

TRIBUNAL: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Capital Federal, Sala B (CNCom)(SalaB)

PARTES: **Litvak, Adolfo c. Olivetti Argentina (S. A.)**

PUBLICACION: LA LEY, 75, 239.

16 de setiembre de 1953

1ª Instancia. -- Buenos Aires, agosto 13 de 1952. -- a) Se presenta por apoderado Adolfo Litvak demandando a Olivetti Argentina (S. A. Com. e Ind.) por cobro de la suma de \$ 540.163, o la que en más o menos resulte de las pruebas a producirse, con intereses y las costas del juicio. Acciona en concepto de incumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios. Expresa que el 30 de noviembre de 1947 el gerente de la demandada, doctor Forti le comunica el despido. Inmediatamente le propuso designarlo agente de la empresa en Villa María (Córdoba) o en Salta. Ante la observación de que no contaba con capital suficiente el propio gerente le propuso las bases del arreglo. Serviría de capital inicial el importe de las indemnizaciones que percibiera por las leyes 11.729 (1) y 12.921, y Olivetti Argentina se comprometía a facilitarle en consignación alrededor de 50 máquinas de escribir, sumar, calcular, cajas registradoras, etc., sin que tuviera la obligación de pagarlas en los plazos corrientes y habituales, y seguiría facilitando mercadería en la medida que fuera necesítandolo el ritmo de venta de la nueva agencia. Olivetti Argentina saldría fiadora del local indispensable para la instalación de la agencia. Se garantizaba la exclusividad de representación y ventas en una amplia zona. Finalmente el doctor Forti ofreció conseguirle por su intermedio representaciones de otras casas y marcas muy acreditadas que le terminarían de facilitar su instalación con perspectivas muy favorables de éxito. Aceptada en principio tan halagüeña oferta, eligió la zona de Salta y entró en tratos para conseguir un local. Comunicado esto al doctor Forti manifestó éste su complacencia, dándole órdenes para que lo alquilara con objeto de instalar la nueva agencia a nombre y cargo del actor. El 12 de enero de 1948 se formalizó el contrato de locación del local. Se fijó un alquiler mensual de \$ 2.300 el primer año y \$ 2.400 los 3 años restantes, o sea los cuatro de duración del contrato. El doctor Forti en representación de la demandada suscribió el contrato como fiadora. Una vez arrendado el local el doctor Forti le consiguió nuevas representaciones. Obtuvo que firmas como "Marelli", "Copimex" y "Bianchi" se dispusieran a comerciar o a ser representadas por la nueva organización y aun a remitir mercaderías en consignación. Así se constituyó Iguazú Comercial Argentina, de propiedad de Adolfo Litvak para desarrollar sus actividades de "representantes-agentes-distribuidores" en la zona norte del país, especialmente y en primer término de Olivetti Argentina (S. A. Com. e Ind.). Contaba especialmente con el carácter de representante en la zona de dicha firma y con su apoyo financiero amplio para el desarrollo de sus actividades iniciales, sin cuya existencia, ni por el capital de que disponía, ni por la calidad e importancia de las restantes representaciones comerciales que había obtenido por su cuenta, se hallaba en condiciones para afrontar un giro comercial nuevo. Expresa más adelante que concertado el acuerdo con Olivetti el contrato quedaba perfectamente concluído con las obligaciones emergentes para ambas partes. Así el actor se había comprometido a: 1) constituir en Salta una organización con todos los requisitos legales que fueran menester; 2) colocar como capital inicial el importe de las indemnizaciones y comisiones que le correspondía recibir de Olivetti; 3) representar a Olivetti Argentina como agente en Salta y regiones limítrofes, y 4) representar otras firmas importantes de plaza con anuencia de Olivetti.

(1) Anales de Leg. Argentina, 1920-1940, p. 477.

Por su parte Olivetti Argentina se comprometía: 1) a reconocer a la organización comercial que pudiera fundar Litvak como agente en la zona de Salta con dependencia de la sucursal de Tucumán; 2) prestar a la nueva empresa apoyo financiero en caso necesario; 3) salir de fiadora del local por 4 años; 4) abonar la indemnización legal y comisiones impagas a Litvak, así como un importe extra que se imputaría a diferencias de indemnización y liquidación; 5) entregar en consignación desde un primer momento maquinarias con grandes facilidades de pago y plazos especiales; 6) entregar en lo sucesivo nuevos stocks de máquinas en consignación en las condiciones habituales y de acuerdo con las disponibilidades de la casa.

Expresa que con las prestaciones y contraprestaciones indicadas quedaba configurado un contrato de agencia o representación, con sus modalidades particulares propias. Se decidió que una vez en Salta le sería remitido el contrato correspondiente que le reconocería la condición de agente. Contratado el personal competente, Litvak se trasladó a Salta en enero de 1948 en compañía de sus colaboradores. Una vez allí se prosiguieron las tareas de instalación. El 19 de febrero se celebró un contrato con los

representantes en Salta de "Scientific Electronics Service" para el armado, limpieza y compostura de toda maquinaria que se comercializaría por intermedio de Iguazú Comercial Argentina. En el mes de marzo comenzó la vida comercial de Iguazú. Con esto había dado cumplimiento a las obligaciones contractuales que había pactado con Olivetti. Esta había dado principio de ejecución al contrato cumpliendo parte de las que se había comprometido: 1) había prestado su apoyo a la nueva empresa facilitando la obtención de representaciones comerciales como Marelli, Copimex, Bianchi, etc.; 2) había solicitado ser fiadora del contrato de locación en enero 12 de 1948; 3) había abonado el 16 de enero de 1948 la indemnización legal y comisiones pendientes y un suplemento extra; 4) remitió el 17 febrero de 1948 una partida de máquinas de escribir, sumar, y una caja registradora en consignación. Por todo ello, el actor, a pesar de no haber recibido el contrato de agencia, no creyó que la falta de ese documento fuera un inconveniente grave. Por ello, el 19 de febrero reiteró el pedido de mercadería para formar su "stock" sin obtener contestación.

En marzo sucedieron una serie de hechos que le hicieron pensar al actor que algo inesperado sucedía. Primero la gerencia de Tucumán le reclamaba por telegrama la devolución de la caja registradora remitida, que pese a informar que se hallaba en tratos de venta, le fué reiterada la orden de devolución. Luego un pedido de informes de la agencia "Dum" sobre los componentes y actividades de la firma. Seguido de la presencia en Salta del gerente de la sucursal Tucumán para hacer averiguaciones y pedir informes sobre Iguazú. Ante un requerimiento del actor expresó que obraba en tal forma, respetando directivas que se le impusieran desde la casa central. El 9 de marzo de 1948 recibió de la sucursal Tucumán dos telegramas colacionados que transcribe. Uno requiriéndole la devolución perentoria de las máquinas y mercaderías remitidas en consignación. El otro diciéndole que se dirigiera a Buenos Aires, para conversar con el doctor Forti.

Devolvió la mercadería, y llegado a Buenos Aires, el doctor Forti le comunicó sin otra explicación que se había resuelto retirarle la representación por convenirle así a la casa. Después de comentar la situación que este proceder de la demandada creaba al actor, expresa que es justo que se les reclamen los daños que ha producido por su culpa.

Estos daños los imputa a cuatro rubros: 1) Inversiones y gastos: imputa a este rubro un déficit de \$ 13.163,48 entre el capital invertido y el saldo final, que arroja el cierre de los libros de Iguazú Comercial Argentina al 2 de agosto de 1948 a raíz de la paralización de su gestión comercial. Agrega \$ 2.000 en concepto de gastos realizados que no figuran contabilizados en libros. 2) Indemnización al personal contratado: Habiendo tenido que disponer la cesantía de sus empleados Díaz Bouza y Ortuño, éstos han iniciado acción ante los tribunales del trabajo reclamando en conjunto \$ 62.899,60 a lo cual debe agregarse un 20 % en concepto de costas por lo cual la suma reclamada por este concepto llega a la cantidad de \$ 75.599,52. 3) Contrato de locación: Habiendo firmado el contrato de locación y abonado 2 meses, adeuda 10 mensualidades del primer año y 36 correspondientes hasta el vencimiento del contrato. Ascende esta suma a \$ 109.400. 4) Lucro cesante: Expresa que este rubro ha consistido principalmente en las utilidades que hubieran podido realizarse con la gestión comercial de Iguazú Comercial Argentina, sin la imposibilidad de hecho originada en la ilógica y perjudicial actitud de Olivetti que acarreó la paralización de todas sus actividades. Después de enumerar las representaciones comerciales obtenidas y de comentar el alcance que hubieran podido obtener las operaciones comerciales, hace una apreciación de las utilidades dejadas de percibir durante los 4 años de duración del contrato y las estima en \$ 340.000, o la mayor o menor que resulte de la prueba a producirse.

Funda su derecho en el libro I, tít. I, cap. I y libro II, títs. I y II y correlativos y cons. del cód. de com., y disposiciones supletorias y concordantes del cód. civil, especialmente sección 1^a del libro segundo. Solicita se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.

b) Corrido el traslado de ley es evacuado por Olivetti Argentina (S. A. Com. e Ind.) que por intermedio de apoderado niega todos los hechos que no reconozca expresamente en el curso de su contestación. Comentando el contrato a que hace referencia el actor expresa que de haberse celebrado en las condiciones indicadas la Olivetti en lugar de ser se habría trocado en una sociedad de beneficencia. Que el contrato invocado por el actor no existió jamás, pues de no ser así habría sido respetado por su mandante. Es cierto que Litvak trabajó bajo las órdenes de su representada, que prescindió de sus servicios el 29 de noviembre de 1947 Se le liquidaron los haberes pendientes y las indemnizaciones legales. En esa oportunidad el actor solicitó ayuda para establecerse en el interior del país. Esta ayuda no le fué negada y se concretó en la garantía prestada por la casa Olivetti al contrato de arrendamiento que el actor celebrara con la Sociedad Inmobiliaria del Norte (Soc. de Resp. Ltda.) del local situado en la calle Zuviría 48/62 de la ciudad de Salta y además en la promesa de entregarle en consignación algunas

máquinas de escribir y calcular a fin de que incluyera esos renglones entre los artículos de cuya venta se ocuparía. Señalando las contradicciones en que incurre el actor, hace notar la que surge del hecho de fincar todas las esperanzas en la venta de los artículos de la Olivetti, cuando la actividad comercial abarcaba renglones pertenecientes a otras casas comerciales más importantes como la Marelli. Cycles Motor, Peabody. Por ello, aun suponiendo que las supuestas relaciones comerciales con la Olivetti una vez iniciadas se interrumpían bruscamente por causas imputables a ésta, ese hecho no podía en ningún concepto ocasionar el derrumbe de una empresa. Expresa además que si el apoyo de Olivetti tenía el carácter que le atribuye el actor, debía ser tenida al corriente de las tareas preliminares de organización, especialmente en lo que se refiere al personal.

Poniéndose en la situación hipotética de que hubiera existido el contrato con el actor, tampoco en ese supuesto tendría derecho a ser indemnizado, por haber obrado con absoluta mala fe y deslealtad. Este proceder deriva del hecho de haber contratado el actor como empleados de su casa a dos ex-empleados de la Olivetti, Díaz Bouza y Ortuño que fueron despedidos en el año 1947 y cuyas relaciones con la casa empleadora ya poco amistosas antes y después del despido se volvieron más tirantes a raíz del juicio que le entablaran. Por ello si la vida de Iguazú dependía exclusivamente del contrato con la Olivetti, hubiera sido un deber primordial del actor consultar a aquélla antes de contratar a estos empleados.

Agrega que cuando su mandante se enteró del personal designado, en salvaguardia de su prestigio le retiró a Litvak las máquinas que tenía en consignación. Con esto no infringió ninguna cláusula contractual, dado que no estaba vinculada con ninguna obligación.

Refiriéndose a los daños y perjuicios expresa que en el hipotético caso de que la Olivetti debiera resarcir daños y perjuicios, sólo se comprenderán los que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 520, cód. civil). De acuerdo con ello, solamente sería responsable de las consecuencias perjudiciales inmediatas y necesarias que hubiera acarreado el retiro de las pocas máquinas dadas en consignación al actor. Comentando los otros daños reclamados, por las razones que enuncia, expresa que corresponde su rechazo. Agrega, además, que en el caso hipotético de que su instituyente fuera considerada responsable de los daños que alega haber sufrido el actor, deberán ser ampliamente probados, negando su parte la extensión que de los mismos se formula en la demanda, como también el monto que se reclama. Solicita el rechazo de la demanda, con costas.

Considerando: 1° -- De la relación precedente resulta que la parte actora alega la existencia de un contrato de agencia celebrado con la demandada. Esta niega esta circunstancia. Corresponde, por consiguiente, determinar si existió esa vinculación.

No cabe duda alguna de que el documento en que se fijaban las obligaciones de las partes no fué firmado. Ello resulta de las propias manifestaciones del actor, vertidas en su escrito de demanda. Expresa allí no haber recibido el prometido contrato de agencia, el que fué reclamado por notas de febrero 4 y 19 de 1948.

A pesar de ello ¿hay otros hechos que puedan considerarse como principio de prueba por escrito que acrediten su existencia?

Dos hechos hay de la demandada cuyo significado debe desentrañarse. Son ellos el haberse constituido fiadora del contrato de locación celebrado por el actor para instalarse en Salta y el haberse enviado mercaderías en consignación. Estos hechos aparecen reconocidos en la contestación de la demanda. Además el envío de las máquinas resulta de la declaración del testigo Wurmlinger que fuera gerente de la sucursal Tucumán.

¿Importan ellos el principio de prueba por escrito? ¿O bien implican un principio de cumplimiento del contrato por parte de la demandada?

Parecerían significar lo segundo. Pero, cualquiera sea el significado que se les asigne, el actor no ha probado en ninguna forma cuáles eran las cláusulas del contrato por él invocado. En la carta de febrero 4 de 1948 pide el envío del contrato que establece las condiciones y su designación de agente en la provincia.

Además, estos hechos no se pueden tomar aislados, sino que es necesario vincularlos con el acto jurídico, contrato de agencia, con el que estarían vinculados.

El contrato de agencia es algo más que el simple envío de mercaderías en consignación por la casa matriz. Importa una serie de directivas para la venta de las mismas, fijación de precios, delimitación de zona de ventas, rendición de cuentas.

En esas condiciones tales actos no son ni un principio de prueba por escrito ni un cumplimiento parcial de contrato. En realidad, nos encontramos frente a las tratativas previas al "in idem placitum consensus" del "vinculum iuris".

La situación de las partes ha sido la que se reconoce en el cap. 5° del alegato de la parte demandada. El doctor Forti, gerente de la casa Olivetti, ofrece a Litvak designarlo agente de dicha casa en la ciudad de Salta. Acepta éste, se traslada al lugar, alquila el local, cuyo contrato es afianzado por aquél. Recibe algunas mercaderías en consignación. Es presentado por el mismo doctor Forti a algunas casas importantes de comercio. Y cuando se le iba a enviar a Litvak el respectivo contrato de agencia con todas sus cláusulas, al enterarse que con él trabajaban dos ex-empleados de la casa, Díaz Bouza y Ortuño, la casa Olivetti no firma ni envía el contrato y ordena el retiro de las mercaderías enviadas. ¿Hubo incumplimiento de contrato por parte de la demandada? No, porque como se ha expresado precedentemente no hubo contrato, ya que las partes no se pusieron de acuerdo sobre todos y cada uno de los puntos que lo constituían. Ahora bien; esta negativa a contratar ¿ha engendrado responsabilidad para la demandada?

2° -- La pregunta precedente nos pone frente al problema, no legislado especialmente en nuestro derecho de la responsabilidad precontractual.

La solución nos la da la clásica teoría de Faggella, expuesta en su monografía sobre "Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed escatta costruzione scientifica", publicada en "Saudí giuridici in onore di Carlo Fadda", t. 3, ps. 271 a 342.

Las tratativas de la Olivetti se encontraban en el tercer período a que hace referencia este autor (op. cit., p. 278, núm. 9), o sea aquél en que "la voluntad se cierra sobre una propuesta concreta y se determina a liberarla y formularla, pero la proposición se mantiene aún en el ámbito de la subjetividad del proponente, sin comunicación exterior y sin la consiguiente posibilidad de encuentro con el destinatario". Ello resulta del proyecto de contrato de fs. 437/39 que fuera remitido a la sucursal Tucumán para que lo firmara Litvak.

Esta labor precontractual no llegó a ninguno de los tres resultados a que se refiere este autor (p. 299, núm. 31): conclusión del contrato; concretación y comunicación de la propuesta elaborada; o el desacuerdo, o sea un éxito negativo. Por el contrario hubo una ruptura previa a cualquiera de estas soluciones, lo que importa la violación del tácito acuerdo precontractual que tiende a alcanzar alguno de esos resultados y convierte en arbitraria e intempestiva la ruptura (p. 300).

Que de los actos realizados por ambas partes, que se han puntualizado precedentemente, resulta que ha habido el mutuo acuerdo para las labores preparatorias antecontractuales a que se refiere el autor citado en la p. 303.

La ruptura intempestiva de las tratativas origina una obligación de resarcimiento. Este resarcimiento se limita a los gastos efectivamente realizados con motivo de las tratativas y al costo real del trabajo preparatorio precontractual (op. cit., p. 304).

Establecida precedentemente la obligación de resarcir de la casa Olivetti, veamos en el considerando siguiente cuáles de los daños invocados por el actor encuadran en la norma fijada.

3° -- El actor en el cap. 3° de su demanda entre los daños indemnizables involucra el rubro inversiones y gastos, que el balance final de liquidación hace ascender en concepto de déficit a la suma de \$ 18.163,48. Los peritos contadores establecen que esa suma es el reflejo de las operaciones contabilizadas de acuerdo con su respectiva documentación. Además no corresponde hacer mayores consideraciones sobre este importe, que es expresamente aceptado en su alegato por la demandada como daño. Además la parte actora involucra en este capítulo la suma de \$ 2.000 en concepto de gastos realmente realizados y que no figuran contabilizados. Considero aceptable la suma que puede haberse invertido en traslado, hospedaje, etc., y dejo fijado su monto al juramento estimatorio del actor.

En cuanto a las obligaciones emergentes del contrato de locación y costas del juicio de desalojo también entran dentro de los daños que son a cargo de la demandada y su monto asciende, según la liquidación que de ellos se hace a fs. 524, a la suma de \$ 13.552.

Las indemnizaciones correspondientes al despido del personal contratado y el lucro cesante, no presentan la condición de gastos de tratativa ni de trabajo preparatorio precontractual, por cuyo motivo su resarcimiento no corresponde al demandado.

4° -- Antes de concluir corresponde puntualizar la altura con que los profesionales de ambas partes han expuesto sus respectivos puntos de vista con relación a la cuestión debatida, ya que sin valerse de ningún subterfugio procesal han permitido la perfecta dilucidación de todos los puntos en litigio.

Por ello (art. 16, cód. civil), aplicación analógica de los arts. 512, 1156 y 1172 del cód. civil y doctrina expuesta en las notas insertas en J. A., t 46, p. 975; t. 75, p. 71 y 1943-II, p. 503 (1), fallo haciendo lugar a la demanda en la proporción que surge de los precedentes considerandos y, en consecuencia, condeno a Olivetti Argentina (S. A. Com. e Ind.) a abonar a Adolfo Litvak dentro del plazo de 10 días la suma de \$ 27.715,48 con más la que el actor jure adeudársele hasta \$ 2.000 y sus intereses a estilo de los que cobra el Banco de la Nación Argentina a contar desde el día de la notificación de la demanda. Las costas se declaran por su orden y las comunes por mitad atento la naturaleza de la cuestión debatida y la proporción en que prospera la demanda. -- Juan L. Páez. -- Ante mí: Luis H. Díaz.

2ª Instancia. -- Buenos Aires, setiembre 16 de 1953. -- 1ª ¿Es nula la sentencia apelada? 2ª Caso contrario, ¿es ajustada a derecho?

1ª cuestión. -- El doctor Sierra dijo:

El accionante expresa brevemente a fs. 574 que motiva el recurso de nulidad el hecho de que la sentencia no se funda ni en el texto expreso de la ley ni en principios generales que emanen de nuestro derecho y porque considera el caso como precontrato, siendo un contrato.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 237 del cód. de proced., los motivos que autorizan el recurso que se examina pueden ser de forma o de procedimiento, según que la sentencia aparezca dictada con violación de los recaudos extrínsecos y solemnidades prescriptas al efecto, o se haya omitido alguno de los requisitos que deben preceder a su pronunciamiento, como garantía de los derechos esenciales de los litigantes.

En el sub júdice no se concreta ninguna situación susceptible de ser comprendida en cualquiera de esos enunciados, pues todas las circunstancias mencionadas se refieren, en último análisis, al grado de la solución impuesta por el juzgado, como consecuencia de los eventuales errores de apreciación que se le imputan.

En tales condiciones, es cuestión resuelta en la jurisprudencia de todos los tribunales de esta capital, que no cabe fundamentar la nulidad total o parcial de un fallo que, teniendo su reparación en el recurso de apelación, como en el sub júdice, no causa agravio irreparable. Por ello, voto negativamente.

Por análogas razones los doctores Serrano y Salgado adhirieron al voto anterior.

2ª cuestión. -- El doctor Sierra dijo:

Procede establecer, acerca del objeto de este juicio, en apretada síntesis, ya que la minuciosa y exacta relación de antecedentes enunciados en los respectivos resultandos del fallo de fs. 543 excluye la necesidad de nuevas referencias sobre el particular, que Adolfo Litvak persigue el cobro de la suma de \$ 504.163, o la que en más o en menos resulte de la prueba a producirse con intereses y costas en concepto de incumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios por la ruptura del contrato de agencia o de representación en la ciudad de Salta; la sentencia, que hace lugar en parte a la acción, es recurrida por las partes, que mantienen sus recursos mediante los escritos de fs. 570 y 587.

Se agravan las partes contra las conclusiones del consid. 1º de la sentencia en el cual, después de estudiar la vinculación que hubo entre ellas, no acepta que haya existido un contrato de agencia, sino que se realizaron negociaciones tendientes a la eventual celebración de un contrato.

Las partes admiten que han efectuado negocios comerciales entre ellas, aun cuando discrepan acerca de la naturaleza jurídica del vínculo concertado al efecto. En autos no existe una prueba preconstituída del contrato alegado, por lo cual ambos tienden a buscar la interpretación de la "voluntad común", en cuanto pueda servir para fijar los hechos controvertidos con arreglo a la posición que han adoptado en el transcurso del juicio, dentro de las constancias de sus libros de comercio, la correspondencia recíproca y las pruebas de confesión y de testigos rendidas en el pleito, además de todos los documentos que conceptúan conducentes, como elementos complementarios, para esclarecer el presente caso.

Ante la incertidumbre que deriva de la circunstancia de que habiendo omitido las partes fijar en forma instrumental sus respectivos derechos y deberes y mediando disconformidad entre las mismas acerca de las condiciones que pactaran verbalmente para regular las relaciones concretas a que entienden hallarse subordinadas, corresponde determinar con arreglo a los elementos de juicio que obran en los autos, las modalidades del negocio jurídico concertado entre ellas.

Conceptúo que la dilucidación del punto esencial y en el que radican los motivos de las diferencias expuestas en los correspondientes escritos, no ofrecen mayores dificultades si se lo encara con arreglo a los principios generales que regulan el régimen de la prueba y se condiciona la interpretación de la conducta de las partes al modo común de proceder entre personas normales y razonables en las prácticas y usos mercantiles, que se infiere del enunciado del inc. 6º, art. 218 del cód. de com., cuando

falta una demostración clara y precisa de la intención común. En concordancia con esta apreciación considero oportuno destacar que, según lo reconoce el propio accionante en su escrito de demanda, el respectivo contrato no fué firmado, no obstante sus reclamos de fs. 80, 81/2, ratificados por la pericia contable de fs. 437.

Este hecho, unido a lo que la demandada manifiesta, implica que las partes, no obstante la libertad de contratar, subordinaron la existencia del contrato a una forma determinada, la cual no llegó a cumplirse, porque no se habían puesto de acuerdo sobre la declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos (art. 1137, cód. civil).

"Mientras esta coincidencia no existe, enseña Siburu, t. 4, p. 8, el contrato tampoco existirá, porque siendo la voluntad de las partes, no la disposición del legislador, la que regula las relaciones contractuales, mientras falte el acuerdo completo, falta el ánimo de obligar que es esencial".

El accionante no ha traído al juicio ningún elemento probatorio que se refiera al texto del contrato, que según ambos lo reconocen, se estaba gestionando.

Se afirma por el agraviado que existió un contrato innominado, concluído, con posteriores prestaciones recíprocas, un contrato que se revela en todas las pruebas y lo confirman los telegramas de fs. 352 y 353; pero los hechos que de esos telegramas se desprenden, devolución de la mercadería enviada en consignación y llamado a Buenos Aires "para conversar", no pueden concedérsele un alcance tan amplio; estos actos deben considerarse normales en el estado en que aún se encontraban las relaciones de las partes: de tratativas para confirmar el contrato en el que estaban interesadas.

El constituirse en fiadora solidaria de la locación y remitir máquinas en consignación, hechos que están reconocidos, comportan a juicio del agraviado, el segundo motivo para recurrir del fallo; estos hechos, como lo afirma el juez a quo, no pueden tomarse aislados, sino que es necesario relacionarlos con el acto jurídico, contrato de agencia, con el que estarían vinculados, el que importa algo más que el simple envío de mercaderías en consignación y fianza para el local en que se instalaría la proyectada agencia.

¿Cuáles serían los derechos y obligaciones de los contratantes en la vinculación jurídica que alega el accionante? Las pruebas traídas al juicio por éste no permiten ni siquiera suponerlos.

En tal situación estimo injustificados los agravios del accionante contra esta parte del fallo. Considerando que los de la demandada, deben seguir igual suerte.

Si bien nuestra legislación no contempla la responsabilidad precontractual, como lo reconoce la demandada, el juzgador no puede negarse a fallar por ningún concepto, ni aun alegando el silencio u obscuridad de la ley (art. 61, cód. de proced.), pues en tal caso se debe recurrir a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso (Fernández, "Cód. de proced. comentado", p. 135, nota 111, ed. 1942).

En cuanto al segundo argumento: que no se puede considerar a la parte demandada responsable de la intempestiva ruptura de las tratativas, es igualmente improcedente. El gerente general de la demandada, Antonio Forti al absolver a fs. 292 las posiciones 27 y 28 del pliego de fs. 288, reconoce que ordenó al gerente de la sucursal Tucumán viajara a Salta para obtener informes del personal que tenía Litvak en su negocio y que si entre ellos estaba Díaz Bouza le retirara todas las máquinas y todo contacto comercial, reiterando la orden al recibir ese informe.

La prueba analizada permite formular la conclusión como lo hace el fallo, de que la demandada es responsable de la ruptura intempestiva de las tratativas y como consecuencia, la obligación de resarcir los daños y perjuicios que tal hecho ha ocasionado al accionante.

Como una consecuencia de ello, corresponde hacer lugar a la acción de daños y perjuicios deducida y hasta cubrir el monto debidamente comprobado en autos. Sobre el particular expresan agravios actor y demandado. El primero en cuanto no se satisfacen en su totalidad sus pretensiones; el segundo, pidiendo el rechazo de los que no reconoce expresamente.

El actor reclama como consecuencia del incumplimiento en cuestión: a) inversiones y gastos; b) indemnización del personal contratado; c) obligaciones del contrato de locación, y d) lucro cesante.

La demandada que solicita la revocatoria de la sentencia en todas sus partes, no expresa agravios contra los que integran el rubro a) y en subsidio, solicita se reforme la sentencia, reduciendo a sólo \$ 13.163,48 la suma que debería pagar al actor. En consecuencia, existe consentimiento con esta parte del fallo, que hace innecesario un pronunciamiento al respecto.

Indemnizaciones al personal despedido. El actor se alza contra el fallo en la parte que se considera, que rechaza el daño que se pretende por ese concepto de \$ 56.960,34 por estimarse que el mismo no presenta la condición de gasto de tratativa, ni de trabajo preparatorio precontractual.

Estimo que son fundados los agravios contra esta parte de la sentencia. Conforme con la teoría de Faggella que el juez a quo adopta en su fallo, la responsabilidad por el ejercicio del "jus revocandi" involucre el reconocimiento de estos gastos. "La propuesta representa para el destinatario, mediante la aprehensión que él haga, un valor jurídico y económico y ese valor comprende: lo que la propuesta vale con relación a la formación del derecho contractual, el importe de los gastos y del trabajo en que el destinatario ha incurrido en las negociaciones y en la elaboración de la propuesta; cuanto el destinatario ha empleado en gastos y en trabajos para conservarla, preparar el nacimiento, la vitalidad y la existencia del derecho contractual"; según lo anota el doctor Alberto G. Spota, en J. A., t. 46, p. 975.

El pago de los sueldos y las indemnizaciones por el despido de los empleados tomados por el actor, a cuyo derecho se ha hecho lugar por la justicia laboral, como surge de los respectivos expedientes agregados como prueba, estimo que deben comprenderse dentro de los gastos efectivamente ocurridos con motivo de las "tratativas" y como son consecuencia de la revocación corresponde hacer lugar a los mismos.

Respecto a los daños provenientes de las obligaciones del contrato de locación, ambas partes se agravan contra la decisión del sentenciador que fija su monto, según la liquidación de fs. 524, en \$ 13.552; el accionante pretende que el mismo se eleve a \$ 109.400, pues no habiendo rescisión, pesa sobre él esa obligación, no obstante estar afianzada por la firma Olivetti Argentina (S. A. Com. e Ind.); ésta, a su vez, se alza contra el pronunciamiento de fs. 543 porque la prueba de esos gastos y pagos no ha sido traída a los autos por el accionante, a cuyo cargo estaba su demostración. No coincido con ninguna de estas tres tesis.

"Es a cargo de quien lo alegue la prueba de la existencia del hecho en que se funda el derecho cuyo reconocimiento se pretende o que impida su constitución o modifique o extinga un derecho existente", expresa el doctor Alsina en su "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", t. 2, p. 101, núm. 14.

¿Las pruebas de los daños provenientes de las obligaciones del contrato de locación, han sido aportadas por Adolfo Litvak? A mi juicio no.

Es de anotar, ante todo, que no se ha traído por éste la demostración de ningún acto concreto del que trasciendan los daños alegados, por el contrario, del expediente "«Siden», Soc. de Resp. Ltda. c. Litvak, Adolfo s./desalojo" que tramitó por ante el juzgado de paz letrado núm. 14, a fs. 45, 2º punto, pide se le intime a la fiadora (la sociedad Olivetti) presente el último recibo de alquiler que se halle en su poder, y acompañado el corriente a fs. 49 por el mes de julio de 1948, en la audiencia de fs. 52 del 14 de diciembre de 1948, las partes de común acuerdo se allanan a la demanda y la actora queda autorizada "para que sin más trámite proceda a ocupar el local que motiva el juicio y a cuyos efectos entregará las llaves correspondientes del citado local dentro del plazo de 24 horas en la mesa de entradas del juzgado", lo cual se hace el 15 del mismo mes y año y se entregan a fs. 56 vta., dejando a salvo sus derechos para accionar contra el demandado y la fiadora por los meses que adeuda, y los que sigan hasta la finalización del contrato o se alquile nuevamente el local.

Como tal acción no ha sido puesta en ejercicio, dejando a salvo los derechos y acciones de Adolfo Litvak para el caso que ello ocurra, no corresponde reconocer esos daños en la extensión que se pretende.

La demandada, al poner las posiciones del pliego de fs. 483 al accionante, en su posición 7ª, expresa "que como es cierto que el absolvente pagó a la «Siden», Soc. Inmobiliaria del Norte (Soc. de Resp. Ltda.), propietaria del local ubicado en la ciudad de Salta (calle Zuviría 48/62), los alquileres correspondientes a los meses de febrero y marzo de 1948 y que, excepción hecha de los pagos aludidos, no abonó a la referida sociedad locadora ninguna otra suma bajo ningún concepto"; contestando el absolvente que "es cierto".

"Cada posición constituye la afirmación de un hecho por parte del ponente, enseña Alsina, t. 2, p. 257, núm. 23, b) y sabido es que las preguntas del pliego forman prueba contra la parte que las formula" (Rev. LA LEY, t. 62, p. 820 y jurisprudencia citada en nota) y la demandada al formular la mencionada posición ha reconocido que el accionante ha pagado los alquileres correspondientes a los meses de febrero y marzo de 1948, y como consecuencia, que la acción debe prosperar en este concepto por la suma de \$ 4.600.

Por último, las partes se alzan contra la sentencia en cuanto imponen las costas en el orden causado; el actor, porque a pesar de declararse la culpa de la demandada en la ruptura del contrato, su conducta y capricho acreditado, recibe el premio de las costas por su orden y éste, por entender que, dado el enorme "plus petitio" en que se ha incurrido, se ha hecho pasible de las costas.

En el sub júdice se acciona por incumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios que se estiman en \$ 540.163, "o la que en más o menos resulte de las pruebas a producirse" y si bien los mismos no se reconocen sino en una mínima parte con relación a los que se reclaman, es de tener en cuenta dos situaciones: 1) que la divergencia entre las partes surge de la interpretación encontrada sobre la relación jurídica que las vinculó y que en casos de esta índole, no es posible decidir con exactitud que la parte accionante carezca en absoluto de fundamento en la tesis que sustenta, a menos que fuera sensiblemente reñida con nociones elementales de derecho, demostrativa de una manifiesta negligencia e informarse del grado de razón que le asistiera en sus pretensiones, que evidentemente no es el caso de autos, y 2) que tratándose de una demanda por cobro de daños y perjuicios, cuyo reclamo ha sido desconocido en su totalidad y formando las costas parte de la indemnización, su imposición debe hacerse efectiva sobre el demandado (Alsina, "Tratado teórico práctico de derecho procesal", t. 2, p. 754, núm. 9, c), pero en la proporción que establece el art. 8º de la ley 14.170 (1) y decreto 34.331-45 (2), ratificado por la ley 12.921 (3).

Por estas consideraciones estimo que debe modificarse la sentencia de fs. 543 en la extensión de los considerandos precedentes, con las costas a cargo de la demandada en ambas instancias (arts. 221 y 274, cód. de proced.).

Por análogas razones los doctores Serrano y Salgado adhirieron al voto anterior.

Por los fundamentos del acuerdo que precede, desestimándose el recurso de nulidad se modifica la sentencia apelada en la extensión de los considerandos precedentes e imponiendo las costas del juicio a la parte demandada en ambas instancias. -- Roberto J. Sierra. -- Jorge M. Serrano. -- Emilio Salgado. --
Ante mí: Julio A. Victorica.