

En la ciudad de General Roca, a los días de Febrero de 2004, se reúnen en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en ésta ciudad, cuya presencia certifica la Actuaría (art.271 C.P.C.), para dictar sentencia en los autos caratulados: "TORTI DE AMBROSINI CATALINA C/FLORES ALEJANDRO E. Y OTRO S/Ordinario" (Expte.n° 16.193-CA-2003), venidos del Juzgado Civil nro. TRES, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, lo que también certifica la Actuaría (art.cit.), y se procede a votar en el orden de sorteo practicado, la siguiente cuestión:

EL SR.JUEZ DR. JOSE J.JOISON, DIJO: El codemandado Sr.Juan Bautista Néboli por intermedio de sus letrados, se agravan de la sentencia dictada en autos por haberse declarado en ella su responsabilidad conjuntamente con el codemandado Alejandro Enrique Flores y también por la imposición de costas a su cargo por la actuación de los letrados del tercero citado.-

Piden que se revoque la sentencia rechazando la demanda en lo que el apelante se refiere y se apliquen estas últimas a la actora.-

El fallo en crisis consideró para llegar a la decisión, entre otros argumentos lo siguiente:" La vinculación directa de Néboli se comprueba con las constancias coincidentes que surgen de distintos medios aportados con los que se logra conformar, sin duda, la obligación que atribuye la accionante.- Las testimoniales obrantes a fs. 210 y 211 de Carlos Walter Martínez y Alberto Luis Di Santo demuestran la veracidad de los antecedentes que indica la actora en la postura asumida, los que no se ven desvirtuados por ningún elemento de Juicio incorporado a la causa por la contraria.- El primero afirma que "si, el señor Néboli en el año 1998 nos envió púas de manzana para hacerle las plantas que él había pedido, entre el transcurso del año 1998 y 1999 venía periódicamente a ver las plantas y otras variedades que él estaba adquiriendo en ese momento, como peras williams, packan\'s, variedades de ciruelas varias, duraznos de exportación, pelones inclusive", de este mismo testimonio surge la vinculación que incluye un control y participación directa entre los años 1998 y 1999, como la cantidad importante de plantas adquiridas aproximadamente veinte mil-.Del de Di Santo, surge la entrega directa a Néboli " en el 1998 le descargamos una peugeot que tenía el padre en una Estación de servicio Shell en Roca y en 1999 en un semi en la quinta de él que descargaron con un tractor y un acoplado, que descargaba del semi al acoplado" que las plantas las recibió Néboli, también coincide con el otro declarante en cuanto a que

las púas de la variedad Pink Lady para hacer las plantas las proveyó Néboli y que se transportó aproximadamente veinte mil plantas-.....La participación directa de Néboli en la negociación que se desprende de estas testimoniales, se ve corroborada por la informativa del hotel Cerro Nevado obrante a fs.136 que acredita que éste con su padre estuvieron en la ciudad de San Rafael, Mendoza, en fechas que se señalan como de su participación activa en la concertación de la operación.- Sí a estas constancias que acreditan una participación directa se le suma que la contraria no aporta ninguna que la desvirtúe, que las defensas las dirigen en el sentido que aquél se ve involucrado únicamente porque recibe las plantas, cuando y aparte de la participación aludida, se advierte que queda admitido que es el que firma los remitos obrantes a fs.11 y no justifican de algún modo los motivos de ese comportamiento tan interesado y exclusivo, permite sostener que la accionante lleva razón al invocar que la operación fue concertada por ambos codemandados.- Al respecto es de destacar., a su vez, que la modalidad arbitrada por Flores respecto del pago de la operación inmobiliaria no se ve avalada por medio alguno, puesto que al respecto solo se cuenta con la informativa y documental obrante a fs.240/5 que no tiene entidad para corroborar lo que éste indica-..... En efecto aparte que el instrumento en cuestión advierte de una concertación de venta del inmueble realizada con posterioridad a la operación objeto del reclamo, puesto que tuvo lugar el veintinueve de marzo del 2000, en la cláusula en que se fija la forma de pago no se realiza ninguna aclaración que indique la singular modalidad de pago que se aduce como uno de los resortes defensivos, ver fs.243.-.....Si a estas connotaciones se agrega que tal como destaca en el alegato la actora, de la escritura surge que el apellido de la esposa de Flores es el mismo que el del codemandado Neboli, como que esta instrumentación se lleva a cabo poco antes de la demanda, la estrategia defensiva arbitrada por los codemandados aparece mas que sospechosa, maxime que no han incorporado medios probatorios que inclinen a darle credibilidad a su versión.-"

Por su parte la recurrente insiste en que "Toda la intervención de nuestra representada en el caso, se limitó a la recepción de las plantas mencionadas, a cuya provisión se había comprometido el Sr. Alejandro Flores; como parte de pago por la operación de compra de porción indivisa de inmueble apuntada al momento de contestada la demanda y comprobada, con la prueba informativa al Escribano Llanos.-"

Esta afirmación no es exacta tal como lo expresa el fallo del a quo en la parte que hemos ya transcripto, toda vez que lo que se prueba con la escritura pública agregada de

fs. 241/245 es la operación de compraventa de las partes indivisas del inmueble objeto de la operación pero en modo alguno de que el precio haya sido pagado por el Sr. Flores con las plantas cuyo saldo de precio se persigue en autos.- El argumento carece en consecuencia de suficiencia para desvirtuar las conclusiones del fallo en ese sentido.-

Agrega el apelante: "..... de las propias palabras de la actora al presentar la demanda y de tas restantes de autos surge que todos los pagos parciales realizados los hizo el Sr. Alejandro Flores y ninguno el Sr. Neboli con lo que esta sola circunstancia hubiera merecido el acogimiento de nuestra pretensión.-"

Ello tampoco es exacto ya que a fs. 33 vta. de los pagos que enumera en los puntos A a D solo indica como efectuado por el señor Flores los documentos librados por este último según punto C y el D por la sociedad "Flores Automotores" S.A.-

Agrega la recurrente: "El hecho que, por la exclusiva cuenta de la actora, haya incluido a Néboli en las facturas, no empaña nuestra defensa; en tanto y en cuanto la demandante en ningún momento previo a la demanda, hizo llegar al mismo dichas facturas, con lo que nunca pudo cuestionar en forma previa tal inclusión. Se pretende menoscabar en la sentencia este extremo, diciendo que no se adujo engaño ni se impugnó tal facturación; apreciación que de por si se encuentra desautorizada, si se contempla el tenor de la defensa esgrimida.-"

Sin embargo la recurrente nada cuestiona al argumento que el a quo pone de resalto lo expresado por el codemandado Sr. Flores: "Este indica que solo se asumió la obligación por la adquisición de las plantas que surgen del remito N° 0001-00000026, pero a las que asigna un precio distinto, sin embargo de su evaluación se advierte que en este tema la reclamante logra demostrar que los precios por ella fijados coinciden con los vigentes en plaza y aún en algunos casos menores.- Estos datos surgen de la informativa obrante a fs. 144/5, ante la falta total de prueba por la oponente, quien si bien destaca tanto en la contestación de demanda como en su alegato, que al no entregarsele las facturas en su oportunidad no pudo controlarlas ni objetarlas, se observa que la misma tuvo la posibilidad clara de refutar ese valor en autos y no lo hizo.- Es mas respecto de la variedad de manzana Cripps Pink, mencionada en el instrumento como "Rosada" y que durante el proceso se aclara que su marca registrada es "Pink Lady", la que mas adelante dara lugar a una estimación especial, se fijó un precio de \$1,80, cuando a fs. 144 se determina \$3,60 mas Iva.- En su oportunidad se observara que el menor monto fijado, pudo deberse tal vez, a la circunstancia que el comprador debe abonar un importe denominado "Royalties" al representante de su reproducción y comercialización en el

pais, como surge de fs.101 vta. y fs. 116 o bien porque no se encontraba autorizada para su venta, resolviendo su situación con posterioridad.- Otro aspecto que introduce Flores es que no existió la operación que se instrumenta por el remito 0341 de fs.11 y consiguiente factura de fs.10 por valor de \$2.158,64. Para sustentar esa versión, indica que de la fruta recibida según registra el remito reconocido, existieron 1.500 plantas de pera \"William"s\" que no reunían viabilidad para la actividad productiva, por lo que acordó con la actora su devolución para ser reemplazadas por otras.- En relación a ello, es de señalar que acerca de este supuesto acuerdo no aportó ningún medio probatorio que lo avale, y en cambio por la prueba pericial practicada por ingeniero agronomo y con punto de pericia propuesto por el mismo, se acredita a fs. 232 y vta. que las plantas aludidas aparte de ser aptas para la producción, no recibieron el cuidado adecuado por su poseedor Sr. Néboli, codemandado en autos.-....."

Todo ello, además, no es suficiente para destruir los efectos de los remitos reconocidos por el apelante que al igual que las facturas constituyen las pruebas por excelencia de la ejecución del contrato, apreciado bajo las reglas de la buena fe (art. 1198 del Código Civil) ya que aquellos acreditan la entrega de los bienes adquiridos, que es la finalidad principal y casi única de probar su efectivo envío y recepción de lo que forma el objeto del contrato.-

La jurisprudencia así lo ha considerado: "Tandanor S.A. recibió - con retraso - el material licitado, sin reserva o salvedad jurídicamente relevante. Y si a ello se agrega que, además, recibió las cuatro facturas vinculadas a los cuatro remitos y no formulo observación o impugnación de ninguna clase, se impone concluir razonablemente en que - por el efecto de su silencio en materia comercial - las respectivas cuentas se deben entender firmes y liquidadas (doctrina del art. 474 De código mercantil) y, por consiguiente, insusceptibles de sufrir alteración por una conducta notoriamente tardía en la demandada, incompatible con la seguridad de los negocios y con la estabilidad de las relaciones comerciales. En suma, por aplicación del principio de la buena fe en el orden contractual (art. 1198 C.C.). Por encuadrar la situación en las disposiciones de los arts. 524 y 525 del C.C., y por hallarse la situación de la actora amparada por la norma del art.474 CCOM., Tandanor S.A. había perdido el derecho de sancionar con la clausula penal por atraso al adjudicatario y, naturalmente s pretensión de compensar el crédito de este con la sanción punitiva carecia por completo de sustento jurídico."(Lex Doctor 7.0 -Autos: causa n 6982/92.El arriero S.A. C/ Tandanor S.A.C.I. Y N. S/ cobro de pesos. - Vocos Conesa-Gallegos Fedriani - Mariani de Vidal 18/05/1995).-

"Tratándose de una demanda por cobro de pesos que encuentra causa en una factura emitida en razón de mercadería vendida por el actor, corresponde a éste acreditar la existencia de la relación comercial y el recibo de la cosa vendida, como la falta de pago de la deuda, lo cual quedaría neutralizado por el aporte de la contraria de los recibos pertinentes. Reconocida la entrega de la mercadería, y en base a lo normado por el artículo 472 del Código de Comercio, el adquirente cuenta con tres días de plazo para cuestionar fehacientemente la calidad y otras falencias de la cosa. Si las facturas no han sido reclamadas ha de entenderse, a tenor de lo dispuesto por el art. 474 del Código de Comercio, que se trata de cuentas liquidadas, y en esa inteligencia, es dable presumir que quien recibió esos instrumentos sin impugnarlos, aceptó siquiera tacitamente las modalidades y condiciones del contrato." (Idem - CC0001 SM 41140 RSD-43-97 S 18-2-

97, Juez Lami (SD) - Pangala S.A. c/ Briosch S.A. s/ Cobro de pesos - Lami-Olcese-Biocca).-

Sigue diciendo el quejoso: "Por lo demás, la sentencia toma como un aspecto de significación, que se haya acreditado la estadía de nuestro representado y su padre en Hotel de la Provincia de Mendoza; como si esa circunstancia fuera demostrativa de su carácter de comprador; y no de su Interés estrictamente focalizado en asegurar la calidad de las plantas con que le pagaba el Sr. Flores.-"

No me he de detener en este aspecto por su relativa importancia de carácter netamente subjetivo que no modifica las conclusiones anteriores.-

Continúa el memorial: "Cabe mencionarse también, que la actora produjo la prueba testimonial en extraña jurisdicción, de los Sres. Walter Martínez y Alberto Luis Di Santo. Dichos testimonios, en vez de merecer la consideración que tuvieron en la sentencia; debieron ser analizados a tono con el interés en beneficiar la posición de la accionante que entraña la condición de empleado en relación de dependencia de la misma y contratado para el transporte por la actora, en uno y otro caso.-Aún sin perjuicio de la parcialidad de dichos testimonios, sus mismos dichos no revelan otra cosa que el interés de Néboli en supervisar la calidad de las plantas; pero de ninguna manera puede esperarse de un empleado de un vivero, y de quien solo se limitó a transportar la mercadería, un conocimiento personal de los términos y protagonistas de un negocio. A pesar de ello, para el equivocado criterio de la sentenciante, los dichos de los mencionados testigos son reveladores de "la participación directa en la negociación de "Néboli", y en la "concertación de la operación-

Considero que en el caso del testigo Carlos Walter Martínez, su carácter de empleado de la parte actora, no lo descalifica de pleno derecho correspondiendo al Juez, en el caso concreto formar convicción a la luz del art.386 del CPCC.-En el caso de este testigo que declara a fs. 210 y vto. se acredita que estuvo en contacto con los hechos acontecidos interviniendo de manera personal y directa; ha explicado e ilustrado sobre circunstancias de hecho coincidentes con otros que aparecen en la causa.- Ha dado suficiente razón de sus dichos sobre las circunstancias que rodearon algunos aspectos de la relación contractual.- Y a pesar de que la apreciación de su testimonio debe ser particularmente estricta en razón de la propia naturaleza de ese medio probatorio, se estima que se ha expedido con veracidad sobre los hechos en los que ha intervenido.-

La apelante no ha efectuado una crítica concreta sobre los dichos de ese testigo ni indicado cuales son las contradicciones que harían a su criterio invalida la declaración del mismo, salvo el mero hecho del carácter de subordinado laboral y este aspecto, como he señalado, no es suficiente para restar valor a sus dichos.- Por el contrario el relato del testigo contiene elementos precisos y coherentes y se manifiesta con firmeza sobre todo en los puntos en los que ha intervenido personalmente, habida cuenta que se han visto corroborados por las facturas, remitos y pericia agronómica existentes en la causa.-

De acuerdo a lo expresado, la crítica debe ser desestimada.-

La misma suerte ha de correr la efectuada al testigo Di Santo que no es dependiente de la parte actora y que en su declaración de fs. 211 refiere también con toda precisión, firmeza y coherencia los detalles de los hechos en los que le ha tocado intervenir personalmente y cuya crítica por la quejosa solo se ha limitado a expresar un interés en beneficiar a la actora toda vez que el transporte de la mercadería no importa un conocimiento personal de los términos y protagonistas de un negocio (tal lo transcrito).- Pero es asertivo en la circunstancia relevante que permite apreciar la verosimilitud de los dichos en la entrega de las plantas a Neboli (ver respuesta a la pregunta décima del interrogatorio aludido) que se compadece con los remitos suscriptos por ese demandado y que da al Tribunal las pautas necesarias para indagar sobre la veracidad de los hechos ocurridos y la certeza del modo y forma en que se efectuaron y la relación contractual tal como fue convenida.- Y por sobre todo ello la improcedencia de la defensa del apelante en su excepción de falta de legitimación pasiva.-

No modifica esta conclusión los perjuicios que se invocan en relación a la tercera citada en juicio, la sociedad "Los Alamos de Rosauer" S.A., los cuales fueron suplidos en parte

con la indemnización convenida por la actora con esa firma (ver audiencia preliminar de fs. 116) y por lo demas el argumento carece de suficiencia frente a lo expresado en la sentencia y que no mereció crítica alguna de la apelante, cumpliendo con lo que establece el art. 265 del CPCC: ".....Como ya se adelantara no tiene sustento su posición al respecto, el Sr.Neboli se dedica a la actividad frutícola, participó directamente en la contratación, aportó las púas para la formación de las plantas, no adujo engaño, el que de plantearse hubiere recurrido de prueba contundente y a su cargo, circunstancia que no se dio (arg.Art. 929 del C.C.).A todo ello, ha de sumarse que no demostró la necesidad de su extracción, ni se intentó reconvencción para obtener el supuesto resarcimiento.-11 (el resaltado es propio).-

Es decir que ese cuestionamiento que hace la quejosa en su memorial y en relación a ese agravio, constituye un aspecto independiente a las partes que celebraron el contrato y si aquella se sentía perjudicada debió haber hecho valer de otro modo sus derechos como lo indica correctamente el a quo.-

En consecuencia se rechaza el agravio y se confirma la sentencia en esa materia.- Con costas a la recurrente.-

Esta última se agravia también por la imposición de costas impuesta a su parte con motivo de la actuación de los letrados del tercero citado.-

Fundamenta la queja en el hecho de que si bien la citación fue realizada a su pedido, ".....no fue antojadiza ni mucho menos injustificada..... resultado que la accionante celebró un convenio con el tercero, luego de la venta irregular de las plantas, para evitar ser sancionada.-.....la causa de la citación fue la mala fe comercial de la actora corroborado con el convenio acompañado en autos, del que se desprende la admisión de haber vendido las plantas en forma ilegal.-"

El tercero citado lo fue conforme lo dispuesto por el art. 94 del CPCC. y por consecuencia asume el carácter de parte con todas las cargas, derechos y deberes que los litigantes principales y en su caso la sentencia a dictarse los afectara al igual que a estos.-

Y con respecto a las costas en relación a la citación de terceros la jurisprudencia ha dicho: "El principio general en materia de costas, y que esta dado por la regla del vencimiento objetivo, que recepta el art. 68 del Código Procesal, tiene aplicación en todo tipo de proceso e incidentes, salvo las excepciones específicas que pueda prever la legislación sustancial (v.g.art., 760), o adjetiva (v. g. arts. 46, apart. 2: "in fine", 48, 60, Ser, apart. "in fine", 69, 1er. apart. "in fine", 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 97, 3er apart.

"infine", 372, 556, 664). En tales condiciones y no existiendo en materia de citación de terceros, excepción alguna respecto del principio general, si se ejercitó el derecho que previa el art. 94 del Código Procesal en materia de intervención de terceros, no configurándose ninguna de las excepciones que se contemplan en el Libro I, Título II, Capítulo V, de dicho ordenamiento, no pudo prescindir de la aplicación del art. 68 precitado. En consecuencia, el vencido debe soportar las costas respecto de la actuación de los terceros citados, que fueron eximidos de responsabilidad en la producción del hecho ilícito (arts. 68 y 94, C. Procesal). (Lex Doctor 7.0 - CC0201 LP, B 84250 RSD-40- 97 S 25-2-97).-

En el caso de autos la sentencia no incluyó al tercero citado dentro de la condena y ello ha sido consentido por el apelante.-En consecuencia la citación de la sociedad "Los Alamos de Rosauer" S.A. fue innecesaria y las costas originadas por ella deben estar a cargo de la parte vencida como lo resolvió la "a quo" por quien lo trajo a juicio (arts. 68 y 94 del CPCC).-

En consecuencia corresponde también desestimar este agravio.-

Por todo lo expuesto propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte codemandada y confirmar el fallo de Primera Instancia con costas a su cargo.-

Propongo se regulen los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de los fijados en Primera Instancia atento lo dispuesto por el art. 14 y ccs. de la ley 2212 y el mérito de la labor realizada en atención a su calidad, extensión y eficacia del trabajo, naturaleza y complejidad de la causa, resultados obtenidos.- ASI VOTO.-

EL SR.JUEZ DR.JORGE O.GIMENEZ, DIJO: Que por razones análogas a las aducidas por el Dr.JOISON, que sufraga en primer orden, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL SR.JUEZ DR.OSCAR H.GORBARAN, DIJO: Que se abstiene de emitir su opinión, por considerarlo innecesario (art.271 C.P.C.).-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

R E S U E L V E: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte codemandada y confirmar el fallo de Primera Instancia, con costas a su cargo.- 2)

Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de los fijados en Primera Instancia.-

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

EN ABSTENCION

Ante mí: