



NEUQUEN, 28 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SEVERINI ALDO MARCELO BERNARDO C/ SP ARGENTINA S. A. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"**, (Expte. N° **446027/2011**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La sentencia de fs. 3708/3725 rechaza la demanda deducida, con costas.

La decisión fue apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 3757/3778, y cuyo traslado fue respondido a fs. 3780/3796.

II.- Agravios de la actora.

El primer agravio alude a que existió una errónea calificación e interpretación de la relación contractual.

En tal sentido, sostiene que existió un contrato de larga duración con fundamento en que la relación entre las partes se prolongó más de ocho años, a fin de transportar personal de la accionada.

Así, la duración del contrato de transporte da características especiales que entran en juego al momento de su resolución o rescisión, cuestión ésta que no fue tenida en cuenta por la sentenciante.

Luego de referirse a la forma en que se realizaba el contrato, señala que acreditó cada contrato con la presentación de la orden de compra que le entregaba la demandada por plazos de seis meses y con facturas quincenales



o mensuales, pero que en un contrato de larga duración no tienen decisiva importancia ya que durante noventa y nueve meses se mantuvo el mismo objeto, causa y prestaciones.

Sigue afirmando que bien pudo dársele prioridad a lo que surge del estado provincial, en virtud de la habilitación de la dirección de transporte ya que se trata de instrumentos públicos.

Dice que en el mes de junio del 2010 la demandada extendió las pertinentes órdenes de compra para la prestación del servicio del 3 de junio al 25 de diciembre del 2.010, se selló la orden de compra en rentas y se presentó ante la autoridad administrativa para tramitar la correspondiente habilitación por el período en cuestión. Añade que no le basta a la demandada negar los documentos, ya que debió ofrecer la prueba pericial pertinente y testimonial para desvirtuar el documento dado que se encontraba en mejores condiciones probatorias.

Insiste en la duración del contrato y que el mismo fue concluido por la demandada mediante carta documento del 27 de agosto del 2.010, siendo que no le provocó ningún daño y que cumplió con el transporte en forma adecuada.

Afirma que cuando el contrato es de larga duración la forma de extinguirlo tiene que ser con lealtad, buena fe, sin abuso y evitado provocar daños, siendo la extinción dada con 35 días de anticipación y sin darle derecho a presentarse al concurso de precios que celebró.

Sostiene que si en el mes de junio del 2.010 invitó a una licitación para el transporte de personal, ello demuestra la ausencia de buena fe ya que no fue convocado, y no obstante, se lo contrató en el mismo mes.

En concreto, dice, la jueza no analizó el comportamiento de cada parte durante 99 meses, negó la calidad



de instrumento público a la habilitación administrativa, el impuesto de sellos pagado, la pericia contable, testimonial e informativa, y se limitó al plazo de cada orden de compra.

Expresa que la extinción tiene efectos jurídicos, económicos y morales, omitiendo la jueza juzgar los daños que surgen de las pericias.

Insiste, en otro punto, con que la relación entre las partes fue un contrato de transporte atípico y de larga duración, con plazo indefinido de tiempo, y que dicha categoría se encuentra regulada por el Código Civil vigente desde el 1 de agosto del 2.015 en el artículo 1.011, por lo cual, la accionada estaba obligada a invitarlo a formular una oferta para el nuevo contrato y a notificar expresamente que buscaba otro oferente, conductas estas omitidas por "SP".

Invoca a su favor precedentes jurisprudenciales.

En otro punto, de su escrito recursivo plantea que se aplique expresamente el nuevo Código Civil.

El segundo agravio alude a que la sentencia se funda en las órdenes de compra, ya que las mismas son insuficientes para probar el contrato de transporte de larga duración omitiendo considerar la directiva de buena fe y abuso del derecho, dando como ejemplo que dice que es razonable un plazo de 35 días para poner fin a una relación de 99 meses, abundando en la consideración de la existencia de la buena fe y lealtad.

Sigue mencionando la relación entre las órdenes de compra y las facturas con fundamento en el expediente administrativo, la pericia contable y la documental de fs. 2159/2160, y que las órdenes de compra son anteriores a la prestación del servicio y las facturas posteriores para que la demandada las abonara mediante las órdenes de pago conforme resulta de la prueba a que alude, y que pese a haber sido



mencionada por la jueza, fue interpretada en forma contraria a la lógica.

Así, afirma que las órdenes de compra daban el marco formal del contrato por el período acordado y ser un formal acuerdo de voluntades.

En resumen, desde lo formal, las partes acordaban el contrato de transporte y la demandada entregaba la orden de compra que era utilizada para obtener la habilitación de la dirección de transporte, se realizaban los servicios y se lo cuantificaba por medio de una orden de pago.

Dice que es contrario a la buena fe negar la autenticidad de la documentación que durante ocho años resultó el instrumento que las partes emplearon para ir reajustando sus condiciones contractuales de transporte sin tener en cuenta, además, que era un contrato de larga duración y que se confunda a las órdenes de compra con las órdenes de compra por las que la empresa autorizaba los pagos.

Así, expresa que las órdenes que la demandada presenta como números 112747 y 112748 de fs. 136 y 137 son en realidad órdenes de pago, señalando además que no controlaba el número de orden de compra que recibía.

Por lo tanto, el desconocimiento que la demandada hizo de las órdenes de compra no tiene valor procesal en tanto su implementación como instrumento de soporte papel del contrato de transporte fue acreditado con las pruebas producidas.

El tercer agravio se funda en que deja sin responsabilizar civilmente a la demandada ante la extinción intempestiva unilateral del vínculo y negar daños resarcibles.

Además, alude al daño por la extinción anticipada del contrato y, en tal sentido, requiere que se condene al



pago de dos meses y veinticinco días por el monto de facturación mensual que surge de las órdenes de compra.

Solicita daño resarcible con causa en el abuso del derecho por un plazo mínimo de seis meses y el daño moral.

Cuestiona la imposición de costas a su parte y apela los honorarios por altos.

III.- Se inicia la presente demanda por cuanto el actor considera que la demandada procedió a la finalización del contrato en forma abrupta y anticipada luego de ocho años de servicios ininterrumpidos, señalando que la continuidad de la relación contractual se evidencia con la totalidad de los pagos mensuales efectuados y correspondientes a las órdenes de compra emitidas por la accionada, documento mediante el cual se plasmaban las condiciones de la relación contractual vigente, el servicio a prestar, recorrido, vehículo, precio y plazo de duración.

Afirma, más adelante, que la prescindencia de sus servicios fue abrupta e intempestiva, previa al vencimiento del plazo contractual, sin tener presente además que dichas órdenes eran continuamente renovadas y que conforme resulta de las órdenes de compra 112748 y 112747 el servicio de transporte sería provisto desde el 25 de junio del 2.010 al 25 de diciembre del mismo año.

Dicha postura es reiterada mediante carta documento del 11 de noviembre del 2.010 y que se transcribe en la demanda.

También es repetida en los alegatos, señalando además la actor que estaba a su cargo la prueba de la existencia de la relación contractual ininterrumpida, el cumplimiento de sus obligaciones, la rescisión anticipada y los daños y en tal sentido alude nuevamente a las órdenes de compra antes mencionadas.



En todos los casos, se aludió siempre a la existencia de un contrato de servicio de transporte a plazo y que se prestara en forma ininterrumpida.

IV.- Delimitada la postura de la reclamante en base a su escrito de demanda, que fuera mantenida en el alegato, entiendo pertinente formular algunas consideraciones generales a fin de analizar el tema sometido a consideración de la Alzada.

En primer lugar en relación al principio de congruencia.

En tal sentido, esta Sala ha sostenido en reiteradas oportunidades:

"... la doctrina está conteste en que, para apreciar la congruencia de la sentencia, es imprescindible tener en cuenta, no sólo la pretensión del demandante sino igualmente la del demandado, expresada en su contestación, por medio de la que ejerce su resistencia frente a la pretensión del actor... Es posible y frecuente que, en la contestación de demanda, el demandado introduzca nuevos hechos jurídicamente relevantes para sustentar su posición, es decir, hechos que cumplan las notas establecidas en el supuesto de hecho de otra norma que impide el efecto atribuido por la norma invocada por el demandante a los hechos alegados por éste. Esta aclaración obedece a que de las críticas que habremos de formular a un número importante de decisiones jurisdiccionales deben excluirse aquellas que, haciendo mérito de hechos introducidos por el demandado en su contestación, califican diversamente la relación jurídica." (Meroi, Andrea, "Iura novit Curia" y Garantías procesales el.Dial on line 22/11/02).

Continúa la autora, en postura que el suscripto comparte, que *"En contra de importante doctrina que limita la causa petendi a los hechos, Alvarado Velloso nos enseña que la*



causa de la pretensión se descompone en dos subelementos: "el primero de ellos, está constituido por el hecho invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido; el segundo, es la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho." (art. citado)

*"...Por demás esclarecedoras resultan las palabras de Tapia Fernández: "Desde mi punto de vista, la causa de pedir está formada –como se sabe y es communis opinio– por dos elementos: el fáctico y el jurídico. El elemento fáctico –en esto es también pacífica la opinión científica– vincula al Juez en todo caso. Pero respecto del elemento jurídico –el controvertido–, es necesario establecer, a mi juicio, una apreciación. El elemento jurídico de la causa de pedir no lo constituye tan sólo la/s norma/s concreta/s del ordenamiento jurídico aplicable. Pienso que, a su vez, este elemento jurídico está constituido por dos subelementos: el punto de vista jurídico (o calificación jurídica, o razonamiento jurídico, o fundamentación jurídica, o como se quiera denominar) que no es más que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la Ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea ésa concreta y no otra distinta (porque el actor puede hacer valer sus derechos si quiere y en la medida que quiere); es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto. Y el elemento puramente normativo de ese punto de vista jurídico: la/s concreta/s norma/s aplicable/s a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a consideración del Juez. De ambos subelementos, sólo el segundo conforma la libertad del Juez recogida en las máximas *iura novit curia* y *dabo tibi ius*"*



"En definitiva, la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, cuya configuración pertenece al ámbito del poder de disposición del sujeto. "

"8.1. Se ha dicho que el peligro de inseguridad jurídica es evidente para un litigante que no tiene oportunidad de alegar y probar en su defensa todos los elementos constitutivos de la acción no ejercitada que, no obstante, se resuelve. De ahí que la motivación que impulsa la línea jurisprudencial que criticamos (evitar la duplicidad de juicios cuando el actor plantea erróneamente su pretensión y conseguir una agilidad procesal aceptable) no debe prevalecer sobre el superior criterio de la defensa y seguridad jurídica."

"Estamos totalmente de acuerdo con esta opinión y con su conclusión: "... la atribución al Juez para «enderezar» el proceso a su razonable arbitrio me parece más peligrosa que la propia ineficacia, por la posible inevitable consecuencia de indefensión para el demandado"[xxxiv]. Eso sí, agregamos, partiendo de la base de que no haya sido el propio demandado quien habilitó el debate a partir de las defensas esgrimidas en su contestación. Allí no hay indefensión que invocar." (PEREYRA CESAR ORLANDO CONTRA EMP. DE OMNIBUS CENTENARIO SRL Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL", (Expte. N° 330738/5).

En el mismo sentido, la Sala I ha expresado:

"Y esta pretensión no fue deducida en la instancia de origen y, por lo tanto, no puede ser receptada por esta Alzada, so pena de incurrir en una vulneración del principio de congruencia y de cercenar la garantía del debido proceso y defensa en juicio.



"Es que, como indica Livellara: "En salvaguarda del debido proceso y de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 C.N.), en materia procesal se ha ido desarrollado el principio de congruencia, que requiere una real correspondencia entre la sentencia y lo peticionado o planteado por las partes. Para Palacio y Alvarado Velloso el mencionado principio procesal "exige la estricta adecuación del pronunciamiento judicial a las cuestiones articuladas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado o en los escritos presentados por cualquiera de las partes con motivo de algún incidente suscitado durante el curso del proceso".

"A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha remarcado la necesidad que "exista una plena conformidad entre lo pretendido y resistido por un lado, y lo sentenciado por el otro. Así, -se puntualiza- toda sentencia debe contener una rigurosa adecuación a los sujetos, objeto y causa que individualizan la pretensión y la oposición" (thema decidendum) y la Sala II de la Corte de Mendoza, también ha puesto de manifiesto que "la congruencia exige que la sentencia no se expida en más de lo requerido por las partes; que no contenga menos de lo pretendido por ellas, y también que no otorgue o niegue algo distinto de lo reclamado. Concretamente, debe necesariamente existir una correlatividad entre lo peticionado y lo resuelto en el fallo" y que "la congruencia descansa en todos los principios que informan el proceso y que configura una doble garantía: por un lado, establece las reglas a las que debe someterse el juez evitando su arbitrariedad y asegurando su imparcialidad y, por el otro, supone seguridad para los litigantes desde que éstos saben de qué defenderse".

"Como queda dicho, este principio procesal encuentra su fundamento o razón de ser en la propia garantía



constitucional de la defensa en juicio, según la cual nadie puede ser condenado o vencido en juicio sin ser oído previamente (art. 18 C.N.). Evidentemente, esta garantía se ve vulnerada cuando se condena a algo no pedido o se absuelve de pretensiones no invocadas.

"Por ello, se considera como una de las garantías del debido proceso al límite que tiene la judicatura de no introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa..." (cfr. Livellara, Carlos Alberto, "La Corte de Mendoza delimita la facultad del juez laboral al calificar la acción en materia de riesgos del trabajo", publicado en: DT 2006 (marzo), 303) (NAVARRETE HUGO A. c/RIVA S.A. LUCIANO S.A. UTE s/DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 343.739/06)).

Y con relación a la carga de la prueba, hemos dicho que la parte que alega un hecho tiene a su cargo la demostración del mismo.

"La carga probatoria: en casos como el presente y en cualquier otro supuesto señalo que en modo alguno comparto la teoría de las cargas probatorias dinámicas por cuanto la misma, a mi entender, viola la garantía del derecho constitucional de defensa en juicio y el principio de inocencia (ver al respecto Alvarado Velloso, Teoría general del Proceso, en el capítulo que se refiere a la prueba).

"... existe una norma expresa que establece la forma en que el juez debe decidir la cuestión al momento de valorar la producida y es así que el artículo 377 del Código de Rito dispone que "incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como



fundamento de su pretensión, defensa o excepción”, con lo cual y además de los principios constitucionales, la letra clara de la legislación vigente vedan la aplicación de la teoría en cuestión, aspecto éste que no puede obviarse por el juez” (autos “Assad c/ Provincia del Neuquén”, expte. n° 315.319/2004, P.S. 2010-VI, n° 213; “Armando c/ Policlínico Neuquén”, expte. n° 353.664/2007, P.S. 2013-I, n° 4).

En cuanto a la aplicación del nuevo Código Civil, no se comparte la postura del quejoso, toda vez que el mismo comenzó su vigencia con posterioridad al dictado de la sentencia de Primera Instancia, apelaciones, expresiones de agravios, e incluso, el llamado de autos para sentencia en la Alzada.

Así, Rivera ha sostenido al analizar la cuestión de la aplicación temporal en los juicios en trámite:

“Los juicios en trámite. Una cuestión muy compleja y que divide a la doctrina es qué ley se aplica a un caso judicial que comenzó bajo la vigencia de una ley y se ve afectado durante su trámite por la sanción de una ley que sustituye a la anterior.

La profesora Kemelmajer de Carlucci y otros autores - como Graciela Medina [13] - afirman que las nuevas leyes de fondo se aplican a los procesos judiciales en trámite. Así, todos los juicios de divorcio promovidos durante la vigencia del Código hoy derogado, fundados en alguna causal (injurias, adulterio), deberían ser resueltos conforme al nuevo código que suprime toda consideración de la culpa.

Se trataría según Kemelmajer de Carlucci de una mera aplicación del principio iura curia novit que autoriza al juez a decir el derecho.-

Nosotros hemos cuestionado ese criterio por una serie de razones que exponemos sucintamente:



-la relación jurídica procesal se constituye con la demanda y contestación (y eventual reconvenición y contestación). De modo que cambiar el derecho aplicable a esa relación jurídica importaría tanto como volver sobre su constitución, lo que incluso violentaría el criterio inspirador del art. 7; la aplicación del derecho "nuevo" no es el mero ejercicio del principio *iura curia novit*; este principio opera cuando las partes han conocido y podido invocar el derecho y no lo han hecho (o lo han hecho mal o han calificado erróneamente la acción). Pero aquí se trata de un derecho que las partes no conocieron ni pudieron conocer porque no existía cuando se trabó la litis.

- Las partes han invocado, alegado y probado sobre hechos y derecho; y de acuerdo a ello han pedido cierto efecto (se condene a pagar, se declare prescripto, se ordene restituir una cosa, etc). La sentencia no puede pronunciarse sino sobre esa petición, pues de otro modo se afectaría el principio de congruencia que integra la garantía de defensa en juicio según la jurisprudencia de la misma CSN [14];

- Con mayor razón si la reforma legislativa entra a regir estando pendiente un recurso de apelación contra la sentencia de 1ª instancia. ¿Acaso el tribunal superior podría dictar sentencia con una ley distinta a la que tuvo en cuenta el juzgador de 1ª Instancia? Recientemente la CSN ha dicho que "..., esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355, entre muchos otros)". Y "Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en



juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea "que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias" (Fallos: 315:106 y 329:5903)("El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes", Julio César Rivera, elDial.com, DC1F98).

IV.- Pues bien, analizados los agravios vertidos por la actora en base a las pautas sentadas en los párrafos que anteceden y en función de los términos en que fuera trabada la litis, así como la prueba producida, considero que pese a los esfuerzos del quejoso, los mismos resultan insuficientes como para desvirtuar los fundamentos dados por la sentenciante, por lo cual, considero que lo decidido debe ser confirmado.

Tal como lo señala la parte actora al demandar, lo unió con la demandada un contrato de transporte que comenzó en el año 2.002 y que duró hasta el primero de octubre del 2.010, durante ocho años o 99 meses como se indica en la expresión de agravios.

Ahora bien, dicho contrato que la jueza caracteriza como consensual, no solemne, que no requiere ninguna forma especial y puede realizarse por escrito o verbalmente, y además es bilateral y comercial, tal como se determina en el considerando VI de la sentencia, no fue debidamente cuestionado por la apelante.

Cierto es que agrega en la expresión de agravios que se trata de un contrato de transporte en el cual el factor



tiempo cumple un papel esencial, a punto tal que los cuestionamientos que se formulan se sustentan en ello.

Sin embargo, no fue así como se planteara la cuestión, ya que según los términos de la pretensión el contrato se renovaba en forma reiterada en base a las órdenes de compra por períodos consecutivos e ininterrumpidos, con renovaciones automáticas por más de 8 años (ver fs. 4) y como sustento de su reclamo señala que el contrato debía continuar hasta el 25 de diciembre del 2.010 con fundamento en las órdenes de compra números 112748 y 112747 del 25 de junio de dicho año y hasta la fecha indicada precedentemente.

Esto es, fue la propia actora la que sostuvo en su demanda y su alegato, que el contrato original y sus sucesivas renovaciones durante más de ocho años se basó en las órdenes de compra, y las últimas indicaban que la relación debía finalizar el 25 de diciembre del 2.010 y no cuando lo expresó la demandada mediante carta documento.

Como se advierte e indica la jueza interviniente, el sustento de la demanda consiste en las referidas órdenes de compra.

Ahora bien, ante la negativa de la accionada, estaba a cargo de la actora demostrar que las mismas existieron en los términos que fueron alegadas en la pretensión, conforme ya se ha explicitado.

En tal sentido, la postura de la apelante en cuanto pretende que ello estaba a cargo de la empresa accionada por estar en mejores condiciones de acreditar dicho hecho no puede ser admitida.

De todas maneras, cabe recordar que la carga de la prueba tiene su concreta aplicación en caso de duda del sentenciante al momento de dictar su decisión, pero no cuando



de la prueba producida e incorporada en la causa resulta clara la existencia o inexistencia de un hecho constitutivo.

Y en tal sentido, tanto el razonamiento que formula la jueza y el análisis del tema de la existencia de las órdenes de compra, así como de la forma en que se desarrollaba la operatoria entre las partes, resulta adecuada a las constancias en el proceso y conforme a la lógica.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que como bien lo indican las partes en los escritos constitutivos de la pretensión, el debate gira en torno a la existencia de órdenes de compra y no de pago como se postula tardíamente en la expresión de agravios.

Destaco que la nueva postura de la quejosa no encuentra respaldo en constancias del expediente, y que no ha indicado el quejoso prueba alguna que sustente su nueva afirmación.

Así, y conforme la prueba testimonial, que menciona la jueza y en especial la pericial contable, queda claro que la operatoria consistía en que primero se emitía la factura, y con posterioridad, la orden de compra conforme se advierte claramente del cuadro existente a fs. 1442.

A lo expuesto, se agrega que de la aludida prueba se advierte que ninguna factura presentada por la actora, sea anterior o posterior a la orden de compra, se correlaciona o está referida a una orden de compra emitida por la demandada.

Y por si ello no fuera suficiente, tampoco hay explicación alguna acerca de la prestación de servicios simultáneos para el mismo personal, equipo y fecha con órdenes de compra distintas a las que presenta como prueba la accionante.



De ahí, entonces, que la objeción que se formula por parte del quejoso en el sentido que la jueza no haya interpretado lógicamente la modalidad en que las partes habían aceptado cumplir con el contrato de transporte carezca de consistencia en las constancias de la causa, dado que se trata de una mera discrepancia.

Pero aun aceptando que la modalidad no fuera la mencionada, lo cierto es que antes o después las órdenes de compra debían estar relacionadas con facturación emanada de la actora, y como bien se indica en la pericia y las contestaciones que efectúa el experto, ninguna factura se relaciona con las órdenes de compra sustento de la pretensión, y adviértase que dicha conclusión no encuentra cuestionamiento por parte del apelante.

Tampoco explicó ni antes ni después y mediante argumentos razonables, salvo señalar que existió un error en la contabilidad del demandado, la razón por la cual aparecen órdenes de compra con numeración muy anterior a las que se emitieron en la época en cuestión, que además no tienen el mismo formato y contenido que las restantes (ver pericia fs. 1344), por lo cual, queda claro que no han sido emanadas de la accionada.

En nada modifica dicha conclusión el hecho que figuren en el expediente administrativo, ya que si bien ello les confiere fecha cierta, al no emanar de la accionada, mal pueden ser considerados instrumentos públicos en contra de quien no los confeccionó.

Como bien indica el apelante los hechos y las prácticas comerciales, así como la conducta desplegada durante los largos meses que duró la relación contractual y de conformidad con las pautas del artículo 218 del Código de Comercio, constituyen elementos suficientes para demostrar



como se ejecutó el contrato que unió a las partes, así como sus alcances.

En tal sentido, y como se indicó fue el propio actor quien puso de manifiesto que el sustento de la continuación del contrato que los uniera se sustentaba en las órdenes de compra emitidas por la contraria.

Y en tal sentido y tomando en cuenta lo actuado durante los mas de 99 meses, lo cierto es que las facturas son anteriores a la orden de compra, razón por la cual no resulta explicable que en el caso concreto de las órdenes de compra que pretenden sustentar la pretensión, ello no hubiera ocurrido así.

Pero además de ello, las facturas tenían una relación con la orden de compra, y como se señala en la pericia contable, no hay factura alguna emitida por la actora que se relacione con las órdenes de compra aludidas en la demanda, por lo que dicha conducta permite sustentar que la pretensión carece de sustento fáctico.

En definitiva, al no haberse demostrado que las órdenes de compra que sustentaron la pretensión emanaran de la accionada es que no puede sostenerse la continuidad del contrato que ligara a las partes hasta la fecha indicada por la actora, por lo cual, ello es suficiente como para desestimar la acción.

V.- Ha sostenido el quejoso que el tiempo era una condición esencial del contrato y que el mismo fue concluido en forma abusiva y de mala fe por parte de la demandada.

En primer lugar, si bien es cierto que la relación contractual duró un período de tiempo prolongado, de ello no se sigue que deba considerarse como que el mismo era de duración eterna o renovable automáticamente.



Ello, por cuanto los contratos no tienen esa característica, y así lo señaló la Corte Suprema en el precedente "Automóviles Saavedra" indicando:

"En efecto, se ha señalado que el elemento "tiempo" debe figurar como esencial y propio del contrato de concesión privada, porque al tratarse de una delegación por parte del concedente, ella no puede atribuirse sin límite en el tiempo, pues ello implicaría comprometer el patrimonio de quien la otorga en forma permanente y obligarlo sin término a autorizar la prestación por terceros de un servicio que le compete (ver Gastaldi, J. M., "El contrato de concesión privada", p. 135; Buenos Aires, 1974; Martínez Segovia, P. J., "El concesionario de automotores", J. A., 1966-V -- Sec. doct., p. 10, que propone el reconocimiento de una indemnización sólo en el caso de que la revocación sea arbitraria, siguiendo el modelo del código italiano cuando trata el contrato de agencia; Cambiasso, J. E., "El contrato de concesión para la venta de automotores", Rev. LA LEY, t. 138, p. 1135; Farina, J. M., "El contrato de concesión en el derecho privado", J. A., doctrina, 1971, p. 715, que solo reconoce el derecho del concesionario a la indemnización cuando la rescisión unilateral sea intempestiva o de mala fe; Iglesias Prada, J. L., "Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil", ps. 268 y sigtes., en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uria, Madrid, 1978; Marzorati, O. J., "El contrato de concesión comercial", E. D., diario del 24/2/88).

"Al no haber pactado las partes un plazo de duración para la contratación, la posibilidad de denuncia en cualquier tiempo por cualquiera de las partes no sólo no es abusiva, ni contraria a reglas morales, sino que se muestra como la consecuencia lógica de esta especie de negocio



jurídico, máxime cuando dicha posibilidad fue expresamente prevista por los contratantes.

"La lógica indica que si las partes no establecieron un plazo de duración es porque entendieron que podían concluir el contrato en cualquier momento, y no que se ligaron jurídicamente en forma perpetua.

"De los términos del fallo apelado se desprende, a juicio de esta Corte, que se ha confundido estabilidad con perpetuidad, pues la circunstancia de que el contrato de concesión deba ser estable -como señala la Cámara- no puede significar que deba esperarse indefinidamente su extinción

"Ahora bien, si como principio la idea de la duración indefinida es inaceptable aun cuando se trata de obligaciones condicionales, en las cuales existe una subordinación a un hecho incierto, menos aún puede aceptarse que si en un contrato de tracto sucesivo las partes no fijaron expresamente un plazo de extinción, su duración deba ser ilimitada. En el supuesto previsto por los arts. 541 y 1198, a falta de una voluntad manifestada en forma expresa, los tribunales deben indagar la voluntad probable de las partes. En el caso, tal investigación no se muestra necesaria porque las partes previeron expresamente un modo de concluir el contrato, cual es el de la rescisión incausada."

En el caso, entonces, y aún aceptando la postura del quejoso, ello no implica que no pueda ejercer uno de los contratantes la facultad resolutoria explícita o implícita en todos los contratos.

Pero no fue esa su actitud, toda vez que en la demanda esgrimió que el contrato duraba hasta el 25 de diciembre del 2.010 con fundamento en las órdenes de compra que esgrimiera y que ya se ha señalado que su autenticidad, o mejor dicho, no demostró que emanaran de su contraria.



De todas formas, y conforme se advierte del relato que la actora formula de la relación y en especial ello queda en evidencia con los cuadros que obran a fs. 5 vta, 6 y 6 vta., se advierte que la relación entre las partes ya no era la misma que al comienzo y es más, puede inferirse que había comenzado un proceso para poner fin a la relación.

Adviértase que, en realidad, ya no era la misma relación a los comienzos que al final, al punto tal que a partir de febrero del 2.010 solamente estaba contratado un servicio y que los anteriores fueron dados de baja, y ello según las manifestaciones del propio actor.

De manera tal que si se analiza todo el período, como lo postula el quejoso, lo que se advierte es que existía una lenta desvinculación entre las partes y que culmina con el envío de la carta documento por "Key".

Si bien no pudo comprobarse fehacientemente la comunicación verbal a que se alude en la contestación de demanda, lo cierto es que no pareciera que la ruptura inminente fuera hecha de mala fe, ya que mas allá de que la actora no fuera invitada a participar, la demandada decidió licitar el servicio conforme pliego adjuntado a la causa, por lo cual, se advierte que existió una decisión de efectuar cambios en la contratación, pero de ello no puede interpretarse la existencia de un mala fe en relación a la empresa actora.

Si bien la parte ha insistido al mencionar en forma reiterada que existió mala fe, abuso o deslealtad, en realidad se trata de apreciaciones genéricas a cuyo respecto es difícil disentir, pero que en la práctica deben tener una objetividad que permita apreciarlas, y en el caso no advierto que exista tal circunstancia, esto es, no advierto elementos



objetivos que permita concluir que existió abuso, mala fe o deslealtad.

Por el contrario y tal como indiqué, la conducta anterior a la ruptura permiten advertir que existía una voluntad mutua de poner fin a la relación señalando que, pese a la desafectación efectuada a mediados de febrero del 2.010, no se adjuntó ninguna disconformidad expresa por parte del actor.

Así, en el precedente antes citado la Corte Suprema señaló:

"Asimismo, debe señalarse que cuando la teoría del abuso del derecho es utilizada para privar de efectos a una cláusula contractual, su uso debe ser restrictivo; solamente cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo debe acudir a este remedio excepcional. Advertía al respecto Bibiloni que, ante la falta de criterios de aplicación, "...se entrega todo, ley, derechos, fortuna, honor, a la vaga incertidumbre de las palabras vacías. Lo único que hay es el arbitrio judicial. De su opinión resultará cual es el verdadero significado social y económico de la ley. Y eso que la ley no ha acertado a definir lo encontrará el juez, con ley, sin ley y contra la ley. Cada juez lo verá según su criterio moral, político, económico. Lo que no saben los escritores, puesto que sólo le dan fórmulas generales, lo que no sabe tampoco la ley, eso lo sabrá el juez". (Anteproyecto, t. I, p. 209).

"Similares advertencias habían sido formuladas por Vélez Sársfield en la nota al art. 2513: "...Si el Gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo --se refiere a Thomas Reynal, citado por Demolombe en el lugar indicado en la nota--, no tardaría en constituirse juez del



uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida".

En definitiva, así como no se probó la existencia de la documental que permitiera sostener la continuación del contrato hasta el 25 de diciembre del 2.010, tampoco se acreditó que existiera mala fe o abuso del derecho por parte de la demandada al poner en conocimiento de su cocontratante la finalización del contrato, y sin que el hecho que la relación durara mas de 99 meses permita afirmar que su duración era indefinida, y menos si se advierte la conducta anterior a la finalización del contrato.

Con respecto a la imposición de costas a la actora, tampoco prosperará el agravio, toda vez que no se advierte razón alguna para apartarse del principio general del artículo 68 del Código de rito.

En cuanto a las razones para litigar, he señalado en reiteradas ocasiones que, si bien tengo como criterio que las costas se imponen a la parte vencida de conformidad, principio establecido por el art. 68 del C.P.C. y C., no es posible pasar por alto que la propia norma establece la posibilidad de la excepción.

En ese orden, y como justificativo es de habitual uso forense utilizar fórmulas tales como: "...existencia de "razón fundada para litigar" constituye una "fórmula provista de suficiente elasticidad que resulta aplicable cuando, por las particularidades del caso, cabe consignar que la parte vencida actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito" (Palacio, "Derecho procesal civil", t.III, p. 373; CNCiv. Sala E, LL. 1980-D-339).

Así, en otras circunstancias he formulado críticas a ese fundamento y no porque no lo comparta, sino



porque entiendo que al hacer uso de aquel, es preciso fundamentar claramente a "qué razones fundadas para litigar" tuvo en cuenta el Juez y ello por la propia exigencia normativa y el carácter excepcional que le imprime (art. 68 2do. párrafo del Código Procesal).

De ese modo, las razones para creerse con derecho a litigar deben resultar de carácter objetivo y no resultar meramente subjetivas pues es -en principio- de toda lógica que quien se presenta a un litigio lo hace -la más de las veces- en el convencimiento de encontrarse con razón para ello y que en muchas ocasiones el resultado del pleito no refleja una irrazonabilidad del planteo.

En el caso, no advierto que existan elementos objetivos que permitan aplicar una excepción al principio objetivo de la derrota.

En relación a la apelación arancelaria, y analizados los honorarios regulados en función del reclamo formulado, así como las pautas del artículo 6 de la ley arancelaria, se advierte que los mismos resultan adecuados.

En cuanto a los restantes agravios, no serán analizados toda vez que suponen que progresa la pretensión.

VI.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas de Alzada a la actora perdidosa. Los honorarios se determinarán en base a lo previsto por el artículo 15 de la ley arancelaria.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, aunque me permito realizar unas breves consideraciones.

II.- La relación jurídica de autos ha nacido, se ha desenvuelto y ha finalizado bajo la vigencia del Código



Civil de Vélez Sarsfield y del Código de Comercio, por lo que no cabe su análisis a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, en virtud de la manda de su art. 7.

Conforme lo señala Aída Kemelmajer de Carlucci, en materia contractual, la regla es que el Código Civil y Comercial no es aplicable a los contratos constituidos, modificados o extinguidos conforme el Código Civil o el Código de Comercio, pues se trata de normas supletorias (cfr. aut. cit., "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 148).

III.- Con relación a la carga probatoria dinámica, ella puede ser aceptada como regla en el proceso cuando se avisa previamente a las partes -al inicio del trámite- que el magistrado la va a aplicar o, en el supuesto que se encuentre prevista su vigencia en la legislación que rige el caso, no dándose, en el sub lite, ninguno de esos supuestos.

En consecuencia, rige plenamente la distribución de la carga probatoria establecida en el art. 377 del CPCyC. De otro modo, la parte sería sorprendida en su buena fe al exigírsele, en oportunidad del dictado de la sentencia, la acreditación de un hecho que no estaba obligada a probar de acuerdo con la legislación procesal.

IV.- Más allá de esto, el contrato habido entre las partes se encuentra acreditado, y entiendo que su encuadramiento jurídico debe ser en el art. 162 y siguientes del Código de Comercio, en atención a la remisión expresa que realiza el art. 1.624 del Código Civil.

Esto ha sido así sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal que en un supuesto de transporte de personal, determinó que la normativa de aplicación era el Código de Comercio (cfr. autos "Contreras



Hnos. S.A. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E.", 28/10/2008, LL 20082209).

De todos modos, la cuestión del encuadramiento legal no resulta relevante para resolver la apelación de autos.

V.- De acuerdo con la prueba aportada a la causa, el contrato habido entre los litigantes fue por tiempo indeterminado: la demandada requería el transporte de personal y el actor lo proveía.

No advierto que existan contratos sucesivos, renovados o celebrados cada seis meses, o por el período de tiempo que surgiría de las órdenes de compra, sino que se ha configurado una sola relación contractual, sin plazo expreso de vencimiento o finalización.

De ello se sigue que, no obstante la fecha que podría constar en las órdenes de compra, respecto de las cuales no se ha probado que se refieran a la duración del contrato, tal como lo señala mi colega de Sala; considerando que se trata de una relación contractual por plazo indeterminado, aquellas fechas tampoco resultarían relevantes a los efectos de establecer la duración del contrato.

Luego, comparto lo sostenido en el voto que antecede respecto que no puede confundirse permanencia con perpetuidad y que, conforme el precedente que se cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Automóviles Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A."), al no haberse pactado un plazo de duración para la contratación, la posibilidad de denuncia en cualquier tiempo por cualquiera de las partes no sólo no es abusiva, ni contraria a las reglas morales, sino que se muestra como la consecuencia lógica de esta especie de negocio jurídico.



Por ende, en tanto la demandada avisó a su cocontratante con una antelación razonable su decisión de no continuar con el vínculo contractual, nada tiene el actor para reclamar. Quizás hubiera sido conveniente una antelación mayor, dado la duración de la vinculación y su desenvolvimiento regular, pero también es cierto, como lo ha puesto de manifiesto la a quo, que la demandada venía disminuyendo los servicios contratados por lo que la comunicación rescisoria no puede ser considerada como sorpresiva para el demandante.

El hecho que la demandada ya hubiera convocado a una compulsa de precios para sustituir la prestación del actor, antes de la comunicación de la rescisión unilateral del contrato y sin invitarlo a participar, si bien puede resultar molesto para el accionante, se enmarca en la libertad de contratación y de elección de los proveedores que tiene toda persona -individual o jurídica- (art. 14, Constitución Nacional).

Por ello, esta **SALA II**,

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 3708/3725, en todas sus partes.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68 CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el 30% de lo determinado en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria