora en su demanda. Y su procedencia es indudable dado que dicho principio -como hemos visto supra- impone al juez el deber de calificar los hechos, subsumiéndolos en las normas jurídicas que los rigen, aun con prescindencia de los fundamentos y lo que opinen las partes sobre la calificación jurídica de los mismos (conf. CSJN, LL 1977-A, 259 y 1977-D, 105) citado por MORELLO-SOSA-BERIZONCE, "Códigos Proc…", Abeledo Perrot, 1986, T.II C, págs. 73/74); principio que tiene como límite no modificar los presupuestos de hecho del caso (íd. íd., 1977-B, 544), ni convertir una acción en otra ni siquiera virtualmente invocada por las partes, ni modificar los términos en

que quedó trabada la litis, ya que ello importaría conculcar lisa y llanamente la garantía de la defensa en juicio faltando a las reglas del debido proceso, que tiene raigambre constitucional, lo mismo que el principio de igualdad ante la ley. Nada de esto último se da en la especie y de allí que el agravio no tenga sustento y corresponda su rechazo. Así lo propongo al Acuerdo.

4.2) <u>La responsabilidad por la variación del valor del dólar estadounidense con relación al peso</u>.

La parte actora ha reclamado como daño *"…la reparación patrimonial consistente en la diferencia de cambio peso/dólar estadounidense entre la fecha de la apropiación y el día de la efectiva restitución de la suma apropiada…"* (fs. 27 de la demanda). En apoyo de esta petición argumentó que *"…con la eliminación del régimen de cambio impuesto por la ley 23.928, y el consiguiente deterioro de la moneda nacional en relación a esa moneda extranjera se produjo un quiebre, un antes y un después en su actividad, fundamentalmente en sus costos…Al 24 de octubre de 2001 –fecha de la apropiación- el valor de cambio peso/dólar era el establecido según la ley 23.928 ($ 1 = u$s 1), el que así se mantuvo hasta el dictado de la ley 25.561 de emergencia pública y modificación del régimen de cambio, y el posterior decreto 71 del Poder Ejecutivo del día 2 de enero de 2002 que en su art. 1° fijó el valor de cambio de la moneda nacional en relación a la divisa extranjera a razón de $ 1,40 = u$S 1. La diferencia de cambio que tuvo el punto de arranque con el dictado de la ley 25.561 ocurrida durante el tiempo que la mandante se vio privada de su dinero, implicó al lograr la restitución de la suma de dinero usurpada la reincorporara disminuida en su valor adquisitivo en relación a sus costos operativos…"* (fs. 29 vta./30).

La sentencia, aludiendo que la actividad de la actora se encuentra fuertemente vinculada al valor del dólar estadounidense, que nuestra moneda perdió su poder adquisitivo en el mercado interno en relación al

que tenía cuando el dólar y el peso eran equivalentes y a que esa paridad no estaba vigente cuando el banco restituyó la suma a la actora, consideró que se le ocasionó un perjuicio desde que la suma reintegrada se vio disminuida en su valor adquisitivo con relación al valor del dólar estadounidense. Por ello, admitió que la demandada se haga cargo de la diferencia en el valor del dólar estadounidense producido desde el 24/10/2001 y el 16/04/2002.

La demandada sostiene que no corresponde a su parte asumir este rubro admitido en la sentencia porque ello implica hacerse cargo de una consecuencia "mediata" de la cual no está obligada a responder. La diferencia en el tipo de cambio a raíz de la legislación de emergencia económica fueron decisiones de política monetaria adoptadas por la conducción económica de la Nación que no pueden ser puestas en cabeza del banco, dice el agraviado. Afirma la queja que *"…no se puede achacar al B. F. cargar con las consecuencias del hecho del príncipe…"*.

Para determinar la extensión de la reparación en materia de responsabilidad contractual, se hace necesario deslindar el carácter que asumen las consecuencias del incumplimiento. Para efectuar este deslinde se recurre al principio de "la causación adecuada".

Debe recordarse que en principio, en esta materia, se parte de la pauta de responder por las consecuencias inmediatas y necesarias (conf. MOSSET ITURRASPE, J. - PIEDECASAS, M.A., "Responsabilidad Contractual", Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 370).

"Al no mediar un incumplimiento malicioso del contrato, no son resarcibles la totalidad de los perjuicios sufridos, dado que si aquél deriva simplemente de la negligencia o culpa del demandado, éste sólo debe responder por las consecuencias "inmediatas y necesarias" y no hasta las "mediatas previsibles", debidas tan sólo cuando la causa de imputación subjetiva corresponde a la malicia del deudor"

(C.Apel. Concep. del Uruguay, Sala Civ.Com., 03/09/96, "Urquiza Almandoz, O.F. c/ Municip. de Concep. del Uruguay", LL Litoral 1997-185).

Una circunstancia decisiva que juega como uno de los factores determinantes de la responsabilidad en materia contractual, es la relación de causalidad que debe existir entre la inejecución del contrato y el daño producido. En el campo de la responsabilidad contractual, la extensión del resarcimiento alcanza a los daños que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Por consiguiente quedan excluidos otros daños indirectos que fueren consecuencia sólo mediata y no necesaria de la inejecución del deudor (conf. CNCom., Sala C, 24/04/92, LL 1993-A-85; D.J. 1993-1-552).

Lo hasta aquí expuesto nos conduce al concepto de lo que judicialmente se ha interpretado como consecuencias *inmediatas*.

Son consecuencias *inmediatas y necesarias*, en relación al resarcimiento de los daños y perjuicios, aquellas que derivan del incumplimiento en sí mismo, suceden según el orden regular y son intrínsecas al contenido del contrato, es decir, a las obligaciones nacidas de él por declaración expresa o tácita, según la pauta de buena fe-probidad, que constituyen los contenidos conocidos o cognoscibles por el otro contratante (conf. CNCiv., Sala C, 19/12/96, LL 1997-D-317).

Debe tenerse en cuenta que en los casos de responsabilidad por ejecución culposa de un contrato, el resarcimiento se limita a aquellos daños "que fueron consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación" (ar. 520, Cód. Civ.), entendiéndose por consecuencia inmediata de un hecho la que acostumbra a suceder "según el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 901, Cód. Civ.), y por consecuencia necesaria de la inejecución aquella que reconozca en ésta su causa adecuada, sin que aparezca como el resultado de un factor eventual. Así lo ha entendido, entre otras, la Cám. Nac. Fed.C.C., Sala II, in re "Caja de Jubilac., Subsidios

y Pensiones del Personal del Bco. Pcia. de Bs.As. c/ Capital y/u otro buque Río Iguazú, 09/06/81; cit. en MOSSET ITURRASPE – PIEDECASAS, ob. cit., pág. 371).

Es procedente remarcar que es consecuencia *inmediata* aquella que aparece en la cadena causal ligada al hecho que la produce de una manera directa e inmediata, sin conexión con otro hecho (conf. C.Civ.Com.Rosario, Sala I, 09/02/99, LL Litoral 1999-750). Por lo tanto, debe considerarse consecuencia *inmediata y necesaria* de la falta de cumplimiento de la obligación a aquellos daños que derivan fatalmente del incumplimiento, o aquellos que reconocen en el incumplimiento su causa adecuada (consecuencia *necesaria*), según el curso natural y ordinario de las cosas (y por ello se trata de una consecuencia *inmediata*) (conf. SCBA, 02/07/96, "Alias", AP 14/37182).

El concepto de consecuencia *necesaria* no debe entenderse aisladamente, sino en forma conjunta con el de consecuencia *inmediata*, o bien como una única categoría con un doble adjetivo: consecuencias inmediatas-necesarias (conf. CNCiv., Sala C, 19/12/96, LL 1997-D-317).

Una circunstancia decisiva que juega como uno de los factores determinantes de la responsabilidad en materia contractual, es la relación de causalidad que debe existir entre la inejecución del contrato y el daño producido. Siempre que del incumplimiento en sí mismo derive un daño sin conexión con otro hecho distinto, ese daño resulta ser una consecuencia *inmediata* de aquel incumplimiento que será su causa adecuada (conf. C.Civ.Com.San Isidro, Sala I, 16/06/93, LL 1993-D-208).

¿Y cuándo la consecuencia es *necesaria*? la consecuencia es necesaria cuando el hecho que la origina no es por sí indiferente en la producción de ese resultado, no es algo contingente que puede ser o no ser, sino que acontecido el incumplimiento del deudor se habrá de seguir verosímilmente aquella consecuencia (conf. SCBA, 21/11/2001, "Zárate", AP 70004277).

Como pauta general el art. 508 del Código Civil se refiere a la responsabilidad del deudor moroso por los daños y perjuicios que causare, es decir, fija el principio en la materia; pero el límite o la medida de los daños resarcibles se halla legislado en los artículos 520 y 521, mientras el 519 da el concepto y la definición.

Aun en el caso de que *dolosamente* no se ejecute la obligación, el deudor ha de responder, en principio, por los daños sufridos por el acreedor, en relación con la cosa que ha sido objeto del contrato y que sean consecuencia *mediata y previsible*, es decir no *lejana, ocasional o causal* (conf. CNCiv., Sala E, 19/10/61, JA, 1962, II, p. 253, LL 105-175).

No dejo de advertir que en la demanda se ha considerado que la parte demandada ha actuado en este caso dolosamente, lo cual no ha sido objeto de probanza específica. Por lo tanto, tengo para mí que corresponde aplicar en el caso la normativa del ya referido artículo 520 del Cód. Civil. Pero, sin perjuicio de ello, el artículo 521 del citado cuerpo legal nos dice que *"Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas…"*. Por lo que, en el supuesto de que se admitiese que la conducta del banco ha sido dolosa/maliciosa, debe asumir o responder también por las consecuencias *mediatas*.

A ellas se refiere la norma del art. 901 del C.Civil y el mismo nos dice que son *las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto*. Y la jurisprudencia ha determinado con precisión su concepto al decir que *"son aquellas que resultan de la conexión del hecho jurídico generador con un acontecimiento distinto, pero habitualmente ligado al primero y, por lo tanto, ordinariamente previsible"* (Cám.Civ.Com.Azul, 02/02/94, LLBA 1994-415).

Es por ello que se ha resuelto que el responsable del actuar *contra legem* está obligado a indemnizar a la víctima por los perjuicios provocados como consecuencia inmediata de éste y también los que resulten ser su

consecuencia *mediata previsible*, mas no las puramente *mediatas* que, no pudiendo preverse, merecen el nombre de *casuales* por nuestro legislador como son las personales circunstancias económicas del damnificado (conf. Cám. 1ª Civ.Com. La Plata, Sala 3ª, 16/11/89, JUBA B200059).

Lo hasta aquí analizado nos conduce a que debamos decidir si la variación en el valor del dólar estadounidense con relación a nuestro peso o si el dictado de la legislación de emergencia económica que dejó sin efecto la convertibilidad y/o la paridad de U$S 1,00.- = $ 1,00.- debe ser considerada una consecuencia *inmediata* o una consecuencia *mediata previsible* por la cual debe responder en este caso el banco demandado.

En base a lo que he venido desarrollado, es de una total evidencia que el dictado de la normativa de emergencia económica, la derogación de la convertibilidad y la variación en el valor del dólar estadounidense con relación al peso ocurrido a partir de la crisis de los años 2001/2002, en modo alguno puede ser considerado una consecuencia *inmediata y necesaria* del incumplimiento de la parte demandada.

Vimos ya que el deudor doloso en la inejecución contractual responde de las consecuencias *"mediatas"* (art. 521 C.Civ.) y que ellas son las que resultan de la relación del hecho generador con un evento distinto, pero son siempre *"previsibles"*. Ha quedado en claro que la indemnización del daño contractual y culposo significa el resarcimiento del daño *"inmediato" y "necesario"*; que la indemnización del daño contractual doloso significa el resarcimiento del *"daño mediato posible y previsible"* y que para ambos supuestos queda eliminada la responsabilidad por consecuencias o por un "daño simplemente causal, accidental, imprevisible o ilimitable".

En el caso en tratamiento tengo especialmente en cuenta que las sumas que tenía depositadas la parte actora en el banco demandado eran en "pesos" y que la totalidad de la suma que le fuera en su momento retenida por el banco demandado lo fue en "pesos". Esto es importante porque no juegan

aquí todas las cuestiones que se suscitaron a fines del año 2001 y el año 2002 con los clientes de los bancos que tenían sus depósitos en moneda extranjera.

Retrotrayéndonos a los fines del año 2001 y principios del 2002 considero que nadie pudo razonablemente prever que las sumas depositadas en dólares estadounidenses fueran de un día para otro convertidas a pesos a una paridad cambiaria inferior a la vigente en el mercado libre de cambios y reprogramados sus vencimientos. Esa medida comprendió todas las inversiones regidas por la ley argentina y constituyó un claro "hecho del príncipe".

La parte actora, con el pretexto de amparar sus intereses, pretende proyectar sobre la contraparte los efectos gravosos del hecho del príncipe -devaluación, pesificación asimétrica, default- y pretende ser indemnizada por la diferencia que resultó en la cotización del dólar estadounidense con relación al peso en el período comprendido entre el 24/10/2001 y el 16/04/2002, al considerar que dejó de tener vigencia la relación igualitaria entre el peso y la moneda extranjera.

Tengo en claro que el escenario descripto produjo un quiebre originado en hechos extraños a las partes, producido sin su culpa, fuera del estado de mora e imprevisibles. El hecho frustrante fue gestado por la actuación del propio Estado Nacional, -a través del gobierno de turno- que es un "tercero" en la relación negocial, pero que vino a través de leyes, decretos y resoluciones a interferir en la vida del contrato, a través de normas imperativas que tendieron a imponerse dejando de lado la autonomía de la voluntad de las partes. Por otra parte, no se trató de un solo hecho que pueda destacarse como relevante, sino que se trató de un proceso que se fue agudizando y agravando hasta límites insospechados, tales como la renuncia del Ministro de Economía y del Presidente de la Nación, que por sí mismos desencadenaron un estado de caos y de incertidumbre que

conllevó a que el contexto vigente superara el área normal en que se desenvolvían las operaciones comerciales.

La ley 25.561 ha consagrado una suerte de declaración legislativa genérica de imprevisión sobre las relaciones de derecho privado vigentes a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen legal en relación a la devaluación de comienzos de 2002, por lo que no requiere acreditación por el deudor (conf. PALACIO, L.A., "Sobre la inaplicabilidad de la denominada "pesificación" a las obligaciones en mora al 6/1/2002", La Ley 2002-E, 981).

Paralelamente a lo expresado, es inequívoco que las medidas económicas tomadas por el gobierno nacional a fines de 2001 y principios de 2002 configuraron un claro supuesto de "frustración del fin del contrato", respecto de quienes confiaron en la paridad cambiaria -un peso = un dólar- y en el mantenimiento de la convertibilidad que llevaba ya más de diez años de vigencia. Y es así en la medida en que, en rigor, mas que de un cambio de las circunstancias, debe hablarse de un "cambio en la prestación contractual" (conf. CNCom., Sala A, 03/08/05, LL 2006-A, 413).

Es precisamente en tales condiciones, por existir una alteración de valores en un grado imposible de apreciar, que considere que exigirle a la institución demandada que se haga cargo de la diferencia de cotización entre el dólar estadounidense y el peso por el período antes referido, con más sus intereses, resulta antifuncional, gravoso y contrario a los postulados legales, doctrinarios y jurisprudenciales que he venido analizando hasta ahora.

Entiendo que corresponde recordar que la reparación del daño moratorio no debe significar una sanción a la persona morosa. Al igual que casi todo el derecho de la responsabilidad civil, su naturaleza es resarcitoria. Es decir que siguiendo las directivas del artículo 508 del Cód. Civil lo que corresponde es resarcir el daño causado por la mora, pero no circunstancias

ajenas a esta última. Y esta postura no se altera aun cuando como he dicho antes- se considere "dolosa" la conducta del banco demandado.

Por ello, cuando -como aquí ocurre- lo que se juzga es la devaluación monetaria ocurrida a fines de 2001 y principios de 2002, lo que debe ponderarse si ésta era o no previsible. Si lo era deberá ser incluida en el daño derivado del incumplimiento, pero si excede el ámbito de previsibilidad no.

En la respuesta al interrogante antes planteado (la previsibilidad o no de la devaluación acontecida en nuestra moneda) no puede perderse de vista la crisis política y económica que dio lugar al dictado de la emergencia (Ley 25.561 y Dec. 214/02) y a la cual he hecho referencia supra. Cabe apuntar ello no sólo por las características de esta última y su desenvolvimiento (dado que lo acontecido reviste el carácter de hecho notorio, no es necesario efectuar una reseña), sino también por la circunstancia de que el propio Estado garantizó por ley (convertibilidad) que un peso equivalía a un dólar estadounidense. Por ende, no puede ser considerada como *previsible* una circunstancia (la devaluación) expresamente prohibida por el ordenamiento normativo vigente (conf. CNCiv., Sala D, 18/03/03, DJ 2003-3, 103).

No dejo de evaluar también que la modificación del régimen cambiario dispuesto por la ley 25.561 y los decretos 214/2002 y 320/2002, llegó a ser considerado por la jurisprudencia un supuesto de *caso fortuito* (conf. CNCom., Sala C, 28/11/03, JA 2004-I-534).

Lo hasta aquí analizado me conduce a afirmar que el dictado de la normativa de emergencia económica de fines de 2001 y 2002, la devaluación del peso, la salida de la convertibilidad y la consiguiente diferencia de la cotización del dólar estadounidense con relación a nuestro peso, no puede considerarse ni una consecuencia *inmediata necesaria* (art. 520 C.Civ.), ni una consecuencia *mediata previsible* (art. 521 C.Civ.) por la que deba responder la parte demandada como consecuencia de su incumplimiento contractual,

sobre todo y sin perjuicio de las razones que he expuesto, si se tiene en cuenta que el dinero que tenía depositado la actora en la institución demandada eran "pesos" y no dólares. Es de una total evidencia que el banco tenía que cumplir una obligación pura de dinero, en los términos del art. 619 del Código civil, por ello cumplió la obligación entregando pesos, siendo insusceptible de revalorización en función de la depreciación acaecida (conf. SCBA, 19/03/96, LLBA 1996-339).

Teniendo en cuenta lo que propongo en este voto, debo necesariamente referirme a los *Intereses* que deberá abonar el banco demandado a la parte actora sobre la suma indebidamente retenida y durante el período comprendido entre el 24 de Octubre de 2001 y el 16 de Abril de 2002., pues no debemos olvidar que la suma en cuestión (el capital) fue recuperada por la empresa actora el día 16 de Abril de 2002.

Los intereses que debe pagar aquí el banco demandado resultan expresamente de la ley en el art. 622 del Código Civil y deben ser fijados como sanción por el incumplimiento contractual. Los intereses moratorios resultan de la ley y siempre corresponde su pago en caso de mora (conf. CNCiv., Sala B, 26/02/97, LL 1997-D-884).

En las obligaciones de dar sumas de dinero, el pago de intereses moratorios corresponde siempre que el deudor incurra en mora en el cumplimiento de la obligación, aun cuando no se haya pactado ningún tipo de accesorio y aun cuando no exista perjuicio alguno para el acreedor, pues la relación de causalidad está presumida por la ley. Es que tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, el deudor sólo debe pagar como indemnización los intereses moratorios; existe una presunción legal del perjuicio y de la relación causal de éste con el retraso imputable al obligado: se debe el daño moratorio sin necesidad de acreditarlo y se presume que ese daño fue la consecuencia del incumplimiento (conf. Cám.Civ.Com. San Martín, Sala I, 28/10/03, Juba B 1950892).

Con respecto a la tasa del interés a pagar, la determinación de la misma queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión (conf. C.N.Civ.Com.Fed., Sala I, 19/09/96, LL 1997-C-67; íd., Sala II, 28/12/99, LL 2000-C-917, 42.723-S; íd., 18/04/2000, LL 2000-D-336; entre otros).

De los rubros admitidos por la sentencia en crisis surge del Considerando "3" (fs. 635 y vta.) de la misma, que la parte demandada ha sido condenada al pago de los intereses que estoy aquí tratando, por lo que no corresponde avanzar en su tratamiento, debiendo estarse a lo allí ordenado pero dejando expresamente aclarado, atento las conclusiones que surgen de mi voto, que el cómputo de los mismos debe efectuarse sobre la suma de $ 1.045.473,78.- (un millón cuarenta y cinco mil cuatrocientos setenta y tres pesos con setenta y ocho centavos) exclusivamente.

En atención a los fundamentos vertidos, he de acompañar a la parte demandada en el agravio aquí analizado proponiendo al Acuerdo la admisión del mismo y revocando la sentencia en crisis en el punto en análisis. Soy de la opinión que el banco demandado no tiene que hacerse cargo de la desvalorización sufrida por la suma que le retuviera a la demandada ni debe responder por la diferencia producida en el valor del dólar estadounidense con relación a nuestro peso durante el período comprendido entre el 24 de Octubre de 2001 y el 16 de Abril de 2002 como consecuencia de la sanción de la legislación de emergencia económica, con más sus intereses, tal como ha hecho lugar la sentencia en crisis. Así lo voto.

5) <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>.

La parte actora planteó dos agravios: a) la omisión de fijar la condena al pago del interés moratorio devengado sobre la suma que arrojara la

diferencia de cambio del dólar estadounidense con relación al peso y b) la omisión en la sentencia del tipo de cambio a tener en cuenta para liquidar la diferencia referida en el apartado anterior.

Atento lo propuesto en mi voto con relación al agravio de la parte demandada que debe ser admitido por esta Alzada, las cuestiones esgrimidas como agravios por la actora han devenido abstractas. En efecto, he propuesto no admitir el pago de suma alguna como daño resultante de la diferencia de cambio del dólar estadounidense con relación al peso, por lo que es evidente que nada cabe considerar aquí sobre los dos puntos expuestos como queja por el recurrente. Así lo voto.

6) <u>Adecuación de las costas y honorarios</u>.

Si bien la norma del art. 282 del ritual dispone la adecuación de las costas y el monto de los honorarios al contenido del pronunciamiento cuando la sentencia de la Alzada fuere revocatoria o modificatoria de la de primera instancia y en este caso he propuesto una revocación parcial de la sentencia en crisis, considero que debe mantenerse la condena en costas y la regulación de los honorarios practicada por la Sra. Magistrada a quo.

Tengo en cuenta para así decidir que en las demandas por daños y perjuicios las costas forman parte integrante de la indemnización, razón por la cual aun cuando la demanda no prospere en su plenitud, la demandada debe cargar con el peso de las costas, tanto más que, en su hora, peticionó lisa y llanamente el rechazo de la demanda, no logrando demostrar todos los presupuestos de la defensa intentada, resultando indudablemente vencida en los términos del art. 68 de la legislación adjetiva (art. 69 del CPCC provincial) (conf. Cám. 1ª, Sala III, La Plata, C. 180.808, reg. sent. 169/81; Cám. Apel. Mercedes, Sala I, SP La Ley, v. 981, p. 426).

7) <u>Las costas de la Alzada</u>.

De mi propuesta al Acuerdo surge que la parte demandada resulta ganadora parcialmente en su recurso y que los agravios de la parte actora han devenido abstractas. Asimismo, advierto que no han sido contestados los traslados oportunamente conferidos a las partes de los fundamentos recursivos que cada una de ellas presentara en autos.

Por lo expuesto, considero justo y razonable que las costas de la Alzada sean impuestas en el orden causado (conf. arts. 69 y 72 CPCC), regulándose los honorarios del letrado de la parte actora, Dr. L. A. N., en el 25% del monto que le corresponda por su intervención en primera instancia y los del letrado de la parte demandada, Dr. E. A. I., en el 30% del monto que le corresponda por su actuación en la instancia inferior (conf. arts. 3, 5, 7, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota PARCIALMENTE por la **NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

Que los antecedentes de autos han sido ampliamente referidos por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellos, dando por transcriptos aquí los desarrollos por él efectuados. Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara.

2.

Tal como lo expresara en sus consideraciones el Dr. Fiordelisi, corresponde analizar, por una cuestión de método, en primer lugar, las quejas de la demandada, obrantes a fs. 686/689.

Pese a su confusa exposición, dos, a mi juicio, son las quejas de la accionada, a saber: a) que el decisorio encuadró la cuestión ventilada en una de naturaleza contractual, cuando lo cierto es que el reclamo de la parte actora reside en uno de naturaleza extracontractual; b) el citado decisorio mutó el dinero que resolvió como objeto del perjuicio, violentando el art. 4) de la ley 25.561, que impide la indexación, entendiendo que el pronunciamiento importó su aplicación.

En el primero de los aspectos de la queja, poco agregaré a la detallada motivación fáctica y jurídica que el Sr. Juez preopinante desarrolló en su sustentado voto. Digo ello, en aras del principio procesal de economía, y con el afán de evitar el alongamiento del Acuerdo, pues sólo implicaría un nuevo tratamiento de las razones expuestas, reiterativo de lo bien expresado por el Dr. Fiordelisi.

De allí que agregaré las siguientes consideraciones.

El discurso argumentativo de la accionada apelante se concentra en que el pronunciamiento *"violentó el marco del contradictorio produciendo grave afectación del derecho de defensa en juicio. Con otro enfoque , bien podemos decir que, virtualmente, alteró el equilibrio de las partes en el proceso al sostener la lábil posición procesal de la actora, fragilidad de postura que, cuadra destacarlo, la actora robusteció por su mera voluntad, lo que connota, en nuestro criterio, arbitrariedad*".

Redunda en argumentos, que giran todos, en definitiva, en que la sentenciante cambió el enfoque y sustancia que la actora asignó a su reclamo, declamando la afectación de su derecho de defensa en juicio, sin advertir que la posición asumida por la Sra. jueza *a quo*, es precisamente la adoptada por el propio quejoso, quien en su conteste también sostuvo la relación jurídica contractual que vinculaba a las partes.

Y más allá de corresponder la aplicación de la doctrina de los actos propios, en tanto critica al juzgador haber encuadrado la cuestión en el mismo

sentido que el sustentado por el apelante en su conteste de demanda, debe señalarse que el Juez califica la acción aunque las partes le hayan dado otra denominación, si del estudio de los hechos que ellas prueban y sobre las cuales arguyen, resulta a criterio del magistrado que puede variar la determinación de aquél, mientras la relación procesal emergente de la respectiva posición de las partes no se haya cambiado, ni tampoco el objeto perseguido mediante la acción o la reconvención (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, in re: "Lencina, Francisco I. c. López, José C.", 02/05/2002, LL, DJ 2002-3, 814 , AR/JUR/617/2002).

Menos puede admitirse que ha habido defensa en juicio violentada, en tanto, frente a la demanda, su conteste consideró, que a las partes las unía un contrato de cuenta corriente mercantil, no obstante lo cual, no era de aplicación el art. 1107 del Cód. Civil, en virtud de no configurarse delito civil alguno. Ello así, por entender que el mismo debía ser declarado por Juez competente.

No puedo soslayar que, amén de las consideraciones precedentes, no concreta el apelante en qué consistió la aludida violación de defensa en juicio.

3.

En cuanto al segundo aspecto del agravio, es sable señalar que el decisorio de autos apreció que la cuestión ventilada es de naturaleza contractual, y sabido es, que tal circunstancia obsta a resarcir las consecuencias mediatas, salvo que mediara dolo (arg. art. 521, del Cód. Civil).

En ese sentido, la Sra. Jueza de grado valoró la conducta maliciosa del demandado, es decir, dirigida con el propósito deliberado de no cumplir con las obligaciones a su cargo.

De tal guisa se desprende que, ante tal calificación (se trata, ni más ni menos, que del dolo obligacional), el deudor ha de responder también por

las consecuencias mediatas (arg. art. 521, cit.); y digo ello, pues las inmediatas consistían en no haber podido contar con el dinero en la mano entre el 24.10.01 y el 14.04.02.

El dolo obligacional, a diferencia del delictual (art. 1072, Cód. Civil), se configura por la inejecución deliberada de la obligación (cfr. Cám. Nac. Civil, Sala E, 29.07.85, LL 1986-E-206), es decir, consiste en la intención deliberada de no cumplir a pesar de poder hacerlo, siendo innecesario que exista intención de dañar (cfr. Cám. Nac. Civ. y Com. Fed, 26.11.2002, RCyS 2003-II-117).

La Sra. Jueza *a quo* sostuvo en su sentencia que la demandada efectuó un débito conforme con una autorización otorgada respecto de una cuenta anterior, que la actora mantenía con una entidad financiera distinta, que fue cerrada el 10.04.01, es decir, aproximadamente seis meses antes del hecho que motivó el presente litigio.

Sostuvo además que dicha conducta no se ajustó a la normativa del Derecho concursal, incumplió con el deber de información de la ley de Defensa al Consumidor y con el principio de buena fe consagrado en el art. 1198, Cód. Civil.

Contra tales afirmaciones, la demandada negó que se le hubiera sustraído suma alguna de dinero a la actora, ya que, en el marco del contrato que los vinculaba, estaba obligada a pagar los cheques que emitía.

Del informe de fs. 238, surge claramente que el día 24.10.01, el Banco demandado, en cuatro secuencias, en concepto de "operación de contaduría", debitó de la cuenta corriente en pesos del actor N° *******/*, la suma de $ 1.045.473,70.

Si bien es cierto que la actora autorizó a la entidad financiera accionada a cancelar mediante débito a la cuenta corriente "toda deuda bancaria" existente con el Banco, "en forma parcial o total" (ver cláusula 2, ap. d), 2ª parte, de fs. 151), no lo es menos que a fs. 115 luce copia de la sentencia de

la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew - Sala B, en la que se consigna que, teniendo en cuenta el proceso concursal al que estaba sometido la acccionante, sin intervención alguna del síndico ni autorización del juez, el referido Banco se apropió de los fondos existentes en la cuenta corriente, abierta en su sucursal local, a nombre de la sociedad concursada.

La Cámara mencionada citó al art. 126, LCQ, señalando que surge una obligación común de todos los acreedores, cual es verificar sus créditos o privilegios, es decir, demandar por el procedimiento que ella establece. Eventualmente, la norma contempla la solicitud de autorización al juez del concurso, a los fines de hacer frente a las deudas hipotecarias, mencionando el evidente beneficio para los acreedores que debe importar la conservación del bien, sin que se pudieran analizar tales supuestos en esos autos.

En tal sentido, aclaró que el debate no se centraba en la legitimación o no del B. F. para verificar el crédito de su antecesor (B. E. D. A. S.A), sino en la vía escogida para hacerlo. En tal sentido consignó que la entidad financiera dispuso de fondos líquidos de la demandada depositados en la cuenta corriente existente en dicha sucursal, entendiendo que "incautó" los montos, por una deuda pos-concursal, que se encontraba afectada al giro empresario, lo que determinó, a su juicio, la gravedad del perjuicio, teniendo en cuenta particularmente la importancia del monto del que se dispuso.

Es decir, el B. F. no podía desconocer el proceso concursal al que se encontraba sometida la actora, ya que en su carácter de cesionaria del B. E. D. A. S.A., debió, mínimamente, encontrarse al tanto de la verificación del crédito a que hace mención la referida sentencia en el segundo párrafo de fs. 21.

En esa línea argumental, el Banco, que era acreedor de la actora, aprovechando la existencia de sumas depositadas a favor de ésta última en su cuenta corriente, haciendo abstracción de dicho proceso concursal,

desconociendo toda autoridad judicial interviniente, “incautó” (ese es el término que señala la Alzada, en ocasión de confirmar la admisión de la medida autosatisfactiva, y que en palabras del Diccionario de la Real Academia Española significa “Privar a alguien de alguno de sus bienes como consecuencia de la relación de estos con un delito, falta o infracción administrativa..”) fondos pertenecientes a la actora.

Por tal razón, no me caben dudas acerca de la aplicación del art. 521, en orden a que la conducta de la entidad financiera, constituyó una “inejecución maliciosa” de la obligación a su cargo, sabiendo que la empresa atravesaba por un proceso concursal, y haciendo caso omiso a ello, sin previa autorización judicial, procedió a debitar fondos de la cuenta corriente, propiedad de la actora.

Sentado ello, corresponde analizar si, por virtud de dicha “inejecución maliciosa”, y en el entendimiento que tal conducta autoriza al resarcimiento de las “consecuencias mediatas”, éstas, efectivamente, se formalizaron en un daño susceptible de reparación.

En tal sentido, y para dar respuesta al primer planteo del demandado apelante, señalo que la sentencia no ha indemnizado una consecuencia “remota” (que sabido es, no es indemnizable en orden a lo dispuesto por el art. 906, Cód. Civil) pues el razonamiento que intenta introducir el quejoso parte de una premisa equivocada, cual es instalar la idea del “hecho del príncipe”, cuando ha quedado claro en autos que la incautación de los fondos fue anterior a que el Gobierno Nacional dispusiera una nueva relación cambiaria entre el peso y el dólar.

El apelante alza su queja por la insólita “transmutación del dinero” efectuada en la sentencia, lo que me habilita a analizar si la misma tuvo razón de ser. Es decir, si las consecuencias mediatas debían o no ser indemnizadas, no por haber escogido la Sra. jueza reconocerlas (pues ya he

dado respuesta afirmativa al respecto), sino por encontrarse el daño causado debidamente probado.

Señala el pronunciamiento que, de conformidad con el informe de fs. 14/16 (reconocido a fs. 501), se encuentra acreditado que la actora se dedicaba a la actividad pesquera y exportadora y que sus ventas eran, en un 98%, al exterior y en divisa; que la materia prima se adquiere a proveedores locales y son facturadas en dólares; que el personal embarcado cobra en función de captura de especies, en dólares; que los bienes de uso, buques y sus componentes son importados o nacionales, pero evolucionaron de manera similar; que el combustible es internacional, medido en moneda extranjera.

Sostiene también el decisorio que la Sra. perito M. (fs. 459/465) informó que la actora es una empresa esencialmente exportadora y sus ventas son al exterior, y representan casi el 95% del total de las mismas; que el costo de la materia prima ha evolucionado en dólares, y la que se compra en el mercado interno es facturada considerando las fluctuaciones en dólares. Hace la misma referencia respecto de los haberes del personal embarcado, acordándose un sueldo mensual básico y una participación en la producción de langostino, considerando el valor por tonelada, en dólares. Similar situación se configura respecto de los repuestos , materiales y maquinarias y otros insumos, que son facturados en la divisa del país de origen.

A esos informes, aduna las declaraciones de los testigos de fs. 497/ 498, los que afirman que la actividad de la actora, en especial sus costos, sigue la evolución del dólar estadounidense y "la diferencia de valor de la citada moneda entre octubre de 2001 y abril de 2002 incidió en los costos de la actora".

Concluye que la actividad de la actora se encontraba fuertemente vinculada al valor que registraba el dólar, *"por lo que tampoco resulta dudoso que nuestra moneda sin apoyo del dólar ha perdido su poder adquisitivo en el mercado interno*

en relación al que tenía cuando ambas monedas se encontraban en la misma paridad".

Por tal razón, considera que, producido el débito de su cuenta en pesos, vigente la ley de convertibilidad, al ser reintegrada aquella suma, cuando la paridad que estableciera esa ley ya no era tal, dicha suma se vio minorada en su poder adquisitivo e influyó en los costos, generándole un perjuicio a la actora. Ese es, para la Sra. jueza *a quo*, el daño resultante de las consecuencias mediatas del incumplimiento contractual apuntado.

Y en este punto he de detenerme, pues soy de la opinión que asiste razón al apelante.

El decisorio se vale, para tener por acreditado el daño, y consecuentemente cuantificarlo, de las siguientes pruebas: a) el informe de fs. 14/16, reconocido a fs. 501; b) la pericia contable de fs. 459/465; c) las declaraciones testimoniales de fs. 497/498.

Con tales probanzas consideró que la aludida detracción dineraria, generó un perjuicio a la actora, en tanto y en cuanto ésta, por la naturaleza de su actividad -íntimamente atada al dólar-, vio disminuido su valor adquisitivo al tiempo de su reintegro. En una palabra, al momento de su restitución, ya el peso no detentaba el mismo valor adquisitivo que el del dólar.

Claro está que, lo que el actor debía probar para tener por acreditado el daño resultante de las consecuencias mediatas, era el perjuicio que le había causado la privación del dinero en el lapso comprendido entre el 24.10.01 y el 16.04.02 (arg. art. 381, del CPCC).

Debo confesar que, tanto del informe de fs. 14/16, cuanto de la pericia de fs. 459/465, no advierto una sola referencia al perjuicio que se dice haber causado en el período mencionado.

Ambas piezas probatorias formulan afirmaciones genéricas que nada aportan a acreditar el perjuicio en el período citado.

Veamos.

En el caso del informe de fs. 14/16 no se observa una sola referencia a la compra de materia prima durante el período en que subsistió la detracción.
Tampoco se menciona que durante ese lapso el personal embarcado, por virtud de sus convenios laborales, hubiese percibido sumas que provocaran un desequilibrio económico de la empresa por razones de disparidad cambiaria.
Tampoco se detalla que en esa época, la empresa hubiese debido adquirir bienes de uso y/o embarcaciones y/ o componentes de ellas, que pudieran haber perjudicado a la empresa, por la relación del valor del dólar.
En cuanto a la pericia contable de fs. 459/465, el cuadro de situación no es distinto.
Al contestar el pto a) del interrogatorio (ver fs. 460/461), la perito manifiesta haber aplicado un método selectivo "de los últimos cuatro años" (períodos 2000/2003), concluyendo que, practicando un promedio entre los distintos porcentuales de ventas al exterior, limitándose a señalar que dichas ventas, en un 95%, se realizan fuera del país, concluyendo entonces que la actora es una empresa "esencialmente exportadora". De tal aserto no puede afirmarse que la actora, como cualquier otra empresa exportadora, sufriese perjuicio alguno en el período que se analiza. Más bien soy de la idea que si exportó, liquidó sus exportaciones en dólares, y en consecuencia, mal puede señalar que hubiese experimentado perjuicio de alguna clase con motivo de la incautación en tratamiento.
Al contestar el pto. b) del interrogatorio, la experta señala haber observado la evolución del precio de las materias primas, concluyendo que en todos los casos el costo evolucionó a la par de la divisa dólar.
Da como ejemplo el incremento del kg. de langostino: su precio, a noviembre de 2001, era de $ 2,50; en el año 2002, de $ 12,39.
Aquí también se desconoce si, efectivamente la actora compró ese producto en el mercado interno y, luego, cuánto lo pagó. La genérica afirmación de

que el kg. de langostino, en 2002 (que yo sepa, el año tiene doce meses) , valía $ 12,39, no prueba, ni una cosa, ni la otra.

Respecto de los convenio laborales a que se hace mención en el pto. c) del interrogatorio pericial, arroja resultados similares. La perito da cuenta de una cláusula del convenio, en el que específicamente se contempla una participación del dependiente en la producción del langostino y otras con el Sindicato del sector, otorgar valor dólar a determinadas especies capturadas o su conversión a esa moneda, a los fines de la liquidación de haberes. Lo que no se señala, es que la empresa hubiese debido hacer frente, durante el período analizado, a participaciones por producción o liquidación de haberes que generaran un perjuicio económico a la actora por virtud del cambio en la relación cambiaria.

En orden a la contestación de la perito consignada en el pto. c), cabe destacar que aquélla señala que "ha podido observar compras de repuestos, maquinarias y otros insumos en el mercado extranjero, los cuales por obvias razones son facturados en la divisa del país de origen".

Tampoco aquí se detalla que tales compras hubiesen debido ser hechas en el período del faltante de dinero.

Ejemplifica, señalando que en septiembre de 2001 (es decir, el mes anterior a la incautación del dinero) consta en los registros de la empresa la compra "de máquina" (sin individualizarla) al Reino Unido, pero sin consignar cuándo fue abonada, ni a qué precio.

Otro ejemplo que provee, es el de "una importación de cable galvanizado" en octubre de 2002, es decir, aproximadamente seis meses después de la restitución del dinero, lo que, lógicamente, tampoco demuestra perjuicio alguno durante el período de mención.

Al contestar el pto. e), menciona el precio del litro de gasoil al 29.11.02, es decir, siete meses y medio después de haberle sido restituido el dinero a la actora; los valores que refiere a 2003 y 2004, no merecen análisis alguno,

pues lejos en el tiempo estaban del aludido lapso en que la actora se vio privada del dinero.

En el pto. 3. de su informe, concluye que "se han incrementado los costos de la actora", sin hacer mención alguna al período en análisis.

Como se advierte, la pericia no ha contemplado una sola referencia que pudiera convencer al juzgador acerca del perjuicio efectivamente sufrido durante el tiempo en que la actora se vio injustamente privada de las sumas depositadas, prueba, a mi juicio, elemental para reconocer la certeza del perjuicio que se invoca.

El testigo de fs. 497, asevera en la contestación a la pregunta cuarta, que la diferencia en el valor de la moneda dólar entre octubre de 2001 y abril de 2002 "tuvo incidencia en los costos de la actora" y en la pregunta quinta, que también la tuvo con respecto a la mano de obra. Finalmente (respuesta a la pregunta sexta), respondió que tal incidencia fue del triple.

El testigo de fs. 498, por su parte, al responder las mismas preguntas, también respondió afirmativamente, agregando que tal situación se reflejó por virtud de los convenios del personal embarcado, en tanto guardan relación con el dólar.

Más allá de evaluar con la mayor rigurosidad a la declaración de dos dependientes -a la sazón, con cargos gerenciales- de la empresa actora, no puedo soslayar que sus afirmaciones, pese a referirse al período en cuestión -no han sido precisas al grado de presumir daño cierto o próximo a la certeza. No dan cuenta de perjuicio concreto, ni en orden a los costos a que se refieren (que además no individualizan), ni a aumentos concretos e individualizados experimentados en los haberes del personal embarcado, durante el período señalado.

La procedencia de la indemnización por daño material requiere que el reclamante pruebe la existencia del daño, su extensión y cuantía. (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV, in re:

“P., S. M. c. Municipalidad de Rosario”, 14/05/1997, LA LEY 1998-E LA LEY 1998-E , 820, LL Litoral, 1998-1,, 881, AR/JUR/4807/1997).

En rigor, el fundamento de la carga probatoria de quien alega la existencia de un perjuicio radica en que el damnificado no debe enriquecerse a expensas del responsable y la reparación debe limitarse a restablecer el equilibrio patrimonial, sin que ello represente fuente de lucro para la víctima.

Y así, cabe señalar que, para probar el daño, el actor debió acreditar puntualmente, en grado de probabilidad próximo a la certeza -si bien no la certeza misma- de qué manera la modificación en las reglas de juego cambiarias influyó, durante ese lapso de tiempo, en la realidad económica y contable, en la materia prima adquirida comprada en el mercado local, en los pagos de los sueldos del personal embarcado, en los bienes de uso, las embarcaciones y sus componentes o en otro componente del costo de la industria pesquera. Siempre, relacionado con el lapso transcurrido en que dichas sumas permanecieron “incautadas” (art. 165, inc. 5, del CPCC).

Máxime, teniendo presente que la cuenta corriente objeto de sustracción de sumas era en pesos y no en dólares, y que los conceptos ingresados en el estado de la cuenta corriente, desde el 10.10.01 (ver fs. 237/238) versaban, en su mayoría, en pago de cheques y débitos por pago de sueldos.

Por otra parte, cabe señalar que dicho estado se encuentra reflejado hasta el 19.10.01, desconociéndose qué circunstancias sobrevinieron en dicha cuenta, pues, que yo sepa, la misma no fue cerrada tras la aludida incautación.

Además, no puedo soslayar que el país no atravesaba, por esos días, una situación de óptima estabilidad financiera, por lo que a mi juicio debió adoptarse un mayor rigor en la apreciación de la prueba del daño.

Tengo para mí que, simultáneamente con la indisponibilidad de los fondos, el Gobierno Nacional dictó una serie de restricciones para disponer de dinero depositado en cuentas bancarias.

Así, debe además distinguirse los diferentes períodos, en el que no sólo la actora se vio privada de sus fondos por virtud de la conducta de la entidad financiera, sino que concurrieron causas en las que ésta nada tuvo que ver.

Podría ensayarse esa distinción, de la siguiente manera: a) primer período, comprendido entre el 24.10.01 (fecha de la incautación de fondos) y 05.01.02 (día anterior a la ruptura de la paridad 1 a 1), en el que la paridad cambiaria era de $1 = u$s 1, aunque con restricciones para la libre disponibilidad de fondos desde el 03.12.01 (primer "corralito"); b) segundo período, comprendido entre el 06.01.02 (ruptura de la paridad cambiaria en 1), hasta el 14.04.02 (fecha de restitución del dinero).

Partiendo del concepto señalado por el art. 1083, Cód. Civil, en cuanto a que el resarcimiento del daño "consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior", el juzgador ha de realizar un juicio de probabilidad que permita situarse en el momento de privación del dinero, e imaginando que esta circunstancia no se hubiera verificado, para evaluar, a partir de allí, qué perjuicio pudo haber sufrido en razón de la incautación, sin soslayar el derivado de las restricciones impuestas por la normativa que se fue dictando en la citada época.

Es evidente que, a la injusta privación del dinero, sin perjuicio de las restricciones aplicadas en el primer período al que me referí antes, ningún perjuicio le hubiera ocasionado en orden a la paridad cambiaria, pues en él, la relación continuaba siendo de 1 a 1.

Quiere decir entonces, que de haberse probado perjuicio alguno en la diferencia de cambio dólar - pesos, éste recién se habría verificado a partir del 06.01.02, aunque en este caso, otras causas (como la reglamentación en

materia de exportaciones que enseguida veremos) hubiesen concurrido al perjuicio, y tales ya no eran imputables al demandado.

Por tal razón, convertir a valor de dólar al día de la restitución, la suma de pesos apropiada, sin cortapisas, y por el mero hecho de suponer que durante ese lapso la actora adquirió materia prima, insumos, embarcaciones y sus componentes, o debió aumentar los sueldos y las participaciones en la producción de langostinos, significa ingresar en el terreno de las conjeturas. Y su resultado, a mi modesto entender, no es otro que un formidable enriquecimiento sin causa a favor de la accionante.

Sin un exagerado esfuerzo de memoria, me permito recordar que el 3 de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 1570/2001, que establecía prohibiciones para las entidades financieras y para el público.

En efecto, el decreto 1570/01, además de establecer lo que se denominó luego el "Corralito I", dictando toda una nueva operativa del sistema bancario, estableció en su art. 7º la prohibición de exportar billetes y monedas extranjeras, salvo que se realizaran a través de entidades controladas por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias y que previamente hubieran sido autorizadas por el BCRA o que fueran inferiores a U$S 1000.

En un primer análisis, me pregunto cómo hubiera hecho la parte actora para continuar normalmente su operatoria de exportaciones, sin soslayar esa normativa.

Dicha norma fue complementada por la Comunicación "A" 3378 BCRA, la cual explicó mejor los alcances de las disposiciones de los Artículos 2º, inc. b), y del 7º del 1570/01.

De este modo, el decreto 1570/01 se convirtió en el primer antecedente del giro que empezó a dar la normativa respecto al libre flujo de divisas. Es por ello que la fecha de su dictado constituye, sin duda, un punto de quiebre

en las normas, cerrando una etapa de libertad en la disposición de la divisa, y comenzando una de mayor regulación.

Pocos días después del dictado el Decreto 1570/01, es decir el 5 de diciembre se dictó el decreto 1606/01, que establecía en sus considerandos, entre otras cosas, la conveniencia de modificar el mencionado artículo 7º del Dec. 1570/01 incrementando a U$S 10.000 la autorización de exportación de billetes y monedas extranjeras.

Sigo sin obtener respuesta a mi primer cuestionamiento, pues, a la luz de la pericia contable de fs. 459/465, si bien menciona las ventas al exterior de la empresa en el período 2001 (por $ 113.544.825) y de 2002 (por 233.305.921), nada se dice respecto de esta etapa de limitaciones, que, justamente, es la por la que transcurrió el dinero "incautado".

Sólo 6 días después del dictado del Decreto 1606/01, se dio un nuevo giro en la mayor intromisión de la autoridad monetaria en el mercado de divisas en su relación con el comercio exterior.

Antes de finalizar el año 2001 el Poder Ejecutivo Nacional dispuso un nuevo cambio, acentuando aún más la intervención sobre la relación "mercado de divisas-comercio exterior" que estaba reestrenando.

Con fecha 14 de Diciembre de 2001, la Secretaria de Industria y Comercio dictó la Resolución 269/01. Para el dictado de la misma se tomaron como antecedentes lo establecido en los Decretos 570/01, 1606/01 y 1638/01 y la Com. "A" 3394 BCRA, resolviéndose el dictado de la Resolución 269/01 SIC: a la luz del art. Artículo 1º, se establece que los exportadores deberán ingresar al sistema financiero los fondos provenientes de las operaciones de exportación cuyo permiso de embarque se haya oficializado a partir del día 6 de Diciembre de 2001 dentro de los plazos establecidos en el Anexo I que formaba parte integrante de la misma Resolución, los cuales van, dependiendo del tipo de producto (Capítulo del Nomenclador) desde los 15 a los 180 días corridos.

El proceso de convulsión que se inicia el 19 de Diciembre de 2001 produjo un cambio radical el día 6 de Enero de 2002. Ese día es sancionada y promulgada parcialmente la Ley Nº 25561 (Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario).

En resumen, la misma establece entre otros puntos: a) el dictado de la ley Ley 25561 (Emergencia Pública y Reforma de Régimen Cambiario), que en su Título II, Artículo 2º dispone que el PEN queda facultado para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias. Además en su Título III, Artículos 3º, 4º y 5º, modifica la Ley de Convertibilidad derogando y modificando en forma íntegra los Artículos de la Ley Nº 23928 (Convertibilidad del Austral); b) la mencionada ley fue complementada por el Decreto 214/02 del 3 de Febrero de 2002, en el cual se dictan, entre otras medidas: la "pesificación" de los depósitos en dólares en el sistema bancario a razón de $ 1,4 por dólar (artículo 2º), de las deudas con el sistema financiero a razón de $1 por cada dólar adeudado (artículo 3º), y la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (artículo 4º).

En materia de política exterior, el 11 de enero de 2002 entró en vigencia la Comunicación "A" 3425 BCRA, a través de la cual se reguló el Mercado Oficial y el Mercado Libre de Cambio, y de cuyo texto se desprende que la Obligación de Ingresar las Divisas (establecida en los Decretos 1606/01, 1638/01 y en la Resolución 269/01) fue sustituida por la Obligación de Liquidar las Divisas a través del Mercado Oficial de Cambios, Comunicación "A" 3425 BCRA: En el Capítulo A de esta Comunicación se reguló el funcionamiento del Mercado Oficial de Cambios. En el mismo se encontraban autorizadas para operar todas las entidades financieras que participaban regularmente en operaciones de comercio internacional con la intervención de sus corresponsales en el exterior.

El tipo de cambio del Mercado Oficial de Cambios, de aplicación para las operaciones que realizaran las entidades con el Banco Central y sus clientes, sería de $ 1,40 por dólar estadounidense.

El segundo cuestionamiento, y que tampoco encuentro respuesta, es aquél que señala que, si la actora hubiera realizado operaciones de comercio exterior a partir del 06.01.02 (extremo que nunca probó) no hubiera pagado el dólar a $ 2,97 (como se situaba al tiempo de restitución del dinero) sino a $ 1,40.

Recién el día 8 de Febrero de 2002, se introdujo un nuevo cambio sustancial en la normativa a través de la Comunicación "A" 3471 BCRA: en ésta se resolvía que, a partir del 11 de Febrero, operaría un Mercado Único y Libre de Cambios para todas las transacciones cambiarias, con las siguientes características: a) el tipo de cambio resultaría del libre juego de la oferta y la demanda; b) Las operaciones de venta de cambio se realizarán contra pesos billetes aunque se establecen algunas excepciones; c) las entidades financieras y cambiarias deberán dar cumplimiento al registro de las operaciones e identificación de sus clientes (DNI, CUIT o CUIL y firma del cliente). Es decir que, por medio de esta Comunicación, se resuelve eliminar el funcionamiento del Mercado Oficial de Cambios en el cual durante un mes se habían liquidado las operaciones de comercio exterior a un tipo de cambio de $ 1,40 por dólar. En su lugar se instauraba un Mercado único cuyo tipo de cambio para la liquidación sería el de un "dólar libre".

El día 1º de Marzo de 2002 el BCRA resolvió disponer la determinación del "tipo de cambio de referencia". Esta modificación en la normativa fue introducida por la Comunicación "A" 3500 BCRA, que señalaba que el Banco Central obtendría cada día hábil bancario cotizaciones del tipo de cambio de compra y venta del dólar para operaciones liquidables en pesos y en dólares en la fecha de cotización. Esas cotizaciones solicitadas a través del sistema SIOPEL del Mercado Abierto Electrónico (MAE) a todas las

entidades participantes, deberían reflejar las condiciones predominantes en el mercado de cambios mayorista. Esos pedidos de cotización serían realizados en tres rondas diarias: entre las 10:00 y 10:59; entre las 12:00 y 12:59 y entre las 14:00 y 14:59.

El BCRA procedería al cálculo del tipo de cambio de equilibrio correspondiente a cada uno de los períodos mencionados aplicando un determinado procedimiento (Algoritmo de cálculo).

Finalmente, el BCRA informaría el tipo de cambio que resultaba mediante un comunicado de prensa y lo publicaría en la página institucional el día hábil bancario inmediato siguiente.

El dólar de referencia calculado por el BCRA en base a la Comunicación "A" 3500 se fue comportando de tal manera que ha estado siempre por debajo del dólar libre mayorista tanto el cotizado por las casas de cambio como por los bancos (cfr. TORRES, Leonardo Martín, "Mercado de Divisas y Comercio Exterior en Argentina: Análisis desde la Convertibilidad a la Actualidad", Facultad Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo, Tercera Versión, Julio 2002).

Tengo para mí que desde el 24.10.01 y el 03.12.01, no hubo cambio en la paridad, pero sí restricciones para la disponibilidad de fondos a la vista y para operaciones de comercio exterior. Este acontecimiento fue una tragedia que no se limitó a coartar el derecho de propiedad de la actora, sino de todos los argentinos.

La actora no probó, que en este período se hubiese provocado perjuicio que resultase de la conexión del hecho jurídico generador (sustracción del dinero) con un acontecimiento distinto, pero habitualmente ligado al primero y por lo tanto, ordinariamente previsible (arg. art. 904, del Cód. Civil).

Si ese dinero hubiese quedado allí, inmutable, hasta el 06.01.02, posiblemente hubiera sufrido los perjuicios propios de las restricciones que

el Gobierno venía decretando, pero sucede que tampoco acreditó que esos fondos estuvieran destinados a operaciones de comercio exterior, maquinarias, aumento de sueldos, participaciones a personal embarcado etc, aun cuando este último extremo no hubiera tenido por legitimado pasivo, seguramente, al hoy demandado.

A partir del 06.01.02 hasta el 08.02.02, el tipo de cambio para exportaciones importaba la relación de $ 1,40 por u$s dólar; en modo alguno el valor de resarcimiento que el decisorio, sin mayores explicaciones y con menos fundamento, fijó.

Finalmente, para el período transcurrido entre el 08.02.02 hasta la fecha de restitución del dinero (14.04.02), no sólo no se probó la existencia de alguna operatoria frustrada de la actora, sino que dicho valor de referencia fuese el mismo que el fijado por los bancos o las casa de cambio, que el decisorio tuvo en cuenta para cuantificar el resarcimiento.

Es que el daño, para ser resarcible, debe ser cierto.

El actor debió demostrar el perjuicio cierto causado por la indisponibilidad del dinero, durante el lapso de su indisponibilidad, es decir, el perjuicio muy verosímil, tan verosímil como para tener mérito de ser tenido en consideración (Le Tourneau, Philpe en "Tratado de Responsabilidad Civil, TRIGO REPRESAS, Félix – LÓPEZ MESA, Marcelo J, T° II, Ed. la Ley, p. 27). (SDC 10/12 CAPM)

Y el daño es cierto cuando se puede ponderar, cuando es tangible, cuando su reclamo no constituye un "castillo de arena" (TRIGO REPRESAS, Félix – LÓPEZ MESA, Marcelo J, T° I, p. 414).

Si bien es cierto que la certidumbre debe darse en cuanto a su existencia, presente o futura, aunque el monto del perjuicio no pueda ser determinado al momento de dictarse la sentencia, no es menos cierto que el actor, dadas las particulares circunstancias en la que ingresó la economía del país a través de normativas emergenciales a partir del 03.12.01, debió dar cuenta

en autos -con la debida prueba- que esas circunstancias no obstaban al normal desarrollo de la actividad a la que se dedicaba.

Es decir, el daño que reconoce la sentencia como cierto, es un daño conjetural. El decisorio supone que por tratarse de una actividad atada al dólar en un 98%, probadas sus ventas al exterior entre 2000 y 2003, en un lapso de 6 meses -que nada más, ni nada menos conformaron una época de verdaderas restricciones en materia financiera y bancaria- le generó un daño meta-emergencial, sin atender las pruebas que, respecto de ese período, se pudieran haber arrimado, y que por cierto, brillaron por su ausencia.

En todo caso, el decisorio indemnizó meras hipótesis, conjeturas, dañosas, pero en modo alguno daños efectivos.

En palabras de RIVERA, cierto es que no es lo mismo el matrimonio asalariado que deja de pagar el alquiler, que la empresa que desatiende el canon vocativo por decisión de financiar su faltante de efectivo destinando a los fondos para otros fines comerciales. Este último -o cualquier otro- pudo haber sido motivo fundado de la actora para acreditar el perjuicio invocado en su cuenta corriente y la asimétrica desproporción que le pudo provocar la falta de fondos suficientes. Pero nada de ello probó en ese ni en ningún otro aspecto del aludido daño.

El carácter cierto del daño permite constatar que éste sea pasado, presente o futuro; y habrá certidumbre del mismo cuando aparezca con evidencia que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre. Es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, lo hipotético o lo posible (cfr. GIL BOTERO, Enrique "Temas de Responsabilidad extracontractual del Estado", 3ª. ed, Ed. Comlibros, Medellín, 2006, p. 70.).

Por tal razón, si bien soy de la opinión que en supuestos como el presente las consecuencias mediatas han de ser indemnizadas, por entender -al igual

que la Sra. jueza de grado anterior- que ha habido conducta maliciosa del banco demandado, en cambio, soy partidario de desestimar el daño reconocido en tal carácter por el decisorio de autos. Ello así, por no haber probado la actora la certeza del mismo, durante el período en que dicho dinero no estuvo, injustamente, a disposición del actor, por lo que la pieza decisoria convirtió mágicamente un dinero en otro bien distinto, sin justificación.

Resolver del modo en que lo hizo la Sra. Jueza *a quo*, constituye un enriquecimiento sin causa, dado que para su decisorio, dio lo mismo que el dinero hubiese sido reintegrado o no, a la luz de los intereses que manda aplicar desde que "aquella fuera debida" (24.01.01) y "hasta su efectivo pago". Y no debe soslayarse que el mismo fue restituido a la cuenta en cuestión en fecha 16.04.02, tiempo a partir del cual el demandado lo tuvo -o pudo tener- a disposición, en la medida que la legislación vigente de ese momento se lo permitiera.

No debe olvidarse -pareciera ser que la sentencia sí lo hizo-, que la incautación del dinero, generó para el Banco accionado una obligación de dar sumas de dinero, regidas por los arts. 617 y ss . del Cód. Civil.

Además, cabe hacer notar que la cuenta corriente objeto de dicha conducta por parte de la entidad financiera, se encontraba abierta en pesos, y la detracción del dinero, también fue hecha en esa moneda.

El art. 619, Cód. Civil señala que "si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada...".

Para colmo, dicha apropiación fue realizada con anterioridad a norma emergencial alguna, por lo que sus efectos no alcanzaron la suma adeudada.

En efecto, respecto de las obligaciones en pesos nacidas con anterioridad a la vigencia de la ley 25561 (tal como sucede en nuestro caso), no se produce

modificación sustancial, pues rige para ellas el principio nominalista, con prohibición de actualización de cualquier naturaleza arg. arts. 3 a 5, ley 25561; arts. 7 y 10, ley 23.928, mod. Ley 25561; art. 619, Cód. Civil). El legislador entendió que "nada" había ocurrido con las obligaciones en pesos, por lo cual se mantiene el sistema nominalista. No obstante, los rigores de este sistema se han atenuado (jurisprudencial y doctrinariamente) mediante el aumento de las tasas de interés, que indudablemente, contienen escorias inflacionarias (cfr. OSSOLA, Federico, "Mecanismo Directos e indirectos de recomposición del deterioro de la moneda. Tendencias jurisprudenciales locales", en Cuaderno de Obligaciones (I)", (Carlos Gustavo Vallespinos. Director), ED. Alveroni, Córdoba, 2006, p. 200).

Y en materia de intereses, debo confesar que el límite de los agravios me impide analizar los establecidos por el decisorio, no sin dejar expresa constancia, que en un tema tan espinoso, y que ha dado lugar a decisiones judiciales tan disímiles en los Tribunales argentinos, llama la atención que ninguna queja hubiese alzado el Banco perdidoso en tal sentido.

De modo tal que, en ese límite (arg. art. 274, del CPCC), coincidiré con el Sr. Juez preopinante en cuanto a que los intereses establecidos en el Considerando 3 de la sentencia de la *a quo*, deberán aplicarse sobre la suma de $ 1.045.473,78 exclusivamente.

Por las razones expuestas, soy de la opinión de acoger favorablemente el agravio de la demandada.

4.

Se agravia la parte actora por cuanto: a) el decisorio ha omitido condenar al pago del interés moratorio devengado sobre la suma que en concepto de diferencia de cambio de la moneda dólar se produjo a la fecha de la devolución del capital; b) por cuanto la sentencia omitió consignar que el

tipo de cambio del dólar allí fijado , corresponde a las operaciones de venta de esa moneda.

Con respecto al primero de los agravios, debo realizar algunas precisiones, so riesgo de convertir al proceso en un escenario lúdico, tentando posturas del "quien da más", sin fundamento jurídico alguno que lo avale.

A mi humilde entender, tres son las clases de intereses que contempla nuestro ordenamiento jurídico positivo: los compensatorios, los moratorios y los punitorios.

Excluyo los "sancionatorios", (art. 622, 2° párr.), del Cód. Civil, pues participo de la idea que señala que tienen una naturaleza particular, que en cierto modo, no responde a la concepción clásica en materia de intereses. A ello, debe sumarse la naturaleza netamente procesal asignada a la figura (cfr. OSSOLA, "Intereses.., op. cit.", p. 189).

El primero de ellos, que también se denomina "lucrativo", es el que verdaderamente responde a la esencia del concepto económico de "interés". Es el que se paga por tener un capital dinerario que, o no es propio (sea, porque ha sido prestado), o debe ser entregado a otra persona (porque se lo debemos por imperio de la ley). Ello, con independencia de la existencia de la mora del deudor. Algunos casos expresamente previstos están regulados en los arts. 466, 1950, 2030 y 2298, entre otros, del Cód. Civil. Es decir, en principio son convencionales, aunque la ley los determina en algunos supuestos que algunos autores denominan "intereses retributivos", con la mera finalidad de restablecer el equilibrio patrimonial de las partes, y con total independencia del estado de mora (ver arts. citados).

Por imperio de lo dispuesto en el art. 2209, Cód. Civil, y arts. 575 y 579, del Cód. Comercio, ninguna duda cabe que estos intereses le son debidos a la actora, y fueron confusamente reconocidos en el decisorio de autos (ver considerando 3, 1° a 3° párrafo), ya que no expresa el pronunciamiento a qué tipo de intereses se refiere.

El interés moratorio, por su parte, tienen un rasgo esencial: se devengan *ipso jure* a partir de la mora, por expresa disposición legal, sea por retener un capital después de la fecha en que debía pagarla o devolverla.

Ello, representa la indemnización o resarcimiento específico y legal de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor por el incumplimiento de las obligaciones puramente pecuniarias, sin necesidad que ese acreedor pruebe que el retardo le ocasionó perjuicios; la ley estima que esos perjuicios son inevitables, forzosos y automáticos, desde que el acreedor se vio privado de disponer oportunamente de un capital que produce frutos, precisamente intereses (cfr. Cám. Civil. Com. Minas. Paz y Trib. Mendoza, 2ª, 29.08.86, AP 33/11270).

Se trata, en definitiva, de una presunción *iure et de iure* : aun cuando el deudor demostrare que el acreedor no sufrió perjuicio alguno derivado del incumplimiento, ello es irrelevante pues tal presunción de daño lo beneficia: los intereses moratorios, igual serán debidos (OSSOLA, Federico A, "Intereses. Perspectiva Jurídica", en "Cuadernos...", op. cit., p. 182.

Son los intereses a que refiere el pto. 3) de los Considerandos del decisorio, en su párrafo 4, aunque expresado en términos no menos confusos, pues tampoco señala a qué concepto de intereses se refiere. Ello, sin perjuicio de abrir juicio de valor sobre su cómputo, pues, como ya adelanté, no fue materia de agravio.

Finalmente, se ubican los punitorios. Su función no es sólo resarcir, sino también castigar el incumplimiento. Su nota característica reside en que la indemnización a abonarse es exclusivamente fijada en la cláusula penal (art. 656, 1er. párr.) del Cód. Civil. Nada de ello ocurrió en autos, y, en consecuencia, queda al margen del análisis de este proceso.

El apelante señala *" que se ha omitido entonces en el decisorio de la Juez a quo, conforme constituyó el objeto de la demanda, condenar al pago del interés moratorio calculado respecto de la suma que por diferencia de cambio de la moneda dólar*

estadounidense adeuda la accionada desde el 16.04.2002, y ello hasta el efectivo pago, siendo este accesorio perfectamente diferenciado del capital del cual constituye su fruto", que el decisorio ha aplicado tales intereses "sobre la suma resultante" (esto es capital más intereses, fijados anteriormente), desde que la suma es debida y hasta su efectivo pago (ver 2° párr. de fs. 635 vta).

Sentado ello, cabe analizar si ciertamente el decisorio omitió, como señala el apelante actor, la aplicación de intereses moratorios, y me adelanto a responder negativamente.

Por el contrario, ya he dicho que el límite del agravio me impidió expedirme sobre el cómputo de los intereses aplicados en el decisorio.

No obstante, frente a la queja del actor, debo recordar que el decisorio señaló que *"resulta incuestionable que la actora se vio privada de disponer de la suma indicada durante ese lapso"* (débito y reintegro), "*considerando que la actora debe ser colocada en una situación a la que tendría de no haber ocurrido el actuar antijurídico de la demandada, pues puede presumirse que no contando con el dinero, se ha visto forzada a suplirlo acudiendo al crédito a los fines de asumir sus obligaciones comerciales"*.

Tengo para mí, como ya he adelantado, que, con deficiencias conceptuales, el decisorio ha fijado allí intereses compensatorios, fruto de la aplicación del art. 575 del Cód. de Comercio, que señala que *"el depositario de una cantidad de dinero no puede usar de ella. Si lo hiciera son a su cargo todos los perjuicios que ocurran en la cantidad depositada, aunque provengan de caso fortuito, y debe abonar al depositante los intereses corrientes"*.

En el 4° párrafo del Considerando 3), la sentencia de la otra Instancia manda aplicar, sobre la suma resultante (esto es diferencia de cambio del dólar entre el 24.10.01 y el 16.04.02, más intereses durante ese período a "tasa activa del Banco del Chubut para sus operaciones de descuento") nuevos intereses a tasa activa del Banco del Chubut desde que el capital fuera debido y hasta su efectivo pago.

Si ese no es el interés moratorio, conforme las consideraciones formuladas en párrafos precedentes, no comprendo a qué interés se refiere entonces el pronunciamiento; o dicho de otro modo, no me explico en qué categoría ubicaría el apelante al interés que estableció el decisorio en esa parcela de sus consideraciones.

No cabe duda que, en este primer aspecto de la queja, no ha habido omisión alguna, por lo que, con su reclamo pareciera crear un nuevo género de intereses, que, como he dicho, no reconoce el ordenamiento jurídico positivo.

De lo expuesto, surge a las claras que el apelante actor no ha formulado ataque frontal alguno a lo decidido en la Instancia anterior en materia de intereses, ni señala por qué razón dicha pieza decisoria no ha aplicado los intereses moratorios, careciendo en consecuencia, de la crítica razonada y concreta que exige el art. 268, del CPCC. Por tal razón, a mi entender, este aspecto de la queja debe ser declarado desierto.

5.

En cuanto a la aclaración que se pretende, respecto a la omisión del tipo de cambio que debe considerarse a fin de establecer la diferencia en el valor de la moneda estadounidense, cabe señalar que, de acuerdo a lo expuesto en el tratamiento de la queja del demandado, la cuestión deviene abstracta, no sin dejar de señalar que, ni de su demanda de fs. 27/33, ni de su ampliación de fs. 38, surge pedido alguno en cuanto al tipo de cambio “vendedor”, que introduce en su queja.

Acompañaré el criterio del Sr. Juez preopinante, en cuanto a que el recurso de la actora debe ser desestimado.

6.

Con respecto a las costas de esta Instancia, soy del criterio que las mismas deberán ser soportadas por ambas partes, en el orden causado (art. 72, del CPCC), en tanto coincido con el Dr. Fiordelisi en el modo en que regula los honorarios profesionales de los letrados por su labor en esta Alzada.

Por las razones expuesta, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

La parte actora ha interpuesto recurso de apelación por considerar "altos" los honorarios regulados a los letrados de la parte demandada y a la perito contadora actuante en autos. A su vez, el apoderado de la misma parte, por su derecho, ha apelado de la regulación de sus honorarios por considerarlos "bajos".

Teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad del asunto, el resultado obtenido y el mérito de la labor profesional desarrollada en el proceso, considero que las regulaciones practicadas por la Sra. Magistrada a quo se ajustan en un todo a las pautas fijadas por la Ley Arancelaria tanto en el caso de los letrados como de la perito contadora intervinientes en autos. Por lo tanto, soy partidario de que las mismas sean confirmadas por esta Alzada (conf. arts. 3, 5, 6, 7 9, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

La parte actora apela a fs. 643 por bajos los honorarios profesionales regulados a su favor, a fs. 644 apela los honorarios regulados a la Sra. Perito

contadora por altos y a fs. 645 apela la regulación de los honorarios de los letrados de la parte demandada por altos.

Coincidiré con mi colega de Cámara que las regulaciones de los honorarios de los profesionales intervinientes y de la Sra. Perito contadora, practicadas por la Sra. Magistrada aquo deben ser confirmados, atento las razones que expone y comparto, atendiendo al mérito, labor desarrollada y extensión de sus tareas (arts. 5, 6, 8 y cc de la Ley arancelaria.

Por las razones expuestas voto por la afirmativa.

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartido mi voto por los Sres. Jueces integrantes de esta Excma. Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia dictada a fs. 630/636 en el punto en que condena a la parte demandada a pagar a la actora la diferencia en el cambio de cotización del dólar estadounidense con relación al peso producida entre el 24 de Octubre de 2001 y el 16 de Abril de 2002, con más sus intereses.

2) DECLARAR que, atento haberse revocado sólo parcialmente la sentencia de primera instancia y que en estos procesos las costas forman parte integrante de la indemnización, no corresponde efectuar la adecuación que establece el art. 282 del CPCC.

3) CONFIRMAR las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior a los letrados intervinientes y a la perito contadora (conf. arts. 3, 5, 6, 7 9, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

4) IMPONER las costas de la Alzada en el orden causado (conf. arts. 69 y 72 CPCC), regulándose los honorarios del letrado de la parte actora, Dr. L. A. N., en el 25% del monto que le corresponda por su intervención en primera

instancia y los del letrado de la parte demandada, Dr. E. A. I., en el 30% del monto que le corresponda por su actuación en la instancia inferior (conf. arts. 3, 5, 7, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

5) REGISTRESE , NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por EL Sr. Juez preopinante.
Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2012.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia dictada a fs. 630/636 en el punto en que condena a la parte demandada a pagar a la actora la diferencia en el cambio de cotización del dólar estadounidense con relación al peso producida entre el 24 de Octubre de 2001 y el 16 de Abril de 2002, con más sus intereses.

2) DECLARAR que, atento haberse revocado sólo parcialmente la sentencia de primera instancia y que en estos procesos las costas forman parte integrante de la indemnización, no corresponde efectuar la adecuación que establece el art. 282 del CPCC.

3) CONFIRMAR las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior a los letrados intervinientes y a la perito contadora (conf. arts. 3, 5, 6, 7 9, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

4) IMPONER las costas de la Alzada en el orden causado (conf. arts. 69 y 72 CPCC), regulándose los honorarios del letrado de la parte actora, Dr. L. A. N., en el 25% del monto que le corresponda por su intervención en primera instancia y los del letrado de la parte demandada, Dr. E. A. I., en el 30% del monto que le corresponda por su actuación en la instancia inferior (conf. arts. 3, 5, 7, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

5) REGISTRESE , NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12 SDC. CONSTE.