

## Cesión de contrato de concesión. Cesión de derechos y cesión de créditos: diferencia. Interpretación de contratos. Derecho de opción\*

En la ciudad de San Isidro, provincia de Buenos Aires, a los veintisiete días del mes de mayo de dos mil cuatro, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. *Roland Arazi*, *Graciela Medina* y *María Carmen Cabrera de Carranza*, para dictar sentencia en el juicio: “Schwartz, Hugo c. Gramblicka, Mónica Andrea y otro s/ consignación”, y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. *Medina*, *Cabrera de Carranza* y *Arazi*, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

### *Cuestión*

¿Es justa la sentencia apelada?

### *Votación*

A la cuestión planteada la señora juez Dra. *Medina* dijo:

1. La sentencia de fs. 293-297 no hace lugar a la demanda que, por consignación, incoara Hugo Schwartz contra Mónica Andrea Gramblicka y Fiestas y Eventos S. A., rechaza la excepción de falta de legitimación y regula los honorarios.

2. Apelan el monto de los honorarios del referido decisorio: a fs. 303 Gonzalo M García Pérez Colman por estimarlos bajos y a fs. 306 el contador Juan

\*Fallo inédito.

Aller por considerarlos bajos, a fs. 319 y 321 el actor Hugo Damián Schwartz por considerarlos altos.

En lo sustancial apelan la sentencia Hugo Damián Schwartz y Mónica Andrea Gramblicka, a cuyo fin expresan agravios el actor a fs. 353-356 y la demandada a fs. 357-360, los cuales son respondidos a fs. 365-366, 368-375 y 373-377.

3. Se agravia el accionante porque el juez rechazó la demanda sin tener en cuenta que a los fines de efectivizar la reserva su parte sólo estaba obligada a pagar el 10% del precio y no el total, con lo cual considera que la consignación es completa y peticiona que la sentencia sea revocada y se haga lugar a su pretensión.

La demandada Mónica Andrea Gramblicka se queja porque el sentenciante no hizo lugar a la falta de legitimación pasiva en orden a que carecía de los requisitos necesarios para ser sujeto de la relación sustancial, dejando expuesto al respecto que el titular de la concesión era Fiestas y Eventos S. A., razón por la cual entiende que solamente a ésta se podía demandar en pos de la opción en cuestión.

4. Plataforma fáctica.

Hugo Damián Schwartz y Mónica Andrea Gramblicka mantuvieron una relación de concubinato y constituyeron una sociedad de hecho durante los años 1993 a 1999.

En 1999 las partes disolvieron la sociedad de hecho firmando un convenio el 2 de junio de 2000 por el cual –entre otros puntos– acordaron que el concubino obtenía para su concubina y para la Sociedad Fiestas y Eventos S. A. (de la cual la concubina era presidenta) la concesión del salón de fiestas y del restaurante del Complejo Náutico Marina del Norte hasta el 31/12/2017, por un canon mensual de U\$S 1.000, que el concubino se obligaba a pagar en concepto de principal pagador.

Mónica Andrea Gramblicka por su propio derecho y en representación de Fiestas y Eventos S. A. otorgó a Hugo Damián Schwartz una opción del contrato de Concesión del Salón de Fiesta y del restaurante de Marina del Norte por el precio que surgirá de la suma que resulte del siguiente cálculo. Se considera valor mensual de U\$S 15.000 por mes de explotación pendiente y se descontará el mismo a la tasa activa de interés del Banco de la República Argentina para operaciones de descuento a 30 días - cartera general. A efectos de su identificación la tasa activa mencionada al 31 de mayo de 1999 es del 1,41 % mensual, o la que la sustituya en el futuro, tomando como período “a” (cero) el mes de uso de la opción de compra de la subconcesión y efectuando el cálculo mes a mes hasta el 31-12-2017, el 10% del valor así obtenido debía ser depositado por el Señor Hugo Schwartz al ejercer la opción.

El total del precio en efectivo debía ser abonado al momento de la firma del contrato de cesión, y el señor Schwartz se obligaba a respetar las fiestas contratadas por la concesionaria durante los 12 meses siguientes de ejercida la opción. Los importes de la seña percibidos por la concesionaria le serían descontados del precio final (fs. 35-36).

Con fecha 28 de marzo de 2002 el actor decidió hacer uso de la opción a cuyo fin realizó un cálculo contable del precio.

El contador Stock determinó el 25 de marzo de 2002 que el monto del precio fijado para la cesión de la concesión era de \$ 427.928, (fs. 33).

El actor depositó en la escribanía L. el capital de \$ 427.928 a disposición de su ex concubina y de la sociedad de la cual ella era presidente, ante el escribano G. L., el 26 de marzo de 2002.

El 27 de marzo de 2002, mediante acta notarial, se notifica a Gramblicka y a Fiestas y Eventos S. A. la opción que había realizado el actor.

Las concesionarias se negaron a aceptar la opción básicamente porque la moneda de pago era el peso y no el dólar norteamericano.

Hugo Schwartz procedió a retirar de la escribanía el 10% del valor del capital en abril de 2002 y realizó una consignación judicial y solicitó el cumplimiento de la opción del contrato de cesión.

Su pretensión fue resistida por Fiestas y Eventos S. A. y por Gramblicka porque el depósito había sido realizado en pesos y no en dólares y por Gramblicka porque estimaba que la consignación era parcial ya que si el actor había depositado en una escribanía el total del precio debía igualmente depositar en el expediente el total del monto y no solamente el 10%.

#### 5. La sentencia.

La sentencia de primera instancia rechazó la excepción de falta de legitimación interpuesta por Gramblicka por entender “que no es cierto que Gramblicka no haya asumido ninguna obligación personal con Schwartz, como se alega, pues la opción de compra otorgada al actor y que da origen al presente debate fue suscripta por ella, dejándose expresamente establecido que actuaba por sí y en su carácter de presidente de Fiestas y Eventos S. A.”

También rechazó la demanda por entender que el pago por consignación era incompleto, porque el actor sólo consignó judicialmente el 10% del referido importe y no la totalidad del precio del contrato que, de acuerdo con sus cálculos completaba el monto del convenio, incumpliendo así la exigencia contenida en el art. 758 del Código Civil.

Tras haber realizado una breve síntesis de los hechos y de la sentencia, entraré en el análisis de los agravios, comenzando por el de las demandadas, para luego hacerme cargo de los del accionante.

#### 6. La excepción de falta de legitimación pasiva.

La demandada insiste en su planteo relativo a su falta de legitimación pasiva, vuelve a señalar que la acción debió integrarse solamente contra Fiestas y Eventos S. A. y se queja de que el juzgador de la instancia anterior haya rechazado su planteo.

El tema consiste en determinar si la apelante está legitimada para que se promueva contra ella una acción judicial tendiente a consignar el monto debido para hacer uso de una opción.

En otras palabras, se debe precisar si tiene *legitimación pasiva*, entendiendo por tal la aptitud para ser demandada por consignación.

Adelanto mi opinión de que los agravios de la accionada no pueden tener

ninguna acogida, ya que la opción motivo de este pleito le fue realizada al actor por Mónica Gramblicka por sí y en su carácter de Presidenta de Fiestas y Eventos S. A., lo que la legitima pasivamente para que se accione contra ella por la consignación de la opción que por su propio derecho ejerciera.

Por lo expuesto propongo que los agravios de la excepcionante en lo que a este tema se refiere, sean rechazados y la sentencia confirmada.

#### 7. Opción de cesión de contrato de concesión.

Previo a entrar a considerar los agravios del demandado considero que se debe determinar cuál era el vínculo obligacional que unía a las partes, para poder precisar la normativa a aplicar.

Las demandadas se hallaban obligadas frente al actor por una opción de cesión de un contrato de concesión que se les había otorgado sobre un salón de fiestas y un restaurante. Son de aplicación, por analogía, las normas relativas a la cesión de derechos y acciones, ya que la cesión de contratos no se encuentra tipificada en el Código. Aclaro esto porque las partes en sus escritos en varias oportunidades aluden a una opción de compraventa, cuando en realidad se trata de una opción de cesión de contratos que requiere del consentimiento del deudor cedido.

Cabe señalar que la cesión de contratos no tiene una regulación legislativa específica pero está ampliamente aceptada en la doctrina nacional, por aplicación del artículo 1197 del Código Civil.

Hoy no se discute la diferencia entre cesión del crédito o cesión de deuda y cesión del contrato, la segunda trasmite la posición contractual mientras que las otras dos sólo transfieren los elementos activos o pasivos *ex contractus*. Por tal razón, la cesión del contrato se define como la transmisión de la posición contractual del cedente a un tercero, quien entra en su lugar y pasa a ocupar la situación jurídica en aquél (Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal y Culzoni, p. 358; Andreolli, Marcello, *La cesión del contrato*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, 1956). Indiscutiblemente, la cesión requiere de la aceptación del contratante cedido para hacerla eficaz frente a él (ver al respecto las conclusiones de la Comisión N° 3 del II Encuentro de abogados civilistas, celebrado en Santa Fe en 1988, citado por Mosset Iturraspe en obra citada).

Las aclaraciones relativas a la necesidad de la aceptación del contratante cedido, en este caso concedente, las realizo porque a mi juicio tienen directa relación con la forma de pago de la opción y con la consignación efectuada.

#### 8. Del precio y de la forma de pago.

Los agravios del actor se dirigen a criticar la sentencia apelada porque ésta consideró que el pago era incompleto y que el accionante debía haber consignado el 100 % del pago del precio mientras que el apelante considera que sólo debía abonar el 10% al momento de aceptar la opción.

Para determinar si la consignación efectuada en autos por el actor fue completa, previo a todo hay que establecer cuál era el precio que se debía pagar y cómo sería la forma de pago.

A fin de establecer estas dos cuestiones partiré de una interpretación gramatical y lógica del contrato.

a. De la interpretación gramatical del contrato.

Teniendo en cuenta una interpretación netamente gramatical de la opción otorgada por la sociedad demandada y por su presidente en forma personal, que en copia obra a fs. 5 y 6, punto 2º *in fine* y 3º, ninguna duda cabe de que el precio se debía pagar de la siguiente manera:

El actor para hacer uso del derecho de cesión debía pagar el 10% del precio fluctuante que las demandadas habían fijado.

Cuando la cesión se efectivizase “*mediante la firma del contrato de cesión*” el cesionario pagaría el saldo de precio restante.

Estimo oportuno poner de resalto las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en los artículos 217 y 218 del Código de Comercio.

Cabe recordar que el artículo 217 establece que “Las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo”.

Hay que tener en cuenta que “si las palabras del contrato no son ambiguas, no existen contradicciones y se manifiesta con evidencia cuál ha sido la intención de las partes coincidente con su declaración de voluntad, no es admisible una interpretación que se dirija a torcer esa evidencia” (Rivera, Julio César, *Instituciones de derecho civil*, t. II, p. 572).

La célebre regla según la cual *In claris non fit interpretatio* significa que donde la ley es clara no se debe, a través de la interpretación, conducirla a un significado distinto y tiene su reflejo en dos versos de Japoneda Todi (hombre de leyes) *dovè chiara la lettera, non fare oscura glosa*. (Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, febrero de 1999, p. 111).

La claridad de la cláusula contractual me exime de interpretar el contrato de otra manera que aquella que pautaron las partes.

Sin embargo y para evitar cualquier duda, analizaré el mismo lógicamente y teniendo en cuenta los usos y costumbres.

b. De la interpretación lógica y por los usos del tráfico comercial.

La forma de pago del precio era absolutamente lógica, ya que entiendo que nadie se obligaría a pagar el 100% del precio para hacer uso del derecho de optar por la cesión de un contrato de concesión, porque no tendría ninguna garantía de que la cesión se formalizara mediante la firma del contrato de cesión, ni que el contratante cedido lo aceptara.

Al respecto debo señalar que la forma de la opción debía ser hecha por escrito ya que es de aplicación el art. 1454 del Código Civil: “Toda cesión debe ser hecha por escrito, bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido, y aunque el no conste de instrumento público o privado”.

Por ello resulta lógico que el accionante pagara el 10% al hacer uso de la opción y el resto del precio cuando se formalizara por escrito el contrato de cesión y no que pagara el 100% del precio sin tener formalizada la cesión en legal forma.

Aunque pueda sostenerse que la cesión puede ser celebrada verbalmente,

es indiscutible que se exige la forma escrita como medio de prueba, máxime cuando este contrato debe ser opuesto a terceros y por ende se debe notificar al contratante cedido y lograr su aceptación (art. 1459 del Código Civil).

Cabe señalar que el interés del actor era la explotación del restaurante y del salón de fiestas que Marina del Norte le había concedido a Evento y Fiestas S. A. y que para ejercerlo Schwartz debía contar con la aceptación del concedente.

Entiendo que responde a los usos del tráfico comercial que al aceptar una opción de cesión de una concesión de explotación sobre un salón de fiestas y un restaurante –evaluada en \$ 427.928– se pague el 10 % del precio y el saldo se abone al momento de concretar la cesión en legal forma.

Mientras que por el contrario no hay ningún uso comercial que indique que al aceptar una opción como la de autos el aceptante pague el 100 % del precio sin ninguna garantía de que el contrato de cesión se formalizara y que el deudor cedido –concedente– lo aceptara.

Por lo expuesto considero que al depositar el 10% del importe del precio el actor ha cumplido adecuadamente con el requisito de la integralidad del pago (art. 758 del Código Civil).

8. De la errónea aplicación de la invocación de la teoría de los propios actos.

El juez de la instancia anterior señaló que si el actor depositó en la escribanía el 100% del precio, el precio del contrato ascendía para él al monto depositado y juzgó que era ése el importe que debió depositar judicialmente.

A mi entender, este argumento es inválido ya que el actor jamás discutió el precio de la cesión sino la forma de pago. Y ya he afirmado que la forma que se debía pagar era un porcentaje al aceptar la opción y el resto al firmar el contrato de cesión.

La doctrina de los propios actos expresada habitualmente en los brocardos latinos *nemo contra factum proprius venire potest; venire contra factum proprius nemo potest o adversus factum suum quies venire non potest* y que suele formularse en nuestro idioma bajo la rúbrica de que nadie puede ir o volver válidamente (o lícita, eficazmente), sobre (o contra), los propios actos, tiene una antigua raigambre en el derecho alemán, en la jurisprudencia española e incluso en el derecho inglés donde existe una institución muy similar, aunque con diferentes alcances y fundamentos, conocida bajo el nombre de *estoppel*. Salvo en este último caso en que el fundamento del instituto es la protección de la apariencia jurídica, suele invocarse como fundamento de la ilicitud del *venire contra factum proprius* el principio general de la buena fe, del cual aquél es considerado una mera derivación.

Por aplicación de esta teoría no se puede afirmar que porque el actor depositó el total del precio en una escribanía, cambió los términos contractuales firmados con la demandada relativos a la forma de pago, muy por el contrario, lo único que indica es la seriedad de la intención de hacer uso de la opción y la buena fe con la que se ha desenvuelto el accionante en esta negociación, buena fe que no aparece reflejada en los actos de las demandadas (art. 1198 del CC).

9. De la moneda de pago.

Tanto el convenio de disolución de la sociedad de fecha 2/6/00 cuanto el

acuerdo que prevé la opción en favor del actor fueron expresados en moneda estadounidense.

El demandante, al hacer uso de la opción a la que tenía derecho, depositó pesos y al contestar Gramblicka la demanda no sólo pidió su repulsa sino que sostuvo que como la causa que origina la obligación de pago del precio había nacido recién con la operación y ello ocurrió después de la entrada en vigencia de la normativa de emergencia, la ley 25561 y el dec. 214/02 no resultaban aplicables. Fundó este criterio en una sentencia de este Tribunal del 10/7/02 y subsidiariamente planteó la inconstitucionalidad del citado decreto.

Debido a que en este mi voto propongo la revocación del fallo en razón de reputar válido y con fuerza cancelatoria el depósito ingresado a estos autos mediante el depósito demostrado a fs. 68, debo establecer, asimismo, cuál es la moneda de pago que corresponde en el caso bajo juzgamiento.

Adelanto que no le asiste la razón a la accionada Gramblicka. En efecto, con fecha 7/11/02 este Tribunal que integro, en el plenario recaído en los autos “Zannoni, Analía N. c/ Villadeamigo, Valeria y otro s/ cobro de alquileres” dispuso que en las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses, no vinculadas al sistema financiero, corresponde pesificar al valor de u\$s 1 = \$ 1 aun en caso de mora. Debido a que el uso de la opción es consecuencia del derecho acordado para ello con fecha 2/6/00, el depósito del 10% del precio contemplado en el pto. 2 del acuerdo de fs. 5/6 debía hacerse en pesos.

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de la norma que dispuso la pesificación (dec. 214/02) ello deviene improcedente, remitiéndome por razones de brevedad a lo fallado en igual sentido por esta Sala, en las causas 91601, reg. 582 del 28/11/01; 92708, reg. 179 del 25/3/03 y 94252, reg. 647 del 9/9/03.

Por todo lo expuesto, voto por la NEGATIVA.

Por iguales consideraciones, los señores Jueces Dres. *Cabrera de Carranza* y *Arazi*, votaron también por la NEGATIVA.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

*Sentencia*

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se confirma el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Mónica Andrea Gramblicka y se hace lugar a la demanda interpuesta por Hugo Schwartz contra Mónica Gramblicka y Fiestas y Eventos S. A. por pago por consignación. Las costas de ambas instancias se imponen a las demandadas vencidas (art. 68 del CPCC).

En virtud de lo resuelto por este Tribunal y lo dispuesto por el art. 31 de la ley 8904 y 274 del CPCC, los honorarios de los letrados intervinientes se deberán adecuar a este nuevo pronunciamiento, en consecuencia, teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y mérito de los trabajos desarrollados en auto por los Dres. Fernando Béccar Varela, Hugo Vázquez y Gonzalo Pérez Colman, se regulan sus honorarios, por su actuación en Primera Instancia, en las sumas de veintiún mil... de siete mil... y de catorce mil... pesos respectivamente.

te. Asimismo, los de la Dra. María Villar, se regulan en la suma de sesenta mil pesos. Asimismo por la excepción de falta de legitimación de los honorarios determinantes en favor de la Dra. Villar y los Dres. Vázquez y Pérez Colman, se ajustaron a derecho y por lo tanto se confirman.

Por la actuación ante este Tribunal se fijan los honorarios de los Dres. Pablo Nesterczuk en la suma de diecinueve mil quinientos pesos, los del Dr. Hugo Vázquez en la suma de tres mil quinientos pesos, los del Dr. Gonzálo Pérez Coman en la suma de pesos tres mil quinientos y los del Dr. Fernando Béccar Varela en la suma de seis mil seiscientos pesos (arts. 2, 14, 16 inc. b), 21, 26, 31 y cc de la ley 8904).

En lo que respecta al contador Sr. Laureano Aller, en atención a que el ordenamiento general establecido por la ley 10620 no se debe aplicar en cuanto concierne a la actuación de los contadores como auxiliares de justicia (Excma. Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As. L. 43051, L. 44.096, L.46.986. Esta Sala, causas 67.787, 68.859 entre otras), por lo expuesto los honorarios determinados en favor de dicho profesional, a criterio de este Tribunal, no resultan reducidos y por lo tanto se confirman (art. 1627 del Cód. Civil, ley 24432).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.