



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
SALA D

En Buenos Aires, a los 24 días del mes de mayo de 2022, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “**GIRE S.A. c/ PAPA, LUISA SEGUNDA y OTRO s/ ORDINARIO**”, registro nº 5940/2018, procedente del JUZGADO Nº 30 del fuero (SECRETARIA Nº 59), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo y Garibotto.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo:

1º) La sociedad anónima actora, en su condición de explotadora del servicio de cobro denominado “Rapipago”, demandó a la señora Luisa S. Papa (agente integrada el citado servicio de acuerdo a contrato suscripto el 13/3/2012) y al señor Adolfo Bellani (fiador solidario, liso, llano y principal pagador de las obligaciones asumidas por la citada agente), por cobro de \$ 352.843,36 correspondiente al saldo pendiente de ingreso por cobranzas efectuadas a terceros, más intereses y costas (fs. 83/87).

En sustancial síntesis, los demandados resistieron la pretensión afirmando haber cumplido adecuadamente con la obligación contractual referente a la custodia de los fondos recibidos, esto es, al ingreso en la caja de seguridad proporcionada por la actora de aquello pagado y/o entregado por terceros, pero que, no obstante, fueron víctimas de un robo oportunamente denunciado en sede policial que involucró, precisamente, la desaparición de la referida caja y de su contenido (fs. 156/158).

Fecha de firma: 24/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#31602902#328636025#20220524101124538

2º) La sentencia de primera instancia –dictada el 17/2/2022- rechazó la demanda, con costas a Gire S.A.

Para así concluir concluyó el fallo que el robo referido en la contestación de demanda había constituido un hecho inevitable, extraordinario y ajeno a la voluntad del deudor que no pudo resistir, por lo cual calificaba como un caso fortuito eximiente de su responsabilidad; y que a la desestimación de la demanda por esa razón no formaba óbice la cláusula 3.6. del Anexo III del contrato suscripto el 13/3/2012 (cláusula por la cual la agente asumía la responsabilidad de custodia de los fondos en efectivo o en cheques, incluso en caso de hurto, robo, pérdida o destrucción), toda vez que tal estipulación debía tenerse por no escrita por aplicación de lo dispuesto por el art. 988 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Contra tal decisión apeló la parte actora, quien expresó sus agravios mediante escrito presentado el 8/4/2022, cuyo traslado resistieron los demandados el 19/4/2022.

3º) La lectura del expediente muestra una lamentable disociación entre los hechos del caso y la carga de argumentación que el rito impone tanto a las partes al constituir el proceso, como al juez al dictar sentencia.

Así, la demanda de la actora reseñó los hechos del caso pero de modo harto parcial, pues omitió mencionar el episodio delictivo del que extrajudicialmente fue anoticiada por la agente quien, en tal ocasión, específicamente le asignó el carácter de caso fortuito (carta documento del 26/12/2016; fs. 129 –reservada-). A mi modo de ver, tal omisión de la demandante importó un notorio defecto argumentativo suyo, pues la explicación clara a la que alude el art. 330, inc. 4º, del Código Procesal, supone en las acciones personales la exposición de los hechos eficientes o conexos con el litigio, sin omitir los que tuvieran alguna relación aunque sea indirecta o que de cualquier manera pudieran influir en la resolución final (conf. Alsina, H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 53, nº 10). Casi innecesario es agregar que la correcta exposición de los hechos hace a la efectividad de un leal y honorable debate procesal (conf. Couture, E.,



Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1958, ps. 190/191, nº 119).

De su lado, la contestación de la demanda sí hizo referencia al mencionado episodio delictivo, pero llamativamente ya sin calificarlo como un caso fortuito a diferencia de lo que había hecho extrajudicialmente; extremo este último que, desde la perspectiva defensiva, también muestra un defecto argumental pues una eximente de responsabilidad de tal índole supone específica alegación y prueba por parte de quien la invoca (conf. López Mesa, M., *Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código*, LL 2015-C, p. 933, cap. VI).

En ese marco de ausencia de explícita invocación en los escritos constitutivos del proceso de un caso fortuito o fuerza mayor (los conceptos son jurídicamente sinónimos; art. 1730 *in fine*, CCyC), sea para negarlo por parte de la actora, sea para afirmarlo por el lado de los demandados, fue el juez quien argumentó oficiosamente con base en él.

Pero esta última actuación oficiosa, que no ha merecido crítica alguna de las partes ante esta alzada, no lo fue siquiera de un modo argumentalmente feliz.

4º) Cabe observar que el episodio delictivo (cuya existencia no es controvertida) calificado por la sentencia recurrida como un caso fortuito, no fue un robo a mano armada o en banda, sino uno común.

En efecto, la lectura de la denuncia policial efectuada por el codemandado Bellani (fs. 126, reservada) muestra, con notoria claridad, que el evento se perpetró en la noche del 8 al 9 de diciembre de 2016 mientras permanecía cerrado el local donde funciona el servicio de Rapi Pago, esto es, cuando ninguno de los demandados o persona a ellos vinculada estaba en el lugar, habiendo sido facilitado por la apertura de un boquete en el techo por el cual entró el o los delincuentes para robar la caja de seguridad provista por la actora. Tal robo fue advertido por el citado codemandado cuando a las 8.30 hs. de la mañana siguiente abrió el local, por lo cual es claro que ni él ni nadie enfrentó un robo a mano armada, en banda o evento irresistible semejante.

Llama la atención, por ello, que en el memorial de agravios la representación letrada de la actora aluda al “...robo a mano armada del que habría resultado víctima la demandada...” (página 4). Semejante afirmación,



obviamente, no es más que el fruto de una inadecuada o ausente ponderación de los hechos comprobados de la causa.

Pero más desconcertante que lo anterior es, ciertamente, lo que resulta de la sentencia recurrida, pues a un caso como el presente que no se vincula a un robo a mano armada o en banda, se lo trató en el decisorio como si lo fuera para inferir de ello un inexistente caso fortuito.

Para comenzar, cabe mencionar que el fallo refirió como precedente jurisprudencial análogo uno que, en rigor, no lo es, pues a diferencia del *sub examine*, la situación fáctica de tal precedente sí había sido la de un robo a mano armada (conf. CNCom., Sala E, 29/5/2015, “Gire S.A. c/ Peronace, Yolanda Teresa s/ ordinario”, expediente nº 21768/2015).

De tal suerte, la sentencia apelada no hizo más que incurrir en arbitrariedad bajo la conocida causal de invocación de jurisprudencia no aplicable a la *litis* (conf. CSJN, Fallos 270:225 y 300:88).

Además de esto último, el decisorio apelado afirmó que “...*un robo de las características del ocurrido...*” (el cual, se insiste, no fue con uso de armas o en banda) constituía un caso fortuito y para fundar tal aserto recurrió a citas de doctrina y jurisprudencia que tampoco conducían a esa conclusión.

Veamos.

No fue pertinente la cita de Alfredo Colmo efectuada en la sentencia apelada, pues precisamente este autor escribió lo contrario de lo sostenido en ella. En efecto, partiendo del concepto de inevitabilidad o no del evento extraño, este doctrinario decía que “...*el robo común no es casus, y lo es el robo hecho en banda...*” (conf. Colmo, A., *De las obligaciones en general*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, p. 97, nº 121). En otras palabras, un robo como el referido en las presentes actuaciones, no era considerado caso fortuito por el citado autor.

Tampoco fue adecuada la mención de Luis María Rezzónico, autor que también es citado en el fallo de la anterior instancia. Este doctrinario escribió lo siguiente: “...*El robo común no constituye caso fortuito, pero sí lo sería el efectuado por una banda de ladrones (...), o siempre que se produzca a mano armada o en otras condiciones que lo hagan irresistible para el deudor...*” (conf.



Rezzónico, L., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1956, p. 107). Bien se ve, una vez más, la doctrina citada es contraria a lo expuesto en el fallo recurrido.

Absolutamente improcedente fue también la referencia hecha por la sentencia de primera instancia del comentario exegético al Código Civil que dirigió Augusto C. Belluscio y coordinó Eduardo Zannoni. En efecto, en el comentario al art. 513 el anotador de tal precepto, Jorge A. Mayo, claramente expuso una interpretación diferenciadora concordante con las anteriores al decir -con mención de jurisprudencia- que “...el robo a mano armada ha sido considerado como caso fortuito que exime de responsabilidad (...), pero no el robo o hurto simple...” (conf. Belluscio, A. y Zannoni, E., *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Editorial Astrea, 1979, t. 2, p. 667, apartado “e”).

Por cierto, la jurisprudencia mencionada por el fallo de primera instancia para afirmar, como ya fue dicho, que “...un robo de las características del ocurrido...” constituía un caso fortuito, muy lejos está de haber sostenido semejante conclusión. Antes bien, ninguno de los precedentes citados siquiera se vinculó a la hipótesis de robo como supuesto evento fortuito y con aptitud para constituir una eximente de responsabilidad.

En efecto, el caso “Chueca de Donato” (JA 1985-I, p. 17) se refirió a la invocación como caso fortuito de la situación económica del país y de los trastornos financieros de la empresa constructora de un inmueble para pretender eximir a su vendedor de la responsabilidad por incumplimiento de entrega frente al comprador. De su lado, la cita de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no fue menos equívoca pues: I) en las registradas en Fallos 312:2412 y 321:700 se examinaron accidentes ferroviarios en los que se ponderó si había o no culpa de la víctima como eximente de responsabilidad; II) en Fallos 317:1336 se analizó la responsabilidad del ferrocarril por los daños sufridos por un dependiente suyo con fundamento en el art. 1113 del Código Civil de 1869; III) en Fallos 321:738 el Alto Tribunal rechazó un recurso extraordinario en los términos del art. 280 del Código Procesal, pudiendo leerse en los votos disidentes que también se trataba de una demanda de daños y perjuicios por un accidente



ferroviario; IV) en Fallos 327:5203 igualmente se juzgó un caso de responsabilidad ferroviaria a la luz del citado art. 1113; y V) en Fallos 324:2480 se resolvió un conflicto jurisdiccional entre un juez provincial y uno nacional.

En otras palabras, las restantes citas de jurisprudencia en la que se apoyó el pronunciamiento apelado incursionaron en lo mismo ya denunciado respecto del caso que se dijo análogo, a saber, arbitrariedad porque los antecedentes no responden al problema debatido en autos.

A todo evento, si de fallos de la más alta instancia judicial del país se trata, bueno es observar que a diferencia de lo sostenido por el juez *a quo*, la Corte Suprema ha sido categórica en encuadrar el robo a mano armada como un supuesto de caso fortuito, pues tal hipótesis hace impensable cualquier resistencia y lleva a admitir que se configura un hecho inevitable (conf. CSJN, 11/2/03, "Alberto Finardi c/ D'Odorico Propiedades S.R.L.", Fallos 326:107). Empero, el Alto Tribunal jamás ha dicho lo mismo con relación a la hipótesis de robo común que es la de autos.

5º) Solamente la opinión de Jorge J. Llambías -también citada por la sentencia de primera instancia- avalaría la posibilidad de concebir al robo común como una posible hipótesis de caso fortuito. Este autor, en efecto, consideraba una exigencia rigurosa que el robo fuese con armas -o en banda- para calificarlo como caso fortuito, pareciéndole que debía bastar que el hecho quede perfectamente comprobado y que no pueda imputarse culpa alguna al deudor en el cuidado de la cosa (conf. Llambías, J., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 229, nº 203, apartado "a").

Pero hete aquí que el criterio de Llambías fue minoritario en la doctrina nacional, ya que otros doctrinarios, al igual que Colmo y Rezzónico, también abrazaron el parecer de que el robo debe reputarse caso fortuito sólo cuando ha sido hecho a mano armada o con fuerza irresistible (conf. Borda, G., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 106, nº 117, texto y nota nº 260; Busso, E., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 315, nº 106; Salvat, R. y Galli, E., *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones en general*, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 164, nº 151; De Gáspéri, L. y Morello, A., *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones en general*, Buenos



Aires, 1964, t. II, p. 251; Cazeaux, P. y Trigo Represas, F., *Derecho de las Obligaciones*, La Plata, 1979, t. I, p. 517; Aguiar, H., *Hechos y Actos Jurídicos*, Buenos Aires, 1936, t. II [actos ilícitos], p. 676, nº 203, con cita de la idea concordante que resultaba del art. 2237 del Código Civil de 1869).

Vale observar que el precedente criterio nacido del análisis del Código Civil de 1869, se mantiene en las voces autorales que han examinado con detenimiento el art. 1730, CCyC (conf. Azar, A. y Ossola, F., en la obra dirigida por Sánchez Herrero, A., *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 2016, t. III, p. 366, texto y nota nº 101; Picasso, S. y Sáenz, L., *Tratado de Derecho de Daños*, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 371, texto y nota nº 159).

Es, asimismo, el criterio de la doctrina extranjera, que también concluye que el robo, por sí mismo, no constituye un caso de fuerza mayor o fortuito, ya que el deudor puede tomar medidas para evitarlo (conf. Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A., *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Buenos Aires, 1963, t. 2, vol. II, ps. 198/199, nº 1586; Giorgi, J., *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1928, vol. II, p. 40) y que, en consecuencia, por su carácter irresistible, únicamente se considera tal el que se perpetra a mano armada (conf. Puig Peña, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1946, t. IV, vol. I, ps. 250/251; Espín, D., *Manual de Derecho Civil Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, vol. III, p. 225; Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958, t. III, p. 167; Albaladejo, M., *Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1994, t. II, vol. 1, p. 170, nº 8; Le Tourneau, P., *La responsabilicé civile*, Dalloz, 1982, ps. 247/248, nº 734).

En fin, la jurisprudencia de esta alzada mercantil también ha adoptado el apuntado criterio diferencial, calificando como caso fortuito exclusivamente el cometido con uso de armas o en banda (conf. CNCom., Sala D, 1/9/2010, "Allaria Ledesma & Compañía Sociedad de Bolsa SA c/ Administración Gómez Vidal SA y otro s/ ordinario" e "Interfly Tour SA c/ Vigilance SA y otro s/ ordinario"; CNCom., Sala D, 13/11/2014, "Bautec S.A. c/ Transportadora Augusta SP Ltda. s/ ordinario"; CNCom., Sala D, 16/6/2011, "L.P.M. Argentina



S.R.L. c/ PC Arts Argentina S.A. s/ ordinario”), criterio igualmente aceptado por otros tribunales (conf. CNCiv., Sala A, 7/9/2000, “Sugue, Andrea Patricia Leonor c/ Supermercado El Sirio de Carlos Hassan s/ daños y perjuicios”).

6º) Como lógica derivación de lo expuesto hasta aquí, se llega sin esfuerzo a la conclusión de que se impone revocar el fallo en cuanto absolvió a los demandados bajo la idea de ser beneficiarios de una eximente de responsabilidad como lo es el caso fortuito.

Pero aun si no se compartiera la precedente conclusión y, por el contrario, se aceptase que el robo de que tratan las actuaciones sí configuró un caso fortuito o fuerza mayor, igualmente la apuntada revocatoria se impondría porque la señora Luisa S. Papa asumió las consecuencias de tal evento, de resultas de lo cual no puede invocarlo para eximir su responsabilidad.

Sobre el particular, corresponde observar que independientemente del contrato del 13/3/2012 (por el cual se produjo la incorporación de la señora Luisa S. Papa al servicio de cobro “Rapipago”), la citada demandada suscribió un “Comodato de Equipamiento” que, entre otros elementos, incluía la “caja buzón de seguridad” que fue robada en la noche del 8 al 9 de diciembre de 2016 (fs. 127/128). Tal comodato fue mencionado *per relationem* en el contrato del 13/3/2012 (véase cláusulas 2.2.2., 5.1.21. y 5.2.2., e igualmente el “Anexo II - Definiciones” voz “Equipamiento”).

De otro lado, en el propio contrato del 13/2/2012, en lo que concierne a las cobranzas que recibiría de terceros, la señora Luisa S. Papa se obligó al diario depósito de los respectivos fondos en la indicada “caja buzón de seguridad” (cláusula 3.2), así como a la custodia de las sumas ya ingresadas a ese habitáculo con el siguiente alcance: “...*El agente será responsable por la custodia de los fondos tanto en efectivo como en cheques (incluyendo, sin limitación, el caso de hurto, robo, pérdida o destrucción, ya sea total o parcial, de los Fondos) hasta tanto reciba del personal autorizado de la ETC la copia del Remito firmado por este último...*” (cláusula 3.6 del Anexo III “Instructivo Operativo”; se aclara que la sigla ETC se refiere a la empresa transportadora de caudales).

En otras palabras, con evidente claridad, lo que la señora Luisa S. Papa asumió fue las consecuencias del caso fortuito originado en el robo -con o sin uso



de armas, en banda o no, ya que no se discriminó- de las cantidades ingresadas a la “caja buzón de seguridad” mientras no fuesen retiradas por el personal habilitado para ello.

Así las cosas, sea como comodataria de la “caja buzón de seguridad”, sea como depositaria responsable de la custodia de los fondos ya alojados en tal habitáculo, lo pactado con el referido alcance determina, como se ha dicho, una imposibilidad de alegar la eximente de responsabilidad relativa al caso fortuito o fuerza mayor.

Al respecto, cabe recordar que de acuerdo al Código Civil de 1869 la irresponsabilidad del comodatario por caso fortuito o fuerza mayor (art. 2269) cesa, precisamente, cuando “...*hubiera tomado a su cargo las consecuencias...*” de tal evento según lo previsto por el art. 513 (conf. Salvat, R., *Tratado de Derecho Civil Argentino – Fuentes de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1946, t. 2 [contratos], p. 488, nº 2541, apartado 5º; Borda, G., *Tratado de Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 664, nº 2131, ap. “e”; López de Zavalía, F., *Teoría de los Contratos – Parte Especial*, Buenos Aires, 1993, t. 4, p. 46, nº 123; Lorenzetti, R., *Tratado de los Contratos*, Buenos Aires – Santa Fe, 2004, t. II, ps. 493/495, cap. IX).

Y otro tanto corresponde sostener, desde ya, si se considerase la cuestión desde la perspectiva de las reglas del depósito. En efecto, tenida la señora Luisa S. Papa como depositaria responsable de la custodia de las cantidades ingresadas en la “caja buzón de seguridad”, la cláusula transcripta más arriba también habría de entenderse como continente de una asunción suya de la responsabilidad por caso fortuito derivado de robo (art. 2203 del Código Civil de 1869; Salvat., R., ob. cit., t. 2, ps. 440/441, nº 2414; López de Zavalía, F., ob. cit., t. 4, p. 440, nº 134; Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., t. 9, p. 880, nº 3; Garrigo, R. y Zago, J., *Contratos Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, 1991, t. II, p. 655; Borda, G., ob. cit., t. II, p. 608, nº 2033, texto y nota nº 3496, donde reitera que solo se considera caso fortuito el robo a mano armada o con empleo de violencia irresistible).

A esta altura, necesario es señalar que la asunción de responsabilidad de que se trata no es desmerecida por el hecho de que implicase en esencia una



renuncia de derechos. En este sentido, no es sostenible el razonamiento contrario del fallo apelado.

Es que en la materia no se encuentra comprometido el orden público ni las buenas costumbres, y la renuncia implicada en la asunción de responsabilidad –o bien la agravación de los deberes que ello puede significar- no determina, por sí solo, una posición inaceptable de abuso por esa sola circunstancia. En su caso, queda al deudor la posibilidad de probar las circunstancias que evidencien el abuso u otras causas de apartamiento del principio de libertad contractual, extremo que en el *sub lite* no aparece cumplido en lo más mínimo. Por ello, no otra cosa cabe que mantener la validez y vigencia de lo pactado, en virtud de lo dispuesto por los arts. 889 y 1197 del Código Civil de 1869, sin que pueda sostenerse presente nulidad alguna (conf. CNCom., Sala C, 10/9/1975, ED 68-137; Belluscio, A. y Zanонni, E., ob. cit., t. 9, p. 1079, nº 4, texto y nota nº 5).

En afín pero diferente orden de ideas, al indicado modo de pensar tampoco forma óbice el hecho de que la asunción de responsabilidad examinada surja de un contrato de adhesión a cláusulas predispuestas, o que Gire S.A. sea la parte “fuerte” del negocio.

Como lo ha resuelto esta alzada mercantil en otra causa promovida por la misma actora el “...hecho de que el convenio sea de adhesión o de que exista una posición dominante de una de las contratantes no implica que el consentimiento de la parte débil se encuentre viciado ni que el contrato sea abusivo...” (conf. CNCom., Sala F, 14/12/2020, “Gire S.A. c/Alba Gracia Appiolaza y otro s/ ordinario”; cabe advertir que el concepto transcripto se vinculó a la la cláusula 6.1 del mismo contrato de que aquí se trata, la cual se refiere, de manera más amplia, a la asunción por la agente de la responsabilidad relativa a la custodia de los fondos, incluso en caso de robo, de acuerdo a lo establecido en el citado Anexo III “Instructivo Operativo” donde se inserta, precisamente, la transcripta cláusula 3.6).

En efecto, si bien no es discutible que en las relaciones contractuales entre empresas también juega el criterio general de la necesaria tutela del contratante débil frente a la predisposición de cláusulas (conf. Barrionuevo, A., *Las cláusulas abusivas en los contratos interempresarios y las pymes*”, LL 2008-F, p.



1121; esta Sala D, 30/6/2016, “Encina, Sonia Clara c/ Shell CAPSA s/ ordinario”), no lo es menos que la sola predisposición no es causa, por sí misma, de invalidez del contenido total o parcial del contrato, ni prueba de que la adhesión dada por la parte débil o no predisponente fuera hecha en condiciones de falta de libertad o indebido aprovechamiento (conf. CNCom., Sala B, 23/12/2004, “Automotores y Servicios Grandola SA c/ CIADEA s/ ordinario”). En rigor, incluso tratándose de contratos de adhesión, el contratante débil para desobligarse debe acreditar que no ha podido siquiera negociar los elementos esenciales de la contratación (conf. CNCom., Sala D, 9/8/2012, “Full Motors S.A. c/ General Motors de Argentina S.R.L. s/ ordinario”; íd., 5/6/2013, “Brother Int. Corp. de Argentina S.R.L. c/ Aerocargas Argentina S.A. y otro s/ ordinario”), o bien el carácter vejatorio o abusivo de las cláusulas predisueltas por atribuir al predisponente derechos o facultades de carácter exorbitante o que introducen restricciones injustificadas en los derechos y facultades de la parte adherente (conf. CNCom., Sala B, 24/9/1998, “P. Campanario S.A. c/ Plan Ovalo S.A.”, JA 1998-II, p. 13). Por lo demás, la calificación del acto como antifuncional depende de que ocasione un perjuicio anormal o excesivo (conf. CNCiv., Sala E, 6/2/1978, “Dagir, Abraham c/ Di Leone, Liliana M.”, JA 1978-II, p. 540 citado por Moisset de Espanés, L., “El abuso del derecho”, en la obra de Tinti, G. [coordinador], *El abuso en los contratos*, Buenos Aires, 2002, p. 23, espec. p. 40, nota n° 36). Es que el esquema del abuso del derecho no debe ser utilizado en forma indiscriminada, y menos para derogar un principio capital como lo es el de la autonomía de la voluntad, pues el art. 1071 del Código Civil (íd. art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación) es una norma de excepción y no una vía general para que los jueces revisen las cláusulas de los contratos frente a la sola alegación de ser injustas. Ello ni siquiera es posible tratándose de contratos de adhesión, pues tal característica, por sí sola, no basta para semejante efecto (conf. CNCom., Sala D, 3/7/2018, “Megarecarga S.R.L. c/ Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ organismos externos”; CNCom. Sala E, 10/5/1989, “Mediterránea S.A. c/ Banco Extrader S.A., JA 1989-III, p. 656).

En el caso, la demandada no demostró que el contrato le haya sido impuesto ni que haya existido una conducta abusiva por parte de la actora (art. 377 del



Código Procesal). Antes bien, cabe presumir que la demandada, quien se obligó a recibir cobros asumiendo la responsabilidad de custodia de los fondos respectivos incluso en el supuesto de robo, analizó previamente la viabilidad de los riesgos que asumía. De allí que no pueda ahora dicha parte, luego de acontecida una de las consecuencias negativas que se obligó a afrontar, cuestionar el contrato -como lo hace en el cap. III de su escrito del 19/4/2022- con el objeto de mantener la invalidez declarada en la instancia anterior de la recordada cláusula 3.6.

7º) Sólo resta poner de relieve la también improcedente cita efectuada por el juez *a quo* del art. 988, CCyC, para fundar la decisión que se critica atinente a tener por no escrita la cláusula 3.6.

Esto es así porque el juzgamiento de la validez o no de una cláusula contractual debe ser hecho con sujeción a las normas en vigor al tiempo de suscripción del contrato respectivo, pues ellas son las que fijaron las condiciones determinantes de la eficacia del negocio reputado inválido (conf. Fiore, Pasquale, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1900, p. 347, nº 305; Roubier, Paul, *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, 2008, p. 201, nº 44; Heredia, P., *El derecho transitorio en materia contractual*, RCCyC, año I, nº 1, julio 2015, p. 3, espec. p. 6, texto y nota nº 22; esta Sala D, 14/10/2017, “Kloster, Serafina Nélida c/ Cavallaro, Bruno Salvador y otros s/ ordinario”; íd., Sala D, 27/9/2018, “Perea, Juan Antonio y otros c/ Sud Inversiones y Análisis S.A. y otros s/ ordinario”; íd., Sala D, 20/11/2018, “Moreno, Olga Noemí c/ Compañía de Crédito Argentina S.A. de Ahorro para Fines Determinados s/ ordinario”).

Advertido ello, preciso es recordar que tanto el contrato del 13/3/2012 como el comodato, son anteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que ocurrió el 1/8/2015 (art. 7º de la ley 26.994).

De ahí, entonces, en tal aspecto, la cita por este voto de las normas y doctrina correspondiente al Código Civil de 1869.

8º) En suma, por razón de lo pactado en la citada cláusula 3.6 y, más ampliamente, en la recordada cláusula 6.1, que impiden a la demandada invocar el robo -aun si se lo considerase un caso fortuito o fuerza mayor- para eximirse



de responsabilidad (conf. Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., t. 2, p. 669, nº 11 “a”, texto y nota nº 73), lo cual equivale a una forma de asunción de riesgos que tienen causa en hechos ajenos a la empresa de dicha parte (conf. Busso, E., ob. cit., t. III, p. 325, nº 200), corresponde admitir los agravios de la actora y, en consecuencia, revocar la sentencia en cuanto rechazó la demanda.

9º) Lo concluido precedentemente lleva a examinar de seguido lo atinente al monto por el que debe prosperar la demanda, sin que para ello sea menester provocar una nueva intervención del juez *a quo* (conf. Podetti, J., *Tratado de los recursos*, ps. 147/148, Buenos Aires, 1958; Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, t. IV, p. 419; CNCom., Sala D, 6/6/2007, causa nº 44.885 “Nidera S.A. c/ Materiales Agropecuarios Viedma S.H. de Fiore, Carlos e Isaac, Marta s/ ordinario”; íd., Sala D, 18/4/2007, causa nº 101.830/1999 “La Equitativa del Plata S.A. c/ Empresa Distribuidora Sur (Edesur) y otros s/ ordinario”; íd., Sala D, 5/7/2007, causa nº 51.756/2001 “Marlupa S.R.L. c/ Colegio San Eduardo S.A.”).

El importe reclamado de \$ 352.843,36 se encuentra contablemente registrado como un saldo a cargo de Luisa S. Papa en los libros de la actora llevados en legal forma. Así lo informó el peritaje respectivo a fs. 180, sin recibir críticas de dicha demandada o de su fiador.

De su lado, la parte demandada no ofreció la prueba de libros, por lo que la cuestión se encuentra aprehendida en lo dispuesto por el art. 330, párrafo tercero, CCyC.

Así las cosas, corresponderá condenar a los demandados al pago de la suma indicada y de sus intereses, los que habrán de calcularse a partir del 21/12/2016 -en que se concretó la intimación moratoria de la actora (conf. cartas documento de fs. 80 y 82, reservadas)- hasta el efectivo pago a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días (conf. CNCom., en pleno, 27/10/1994, "S.A. La Razón"), sin capitalizar (conf. CNCom., en pleno, 25/8/2003, "Calle Guevara").

10º) Las costas de ambas instancias deben ser soportadas por los demandados, habida cuenta de su vencimiento (art. 68 del Código Procesal).



11º) Por lo expuesto, propongo al acuerdo revocar la sentencia apelada con el efecto de quedar admitida la demanda y, en consecuencia, condenada la señora Luisa S. Papa y el señor Adolfo Bellani, a pagar a la actora la suma de \$ 352.843,36 con más intereses y las costas del juicio según lo indicado en los considerandos 9º y 10º, respectivamente.

Así voto.

Los Señores Jueces de Cámara, doctores Gerardo Vassallo y Juan Garibotto, adhieren al voto que antecede.

12º) Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Revocar la sentencia apelada con el efecto de quedar admitida la demanda y, en consecuencia, condenar a la señora Luisa S. Papa y el señor Adolfo Bellani, a pagar a la actora la suma de \$ 352.843,36 con más intereses y las costas del juicio, de ambas instancias, según lo indicado en los considerandos 9º y 10º, dentro del plazo de veinte días contado a partir de la notificación prevista por el art. 135, inc. 7º, del Código Procesal.

(b) Resolver sobre los honorarios profesionales como sigue.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, y el art. 30, segundo párrafo, de la ley 27.423, corresponde adecuar el monto de la totalidad de los honorarios al contenido del presente pronunciamiento.

Al efecto y conforme lo tiene decidido esta alzada a partir del precedente “Marcovecchio, Carolina c/ Seiseme S.A. s/ ordinario” (sentencia del 19/11/2019), corresponde abandonar el criterio según el cual la justipreciación de los honorarios que integran la condena en costas debía efectuarse con aplicación oficiosa del límite establecido por el artículo 730 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues nada impide y, al contrario, es aconsejable seguir el criterio sustentado en tal materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esto es, concluir que la norma de referencia no implica fijar un límite máximo al que deba someterse la cuantificación de la retribución sino, únicamente, establecer una valla a la responsabilidad del deudor por el pago de las costas del juicio. Y como tal, por tratarse de una materia distinta al *quantum* de los honorarios profesionales, tal limitación debe -eventualmente- ser propuesta recién en ocasión de su ejecución (CSJN, Fallos, 332: 921; 332: 1118; 332: 1276 y 342:



1193). Tal temperamento -que además coincide con el adoptado por las restantes Salas que integran esta Alzada mercantil (conf. CNCom., Sala A, 29/10/2018, “GPC Valores S.A. c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.Y.G. s/ ordinario”; Sala B, 25/9/2019, “S.I.S.E. S.A. c/ Consorcio de Propietarios Malabia 2723 s/ ordinario”; Sala C, 26/9/2019 “JNC Proyectos y Sistemas S.A. c/ ABN Amor Bank N.V. Sucursal Argentina s/ ordinario”; Sala E, 17/7/2019, “Martínez, Mariel Inés c/ Cablevisión S.A. s/ ordinario”, y Sala F, 28/3/2017, “Predial Propiedades S.R.L. c/ Kandel Guy y otros s/ ordinario”, entre otros)- cabe aplicarlo al caso *“sub examine”* de suerte que, entonces, las retribuciones se fijarán sin prorratoe limitante alguno.

Así pues, adoptando como base económica para la regulación el monto por el que prospera la demandada, incrementado con sus intereses calculados hasta el presente (ley 27.423, art. 22, primer párrafo), y teniendo en consideración la calidad, eficacia y mérito de las tareas profesionales cumplidas en las tres etapas del juicio, así como el éxito obtenido y la complejidad fáctica y jurídica de las cuestiones debatidas, se fija el emolumento correspondiente al letrado y apoderado de la parte actora, en las tres etapas del juicio, doctor Juan A. Bayá Casal, en la suma de \$ 316.475,16 (equivalente a 35,16 UMAS); y el honorario del doctor Guillermo Pérez Corrales, como letrado patrocinante de los demandados en las tres etapas del juicio, en la de \$ 169.578,84 (equivalente a 18,84 UMAS) (ley 27.123, arts. 20, 21, 22, 23, 24, 26, 29 y conc.).

Teniendo en cuenta la complejidad de cada tarea, la incidencia que han tenido en la dilucidación de los hechos controvertidos y el principio de proporcionalidad que debe presidir a la regulación de honorarios de los diferentes profesionales, sin dejar de apreciar, asimismo, las pautas que resultan de los aranceles particulares aplicables a cada auxiliar de la justicia, se fija la retribución de la perito contadora Mariana Laura Fogarolli en la suma de \$ 75.338,37 (equivalente a 8,37 UMAS) y el emolumento de la perita ingeniera en sistemas informáticos Magalí Verónica Dos Santos en la cantidad de \$ 75.338,37 (equivalente a 8,37 UMAS).

En fin, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 26.589, la trascendencia económica de la materia y lo establecido en el art. 2, inc. g) del



Anexo I del decreto 2536/15 se fija en 20 UHOM el honorario de la mediadora Esther Yolanda Rubinstein de Arbiser.

Por las tareas de alzada, se regula el honorario de la representación letrada de la parte actora, ejercida por el doctor Juan A. Bayá Casal, en la suma de \$ 110.712,30 equivalente a 12,30 UMA; y el del letrado patrocinante de los demandados, doctor Guillermo E. Pérez Corrales, en la de \$ 50.945,66, equivalente a 5,66 UMA (art. 30, ley 27.423).

Se deja constancia que se ha tenido en cuenta el valor del UMA establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada nº 12/2022 (\$ 9001).

Notifíquese electrónicamente.

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas CSJN nº 15/2013 y 24/2013), agréguese copia certificada de lo resuelto y, cumplido el plazo fijado por el cpr 257, devuélvase la causa en su soporte físico y digital -a través del Sistema de Gestión Judicial y mediante pase electrónico- al Juzgado de origen.

Pablo D. Heredia

Juan R. Garibotto

Gerardo G. Vassallo

Horacio Piatti

Secretario de Cámara

