

*Factura – tradición simbólica – prueba de entrega de la mercadería*

Expte. N°: JU-2218-2009 EXPORT SEVERINI S.A.C/TUBIO Y ADARO  
NEUMAT.SH Y OTROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES Y  
COMERCIALES

-----

N° Orden: 104

Libro de Sentencia N°: 53

/NIN, a los 12 días del mes de Julio del año dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, en causa N° JU-2218-2009 caratulada: "EXPORT SEVERINI S.A.C/TUBIO Y ADARO NEUMAT.SH Y OTROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola, Castro Durán.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

- 1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?
- 2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Guardiola dijo:

1) Llegan las actuaciones a este tribunal por la apelación que dedujo la actora contra la sentencia de fs. 130/134 por la cual se rechazó la demanda entablada por Export Severini SA contra Tubio y Adaro Neumáticos SH, Pablo Adalberto Adaro y Gustavo Alberto Tubio por cumplimiento de contrato, reclamando la entrega de neumáticos marca Goodyear individualizadas en facturas n° 90 (del 30/10/2007 por \$ 10.200,01) n° 128 (del 12/12/2007 por \$ 16.999,97) y n° 141 (del 20/12/2007 por \$ 5.499,98) – que aunque indica a fs. 34vta. suman 16 cubiertas según el detalle en cantidad mencionada son realmente 14- y

cuyo precio fue íntegra y respectivamente abonado por tarjeta de crédito en un pago.

En su memoria de fs. 162/164 se disconforma el letrado apoderado de la parte recurrente Dr. Fernandez Othacehe por el criterio adoptado por la sentenciante de grado al basar su decisión en la confesión ficta de su representada y en la tradición simbólica a partir de la entrega de las facturas conforme la previsión del art. 463 inc. 3 CCom. cuando según se desprende de la pericia contable no existen remitos de tales entregas. Tangencialmente indica que aquí no se trato de una venta al contado ya que se hizo con tarjeta de crédito, citando la ley de facturas de crédito.

Habiendo ejercido su derecho de réplica la parte demandada a fs. 170/172 resistiendo la impugnación por las mismas razones y consideraciones que se desarrollaron en el fallo, y llamados los autos a sentencia por providencia firme de fs. 173, las actuaciones están en condiciones de ser resueltas (art. 263 del CPCC).

2) Adelanto que el recurso no puede prosperar

a) La confesión ficta en que ha incurrido el actor (art. 415 del CPCC) constituye en el caso plena prueba -es decir resulta suficiente para tener por probado el hecho de la entrega de la mercadería consignado en el pliego (posición 6ª fs. 81)-, sea que se considere en su necesidad de conjugarla con “las circunstancias de la causa” para tal virtualidad (dado su carácter de no tasada a la diferencia de la confesión expresa) que existan otros elementos de convicción que la corroboren o que se satisfaga simplemente con la ausencia de otros elementos de juicio que la contradigan ( criterio este último al que personalmente adscribo; ver Fenocchietto-Arazi Código To. 2 p. 416/7; Palacio Derecho Procesal Civil To. IV actual. por Camps p. 439 y jurisprud. citada en notas 173/175).

En efecto, al margen de no existir aporte probatorio alguno que contradiga el cumplimiento de la prestación a cargo del vendedor y aún prescindiendo del aspecto sustantivo medular de la decisión adoptada y en el que hace centro la crítica, como veremos luego la fuerza dimanante de la absolución en rebeldía se ve confirmada por otros factores presuncionales que dan sustento lógico y jurídico a la defensa esgrimida (arts. 375 y 163 inc. 5 CPCC).

b) Pero antes de ocuparme de esas razones quiero abordar el asunto de la tradición de la mercadería por entrega de la factura sin reclamación oportuna.

Lafaille (Tratado de los derechos reales To. I n° 230 p. 200/201) expresa que “El artículo 463 de la ley mercantil, con el que debemos vincular el ya citado 2388 de nuestro Código (recuerdo referido a muebles que no están presentes) se refiere al anticuado concepto de “tradición simbólica” que considera efectuada “... salvo la prueba contraria en los casos de error, fraude o dolo: ...3. La entrega o recibo de la factura sin oposición inmediata del comprador”...Conviene observar que la calificación de simbólica nunca fue utilizada por Vélez y que pasó del viejo Código de 1862 al de 1889 en materia comercial seguramente por inadvertencia. De todas maneras, la lectura de los respectivos incisos pone de manifiesto que no cuadra considerar como tales dichos enunciados, ya que la entrega es efectiva u obedece a motivos independientes de aquel concepto....Los incisos 3,4 y 5...no envuelven sin duda, una entrega de la propia mercadería, aunque económicamente se llegue por esos medios, a disponer de su valor. Esta espiritualización del traspaso directo, merced a recursos técnicos y prácticos, ha permitido al comercio salvar dificultades que de otro modo hubieran imposibilitado los negocios, como se dijo precedentemente”. Bibiloni (Anteproyecto To. III p. 66/7) decía que “Nada

hay de símbolo. Se entregan poderes reales y directos “a través de ese título de disposición de cosas que no estaban en su presencia”. “Cuando el Código Civil alude a la tradición simbólica por la entrega de documentos en los términos del Código de Comercio, se refiere a las "cosas muebles que no están presentes" (art. 2387, Cód. Civil), con lo que ha mejorado la expresión de Freitas que menciona a las cosas ausentes (arts. 3771 y 3773 del Esbozo).” (Voto del doctor Rivera CNComercial, sala D “Hirsch y Cía., S. A., Luis c. Hercy, S. A.” 07/09/1982 La Ley 1983-C, 12). Por su parte, Satanowsky (Derecho Comercial 3 n° 100 p.300) señala que “la factura constituye además un título de disposición en determinadas circunstancias, cuando se trata de cosas no presentes ...La tradición simbólica, admitida por el art.463 del Código de Comercio sólo puede realizarse con respecto a cosas no presentes”. Lisandro Segovia (“Explicación y crítica del Código de Comercio” To. II p. 11 n° 1665) advierte “que se dice tradición antes que entrega y tradición simbólica (463) y no entrega simbólica” para luego señalar (p. 12 y. 13 nota 1672) en cuanto a la factura que “es un medio de hacer la tradición de cosas muebles que no están presentes (Cod. Civil 2388 inc.1) y que deben por consiguiente remesarse de un punto a otro”, “su efecto ficticio es representar la cosa misma que se encuentra a distancia y sin viajar. Cuando viaja se atiende también a la carta de porte o al conocimiento”

Explican Garrido-Andorno (Código Civil Anotado Derechos reales To. I p. 246) “que no habría comercio posible y menos el internacional si fuese necesario que el remitente de mercaderías desde países remotos tuviera a veces que realizar una entrega efectiva de ellas; o si aquel corriera con todos los riesgos inherentes a tal envío. Por ello, desde muy antiguo se acudió a los procedimientos, que entraría en el régimen de la

denominada tradición ficta, ya que no envuelven siquiera la posibilidad de que el destinatario llegue a disponer materialmente de la cosa”.

“En relación con el inciso 3° del art. 463, se afirma que la cosa objeto del contrato de compraventa ha sido remitida al comprador y viaja por cuenta de éste, la entrega de la factura es un caso de tradición simbólica y de constituto posesorio. El vendedor detenta materialmente la cosa en concepto de depositario y en nombre del comprador...” (Luis Muñoz Contratos TEA To. 2 p. 347). En el mismo sentido Gómez Leo, Osvaldo R.; Fernández, Raymundo L. Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial Depalma III-A p. 383: Si las cosas han sido remitidas al comprador y viajan por cuenta de éste, la tradición simbólica que tiene lugar por la entrega de la factura es un caso de *constituto possessorio* (art. 461, C.Com.): el vendedor continúa poseyéndolas materialmente, pero en carácter de depositario (art. 465, C.Com.) y en nombre del comprador.

Entendida así, sus efectos como traslativa de la posesión y el dominio no excluyen la obligación subsistente de entregar la mercadería como tenedor precario (doctr. arts. 2352, 598, 2414, 2463, 2465 y conc. CCivil) al comprador ya poseedor y dueño.

Por ello, muchos autores han relativizado el carácter de verdadera tradición de la simbólica efectuada por medio de la entrega de factura (Ramón S Castillo “Curso de Derecho Comercial Tomo II Bs. As. 1956 8ª ed. p. 63; Zavala Rodriguez “Código de Comercio Comentado To. II p. 78 n° 1227: “No basta la entrega o recibo de la factura, sino que es necesario que ella represente la entrega efectiva de los efectos”). Como apunta F. Garo (Tratado de las compra-ventas comerciales y marítimas, t. I, p. 250/1, n. 218): “Si no obstante dicha tradición simbólica, el comprador no ha podido, por cualquier causa entrar en la posesión de la mercadería, el vendedor no cumple con su obligación de entregar la cosa, o

lo que es lo mismo, transferírsela. Es que –y lo volveremos a ver al tratar lo relativo al conocimiento- la posesión de los títulos representativos de mercaderías, aun rodeada de todos los requisitos legales, se halla muy lejos de la posesión real o inmediata de las cosas que representa; ellos confieren el derecho de poseer y no la posesión misma; otorgan la disponibilidad legal y no siempre la disponibilidad efectiva”; agregando (p. 253 n° 219) “la factura no prueba de modo alguno la entrega de la mercadería, si es que el comprador no ha dejado en ella constancia de ese recibo; lo que no es normal que se produzca ni se concilia con las características de este documento. Si se sostuviese lo contrario, habría que admitir como lógico que el vendedor con solo remitirla, se ha podido crear por sí y ante sí una prueba de la tradición, y que el comprador –extraño al acto-se viese forzado en caso de no haber ocurrido tal envío, a desvirtuarlo mediante contraprueba del hecho negativo...”, para terminar recordando la opinión de uno de los consultados maestros para la reforma del 89, Obarrio: “Y como cuando la tradición de las mercaderías no ha tenido todavía lugar, la tradición no existe, la factura tampoco puede operarla o significarla por sí mismo” y concluir “La remisión de la factura no tiene ...ningún efecto traslativo de la posesión de las cosas que describe”, prueba el contrato de compraventa “pero no su ejecución que es asunto, como se comprenderá bien distinto”

En éste sentido se ha expedido numerosa jurisprudencia, entre la que podemos mencionar: CNCom Sala C 18/5/87 “Olivieri, Ángel v. González Domínguez y Cia. s/ Sumario” RDCO 1987-639: “Si bien el art. 474 Código Mercantil crea una presunción en el sentido de que la emisión de facturas es posterior o concomitante a la venta y entrega de mercaderías, ello no exonera al vendedor de hacer entrega efectiva de la cosa”; CNComercial, sala A 12/06/2007 “ ATC S.A. v. Borcosque, Carlos”

Abeledo Perrot N°: 70042042: La recepción de una factura y su no observación en el plazo legal, no prueban ni la efectiva entrega de la mercadería ni la conformidad de su adquirente con la cantidad y calidad de lo recibido, sino, únicamente, la aceptación, por parte de éste, de las condiciones de contratación consignadas en el documento. La aceptación tácita de la factura, operada a los diez días, sin reclamos, de su recepción, importa una presunción juris tantum de la realidad del negocio que instrumenta, y no la conformidad de quien recibe el documento con el modo específico en que su emisor haya pretendido dar cumplimiento a sus obligaciones. Si quien debía entregar determinadas mercaderías no lo hizo, o lo hizo defectuosamente, el derecho del acreedor de esta obligación a exigir su íntegro cumplimiento se mantiene incólume, con prescindencia del rechazo o aceptación de la factura que instrumenta el negocio de que se trate.”; Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza 10/05/1985 “Marchesvsky, Moisés v. Compañía Eléctrica Los Andes s/ordinario” Expte 15234 LS107 - Fs.043 Magistrados Sarmiento Garcia-Acevedo-Flores: “A quien invoca un hecho extintivo o impeditivo de la relación sustancial afirmado en la demanda, le incumbe probarlo. La factura no prueba de modo alguno la entrega de la mercadería, si es que el comprador no ha dejado en ella constancia de ese recibo. Si se sostuviese lo contrario, habría de admitir como lógico que el vendedor con sólo remitirla se ha podido crear por sí y ante sí una prueba de la tradición, y que el comprador -extraño al acto- se viese forzado en caso de no haber ocurrido tal envío a desvirtuarlo mediante contraprueba del hecho negativo -como se advertirá- no es posible por absurdo.”; Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I 06/09/2005 “Di Filippo, Ricardo R. v. Comercial Belgrano S.A. s/cumplimiento de contrato” Abeledo Perrot 1/1023809: “De la factura no

puede inferirse la entrega de los efectos si ello no se insertó expresamente y se suscribió como prueba de conformidad por el comprador. La vendedora, frente a la negativa de su contraria, debió imperiosamente acreditar el cumplimiento de su obligación.”

En la vereda opuesta, conjugando las previsiones de los arts. 461 (“la entrega de la cosa vendida, en defecto de estipulación expresa, debe hacerse en el lugar donde se hallaba la cosa al tiempo de la venta, y puede verificarse por el hecho de la entrega material o simbólica, o por la del título”), 463 inc. 3 y 464-474 para la facturación por ventas al contado (ver Alterini, Atilio Aníbal “Ventas al contado y a crédito” La Ley 1982-B, 902 nota 3) del Código de Comercio, encontramos la tesis por la que se inclinó la sentenciante de grado, expuesta por Malagarriga (Derecho Comercial II n°40 p. 213/214) según el cual la prueba de la entrega se vería cumplimentada por la factura entregada no impugnada a mérito de la que misma presume las “cuentas liquidadas”, e incluso en forma más categórica por Rouillón-Alonso (Código de Comercio To. I La Ley p. 574/5) en tramo transcripto en la sentencia, para los que incluso es necesario que la oposición del comprador sea inmediata para no tener por operada la tradición simbólica y planteándose el interrogante de la cuestión de cuando nunca le es remitida la mercadería sostienen “que si bien es cierto que la obligación primordial del vendedor es la entrega efectiva de la mercadería, no es menos cierto que exigir, para que pueda considerarse que ha existido tradición, la entrega de las factura y de las mercaderías , implica considerar letra muerta el inciso que comentamos, ya que éste expresamente confiere carácter de tradición simbólica a la entrega de las facturas “sin oposición inmediata”.

Adoptan esta tesis entre otros los siguientes fallos: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A 28/09/2006 “Nidera S.A.

v. De Felice, Cecilia”: “La accionada no puede desconocer la entrega de la mercadería, toda vez que no negó oportunamente la recepción y autenticidad de la factura anexada a fs. 10, ni afirmó ni demostró haberla impugnado, siendo ésta una de las pruebas del contrato de compraventa y de su ejecución, en especial, cuando habitualmente se emite después que el contrato está concluido, coincidiendo, casi siempre, con la remisión de los efectos, y en algunos casos con posterioridad. El art. 474, párr. 3º, dispone que si el comprador no observa la factura dentro de los diez días de remitida, se presumen "cuentan liquidadas" (arts. 73 y 847, inc. 1 , CCom. y 919 , CCiv.) ya que el silencio observado por el destinatario equivale a su aceptación y constituye un supuesto de manifestación tácita de la voluntad, específicamente calificado en razón de la seguridad y la celeridad del tráfico mercantil (conf. esta sala, in re, "Buela, Hector D. v. Clínica Los Andes S.A. s/ Cobro de pesos", del 22/5/1991, íd., "Pons, Ramón v. Ford Motor Argentina S.A." del 6/7/1987 y "Saint Gobain Isover Argentina S.A. v. GM Asociados S.R.L. y otros", del 8/7/2005). Por lo demás, se presume en caso de duda que la cuenta fue presentada el día de su fecha (art. 847, inc. 1)”; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II 04/07/2006 “Tecno Tinta S.R.L. v. Calizar S.R.L. s/ Cobro de pesos” JUBA B2003526: “La aceptación de la factura implica la admisión de haber sido recibidos los efectos que ella indica, en tanto su recibo sin oposición inmediata del comprador importa la tradición simbólica de la mercadería, admitiéndose prueba en contrario únicamente en caso de error, fraude o dolo (art. 463, inc. 3 CCom.). No es esto, en definitiva, sino una aplicación del principio general contenido en los arts. 918 y 1146 CCiv. respecto a cuándo el ordenamiento considera que hubo expresión tácita de la voluntad, como resulta cuando una de las partes hiciere lo que no hubiere hecho, o no hiciere lo que hubiere hecho, si su

intención fuese -en el caso- no admitir el hecho de la recepción de la mercadería.”

En una posición que podríamos calificar de intermedia, nos dice Raúl Aníbal Etcheverry (Contratos Parte General 1 Astrea p. 55): “Muchos fallos admiten que la entrega se prueba con el envío de la factura sin objeciones por parte del comprador; esto es así porque el art. 474 del Cód. de Comercio crea la presunción de que la emisión de la factura es posterior o coetánea de la venta y entrega de la mercadería. Pero esta presunción cae cuando el adquirente reclama en tiempo oportuno la entrega de la cosa que dice omitida; en tal caso, es el vendedor el que tiene que acreditar la entrega; ello es así, porque la prueba cabal de la entrega de la mercadería es el remito, conformado por el receptor”. Y judicialmente la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba “Frenguelli, Gabriel A. c. Jaime, Hugo J. y otra” 28/05/1997 LLC 1998, 304 voto del Dr. Zinny: “El art. 2388 del Cód. Civil dice que ‘la tradición de cosa mueble... se entiende hecha...’, en tanto que el art. 453 del Cód. Comercio expresa que ‘se considera tradición simbólica...’. En ambos casos, la ley crea una presunción que se basa en la recepción por parte del comprador de la factura, que admite prueba en contrario”.

Esa apreciación no tan tajante (ya sea por su inocuidad o por su suficiencia) en cuanto a los efectos comprobatorios de la aceptación de la factura respecto de la entrega de lo vendido (receptando las distintas funciones de ese documento como acto de tradición y en relación a la prueba que explica Saúl A. Argeri “Factura comercial” La Ley 1979-B, 1152), dependiendo de los usos y costumbres mercantiles (arts. 2 y 5 del Tít. preliminar CCom) según la relación comercial entre las partes y demás circunstancias del caso, e imbricada también en el régimen de las cargas probatorias dinámicas, es a la que adhiero y ha permitido hacer

disquisiciones según el contexto de la operación. Así por ejemplo, si se contemplaba el transporte (Cámara 4a de Apel. en lo Civil y Comercial de Córdoba Abeledo Perrot N° 70059067 22/09/2009 “Resero S.A.I.A.C.F v. Planta Frigorífica Juan Lanza S.R.L”) ; la naturaleza y cantidad de la mercadería, que da cuenta de su posible o no disponibilidad inmediata; la vinculación entre los contratantes (si se manejaban o no además con notas de pedido y remitos; como se asentaban las ventas en los libros, registrando o no envíos); el carácter de consumidor del adquirente; etc.

Con esta aclaración, estimo que las facturas en poder de la actora y no observadas vienen en el caso a configurar la presunción legal de la entrega de las cubiertas vendidas, que lejos de desvirtuarse por el adquirente permaneció enhiesta y se sumó a su confesión ficta.

Que estamos ante compraventas al contado, es algo que no merece mayores consideraciones. Es que ese carácter no se ve desvirtuado por el medio – tarjeta de crédito – de pago empleado, cuando no se trata de una operación de crédito en cuotas. Como decía hace tiempo Saúl A Argeri (“Notas sobre la tarjeta de crédito” La Ley 1980-B,1225) “ *El cliente adquiere de contado, sin que se le exija por el comercio proveedor tercero entrega alguna de fondos, pudiendo el cliente girar hasta el importe autorizado, con la simple suscripción de la factura* (en rigor cupón: Martorell Tratado de los contratos de empresa II,451)”. Las relaciones entre la entidad emisora- comercio proveedor; entidad emisora-cliente titular y comercio proveedor-cliente titular son bien diferentes e independientes como para suscitar a esta altura confusiones entre “efectivo” y “contado”. Que el sistema presuponga contratos conexos en pro del crédito al consumo (ver el trabajo de José W. Tobías publicado en La Ley 1999-D, 992) no significa que el vendedor haya dado un plazo para el pago al comprador que retarde la obligación de entregarle lo adquirido.

*“Desde el punto de vista técnico-jurídico, la relación emisora-comerciante adherido, implica la obligación de este último de aceptar la tarjeta presentada por el cliente como medio de cancelación de lo que adquiriera, de entregárselo si fuese un bien o, en su caso, de prestarle el servicio contratado” (Martorell obra citada p. 457)*

Tampoco resiste el menor análisis la consideración de las tres facturas expedidas por compras abonadas con tarjeta de crédito a la luz de la normativa de la ley 24760 de facturas de crédito o del Decr-ley 6601/63 modif por ley 24064 de factura conformada, ya que no se estaba creando título de valor alguno por una obligación pendiente de pago a cargo del comprador respecto del vendedor. Es más, esto mismo excluye la pretendida necesidad de firma de la factura (que no es lo mismo que de un eventual recibo o remito) por parte del comprador (Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza 19/05/1998 “Sumpetrol S.A. v. Reynoso, Luis Alberto s/Ordinario” Abeledo Perrot N°: 33/908 “Cuando se realiza una venta al contado es suficiente demostración de pago, que el comprador tenga en su poder la factura de la compra realizada. Sólo será firmada la factura por el comprador, en el supuesto en que no se pague en el mismo acto de recepción de la mercadería, no así cuando la misma se emita con simultaneidad a la entrega de la mercadería y su pago”).

En las mismas (ver fs. 17/19) tampoco se consignó que las cubiertas iban a ser enviadas o estaban pendientes de retiro (ni siquiera con la colocación de sellos comúnmente utilizados: “A ENVIAR” “A RETIRAR”). Ciertamente es que tampoco existen constancias documentales del retiro; sin embargo no puede soslayarse que tratándose de compraventas al contado, lo normal y receptado por el ordenamiento mercantil es el cumplimiento simultáneo de la prestación a cargo del vendedor contra el

pago del precio (art. 464 segundo párrafo CCom). De esta regla, de incuestionable operatividad en operaciones que versan sobre objetos susceptibles de tradición manual, como son los neumáticos, no es posible sustraerse invocando recién en la expresión de agravios el supuesto tamaño de aquellos por su destino, cuando se desconoce las posibilidades de traslado inmediato con que contaba la actora. Desde otra perspectiva, por la profesionalidad de la adquirente (arts. 1, 2 y conc CCom, 1 LS), no resulta excusable una ingenuidad -nada revela una anterior relación habitual entre las partes que por confianza justifique una informalidad en los recaudos- como para dejar indocumentado que el cumplimiento se encontraba pendiente.

Digamos por último, que del informe pericial contable (ver fs. 106vta.) en los términos en que fue propuesto (arts. 459 y 375 CPCC), tal como indicó la Sra. Jueza, resulta que no están registrados en los libros de la demandada “remitos” respecto de las operaciones -facturas- consignadas, no existiendo elementos que permitan inferir su utilización y/o asiento contable para otras ventas. c) Pero como dije al empezar, existe también otra prueba presuncional, en este caso judicial u hominis, que confluye en aras al rechazo de la acción.

Como bien se ha dicho la prueba indiciaria es la prueba de la razón misma (Cám. Nac. Civ., sala E, 2/2/1977, ED, 73-503).

Y es evidente que no ha existido problemas con la entrega de lo adquirido si se efectuaron tres adquisiciones escalonadas en el tiempo (una en octubre y dos en distintas fechas de diciembre), abonándoselas al contado, sin dejar constancia de plazos o pendencia de cumplimiento de las prestaciones anteriores; a lo que se aduna que el primer reclamo formal al respecto recién se intentó ( sin efectivizarse por estar ya cerrado

el negocio de la demandada) por el envío de cartas documentos (fs. 26/7), a los nueve meses de aquellas..

Por lo expuesto, doy mi voto POR LA AFIRMATIVA

El Señor Juez Doctor Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, corresponde:

I. - CONFIRMAR la sentencia apelada, con costas de Alzada a la actora vencida (art. 68 del CPCC)

II.- Atento el recurso de apelación deducido a fs.149, regulación de honorarios obrante a fs. 134 y aclaratoria de fs. 140, lo preceptuado por los arts. 16, 21, 23 y 28 del decreto ley 8904. SE FIJAN los honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia como sigue: Al Dr. Nicolás E. Cornaglia en la SUMA DE PESOS TRES MIL (\$ 3.000), al Dr. José Maria Gutierrez en la SUMA DE PESOS TRES MIL (\$ 3.000), al Dr. Juan José Fernandez en la SUMA DE PESOS CUATRO MIL (\$ 4.000).

III.- SE REGULAN los honorarios por las labores profesionales ante esta Alzada de la siguiente manera: Al Dr. Nicolás E. Cornaglia en la SUMA DE PESOS NOVECIENTOS (\$ 900), al Dr. José Maria Gutierrez en la SUMA DE PESOS NOVECIENTOS (\$ 900), al Dr. Manuel Fernandez Othacehe en la SUMA DE PESOS MIL DOSCIENTOS (\$ 1.200), con mas todas las sumas el 10 % que establece el art. 12 inc. a) de la ley 6716. (art. 31 decreto ley 8904).

IV.- SE FIJAN los honorarios de la perito oficial Ctadora. Daniela Marisa Baldasarri en la SUMA DE PESOS MIL (\$ 1.000), con mas sus aportes de ley. Los que deberán ser depositados por los obligados en la cuenta fiscal recaudadora N° 50.022/7 -Banco de la Pcia. de Bs. As. Depto. Judicial Junín (art. 125 Ley 5827; Acuerdo 2.136, orden conjunta

Presidente Cámara Penal y Delegado de la Sub- Secretaría de Administración.

ASI VOTO.

El Señor Juez Dr. Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA (Secretaria).-

//NIN, 12 de Julio de 2012.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, SE RESUELVE:

I. - CONFIRMAR la sentencia apelada, con costas de Alzada a la actora vencida (art. 68 del CPCC)

II.- Atento el recurso de apelación deducido a fs.149, regulación de honorarios obrante a fs. 134 y aclaratoria de fs. 140, lo preceptuado por los arts. 16, 21, 23 y 28 del decreto ley 8904. SE FIJAN los honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia como sigue: Al Dr. Nicolás E. Cornaglia en la SUMA DE PESOS TRES MIL (\$ 3.000), al Dr. José Maria Gutierrez en la SUMA DE PESOS TRES MIL (\$ 3.000), al Dr. Juan José Fernandez en la SUMA DE PESOS CUATRO MIL (\$ 4.000).

III.- SE REGULAN los honorarios por las labores profesionales ante esta Alzada de la siguiente manera: Al Dr. Nicolás E. Cornaglia en la SUMA DE PESOS NOVECIENTOS (\$ 900), al Dr. José Maria Gutierrez en la SUMA DE PESOS NOVECIENTOS (\$ 900), al Dr. Manuel Fernandez Othacehe en la SUMA DE PESOS MIL DOSCIENTOS (\$ 1.200), con mas

todas las sumas el 10 % que establece el art. 12 inc. a) de la ley 6716. (art. 31 decreto ley 8904).

IV.- SE FIJAN los honorarios de la perito oficial Ctadora. Daniela Marisa Baldasarri en la SUMA DE PESOS MIL (\$ 1.000), con mas sus aportes de ley. Los que deberán ser depositados por los obligados en la cuenta fiscal recaudadora N° 50.022/7 -Banco de la Pcia. de Bs. As. Depto. Judicial Junín (art. 125 Ley 5827; Acuerdo 2.136, orden conjunta Presidente Cámara Penal y Delegado de la Sub- Secretaría de Administración.

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.- FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA (Secretaria).-

Expte. N°: JU-2218-2009 EXPORT SEVERINI S.A.C/TUBIO Y ADARO  
NEUMAT.SH Y OTROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES Y  
COMERCIALES

----- JCI

N° Orden:

Libro de Sentencia N°: 53

Folio:

/NIN, a los días del mes de Julio del año dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, en causa N° JU-2218-2009 caratulada: "EXPORT SEVERINI S.A.C/TUBIO Y ADARO NEUMAT.SH Y OTROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola, Castro Durán.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿ Se ajusta a derecho la sentencia apelada ?

2a.- ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Guardiola dijo:

1) Llegan las actuaciones a este tribunal por la apelación que dedujo la actora contra la sentencia de fs. 130/134 por la cual se rechazó

la demanda entablada por Export Severini SA contra Tubio y Adaro Neumáticos SH, Pablo Adalberto Adaro y Gustavo Alberto Tubio por cumplimiento de contrato, reclamando la entrega de neumáticos marca Goodyear individualizadas en facturas n° 90 (del 30/10/2007 por \$ 10.200,01) n° 128 (del 12/12/2007 por \$ 16.999,97) y n° 141 (del 20/12/2007 por \$ 5.499,98) – que aunque indica a fs. 34vta. suman 16 cubiertas según el detalle en cantidad mencionada son realmente 14- y cuyo precio fue íntegra y respectivamente abonado por tarjeta de crédito en un pago.

En su memoria de fs. 162/164 se disconforma el letrado apoderado de la parte recurrente Dr. Fernandez Othacehe por el criterio adoptado por la sentenciante de grado al basar su decisión en la confesión ficta de su representada y en la tradición simbólica a partir de la entrega de las facturas conforme la previsión del art. 463 inc. 3 CCom. cuando según se desprende de la pericia contable no existen remitos de tales entregas. Tangencialmente indica que aquí no se trato de una venta al contado ya que se hizo con tarjeta de crédito, citando la ley de facturas de crédito.

Habiendo ejercido su derecho de réplica la parte demandada a fs. 170/172 resistiendo la impugnación por las mismas razones y consideraciones que se desarrollaron en el fallo, y llamados los autos a sentencia por providencia firme de fs. 173, las actuaciones están en condiciones de ser resueltas (art. 263 del CPCC).

2) Adelanto que el recurso no puede prosperar

a) La confesión ficta en que ha incurrido el actor (art. 415 del CPCC) constituye en el caso plena prueba -es decir resulta suficiente para tener por probado el hecho de la entrega de la mercadería consignado en el pliego (posición 6ª fs. 81)-, sea que se considere en su necesidad de

conjugarla con “las circunstancias de la causa” para tal virtualidad (dado su carácter de no tasada a la diferencia de la confesión expresa) que existan otros elementos de convicción que la corroboren o que se satisfaga simplemente con la ausencia de otros elementos de juicio que la contradigan (criterio este último al que personalmente adscribo; ver Fenocchietto-Arazi Código To. 2 p. 416/7; Palacio Derecho Procesal Civil To. IV actual. por Camps p. 439 y jurisprudencia citada en notas 173/175).

En efecto, al margen de no existir aporte probatorio alguno que contradiga el cumplimiento de la prestación a cargo del vendedor y aún prescindiendo del aspecto sustantivo medular de la decisión adoptada y en el que hace centro la crítica, como veremos luego la fuerza dimanante de la absolución en rebeldía se ve confirmada por otros factores presuncionales que dan sustento lógico y jurídico a la defensa esgrimida (arts. 375 y 163 inc. 5 CPCC).

b) Pero antes de ocuparme de esas razones quiero abordar el asunto de la tradición de la mercadería por entrega de la factura sin reclamación oportuna.

Lafaille (Tratado de los derechos reales To. I n° 230 p. 200/201) expresa que “El artículo 463 de la ley mercantil, con el que debemos vincular el ya citado 2388 de nuestro Código (recuerdo referido a muebles que no están presentes) se refiere al anticuado concepto de “tradición simbólica” que considera efectuada “... salvo la prueba contraria en los casos de error, fraude o dolo: ...3. La entrega o recibo de la factura sin oposición inmediata del comprador”...Conviene observar que la calificación de simbólica nunca fue utilizada por Vélez y que pasó del viejo Código de 1862 al de 1889 en materia comercial seguramente por inadvertencia. De todas maneras, la lectura de los respectivos incisos pone de manifiesto que no cuadra considerar como tales dichos enunciados, ya que la entrega es

efectiva u obedece a motivos independientes de aquel concepto....Los incisos 3,4 y 5...no envuelven sin duda, una entrega de la propia mercadería, aunque económicamente se llegue por esos medios, a disponer de su valor. Esta espiritualización del traspaso directo, merced a recursos técnicos y prácticos, ha permitido al comercio salvar dificultades que de otro modo hubieran imposibilitado los negocios, como se dijo precedentemente". Bibiloni (Anteproyecto To. III p. 66/7) decía que "Nada hay de símbolo. Se entregan poderes reales y directos "a través de ese título de disposición de cosas que no estaban en su presencia". "Cuando el Código Civil alude a la tradición simbólica por la entrega de documentos en los términos del Código de Comercio, se refiere a las "cosas muebles que no están presentes" (art. 2387, Cód. Civil), con lo que ha mejorado la expresión de Freitas que menciona a las cosas ausentes (arts. 3771 y 3773 del Esbozo)." (Voto del doctor Rivera CNComercial, sala D "Hirsch y Cía., S. A., Luis c. Hercy, S. A." 07/09/1982 La Ley 1983-C, 12). Por su parte, Satanowsky (Derecho Comercial 3 n° 100 p.300) señala que "la factura constituye además un título de disposición en determinadas circunstancias, cuando se trata de cosas no presentes ...La tradición simbólica, admitida por el art.463 del Código de Comercio sólo puede realizarse con respecto a cosas no presentes". Lisandro Segovia ("Explicación y crítica del Código de Comercio" To. II p. 11 n° 1665) advierte "que se dice tradición antes que entrega y tradición simbólica (463) y no entrega simbólica" para luego señalar (p. 12 y. 13 nota 1672) en cuanto a la factura que "es un medio de hacer la tradición de cosas muebles que no están presentes (Cod. Civil 2388 inc.1) y que deben por consiguiente remesarse de un punto a otro", "su efecto ficticio es representar la cosa misma que se encuentra a distancia y sin viajar. Cuando viaja se atiende también a la carta de porte o al conocimiento"

Explican Garrido-Andorno (Código Civil Anotado Derechos reales To. I p. 246) “que no habría comercio posible y menos el internacional si fuese necesario que el remitente de mercaderías desde países remotos tuviera a veces que realizar una entrega efectiva de ellas; o si aquel corriera con todos los riesgos inherentes a tal envío. Por ello, desde muy antiguo se acudió a los procedimientos, que entraría en el régimen de la denominada tradición ficta, ya que no envuelven siquiera la posibilidad de que el destinatario llegue a disponer materialmente de la cosa”.

“En relación con el inciso 3° del art. 463, se afirma que la cosa objeto del contrato de compraventa ha sido remitida al comprador y viaja por cuenta de éste, la entrega de la factura es un caso de tradición simbólica y de constituto posesorio. El vendedor detenta materialmente la cosa en concepto de depositario y en nombre del comprador...” (Luis Muñoz Contratos TEA To. 2 p. 347). En el mismo sentido Gómez Leo, Osvaldo R.; Fernández, Raymundo L. Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial Depalma III-A p. 383: Si las cosas han sido remitidas al comprador y viajan por cuenta de éste, la tradición simbólica que tiene lugar por la entrega de la factura es un caso de *constituto possessorio* (art. 461, C.Com.): el vendedor continúa poseyéndolas materialmente, pero en carácter de depositario (art. 465, C.Com.) y en nombre del comprador.

Entendida así, sus efectos como traslativa de la posesión y el dominio no excluyen la obligación subsistente de entregar la mercadería como tenedor precario (doctr. arts. 2352, 598, 2414, 2463, 2465 y conc. CCivil) al comprador ya poseedor y dueño.

Por ello, muchos autores han relativizado el carácter de verdadera tradición de la simbólica efectuada por medio de la entrega de factura (Ramón S Castillo “Curso de Derecho Comercial Tomo II Bs. As. 1956 8ª ed. p. 63; Zavala Rodríguez “Código de Comercio Comentado To.

II p. 78 n° 1227: “No basta la entrega o recibo de la factura, sino que es necesario que ella represente la entrega efectiva de los efectos”). Como apunta F. Garo (Tratado de las compra-ventas comerciales y marítimas, t. I, p. 250/1, n. 218): “Si no obstante dicha tradición simbólica, el comprador no ha podido, por cualquier causa entrar en la posesión de la mercadería, el vendedor no cumple con su obligación de entregar la cosa, o lo que es lo mismo, transferírsela. Es que –y lo volveremos a ver al tratar lo relativo al conocimiento- la posesión de los títulos representativos de mercaderías, aun rodeada de todos los requisitos legales, se halla muy lejos de la posesión real o inmediata de las cosas que representa; ellos confieren el derecho de poseer y no la posesión misma; otorgan la disponibilidad legal y no siempre la disponibilidad efectiva”; agregando (p. 253 n° 219) “la factura no prueba de modo alguno la entrega de la mercadería, si es que el comprador no ha dejado en ella constancia de ese recibo; lo que no es normal que se produzca ni se concilia con las características de este documento. Si se sostuviese lo contrario, habría que admitir como lógico que el vendedor con solo remitirla, se ha podido crear por sí y ante sí una prueba de la tradición, y que el comprador –extraño al acto-se viese forzado en caso de no haber ocurrido tal envío, a desvirtuarlo mediante contraprueba del hecho negativo...”, para terminar recordando la opinión de uno de los consultados maestros para la reforma del 89, Obarrio: “Y como cuando la tradición de las mercaderías no ha tenido todavía lugar, la tradición no existe, la factura tampoco puede operarla o significarla por sí mismo” y concluir “La remisión de la factura no tiene ...ningún efecto traslativo de la posesión de las cosas que describe”, prueba el contrato de compraventa “pero no su ejecución que es asunto, como se comprenderá bien distinto”

En éste sentido se ha expedido numerosa jurisprudencia, entre la que podemos mencionar: CNCom Sala C 18/5/87 “Olivieri, Ángel v. González Domínguez y Cia. s/ Sumario” RDCO 1987-639: “Si bien el art. 474 Código Mercantil crea una presunción en el sentido de que la emisión de facturas es posterior o concomitante a la venta y entrega de mercaderías, ello no exonera al vendedor de hacer entrega efectiva de la cosa”; CNComercial, sala A 12/06/2007 “ ATC S.A. v. Borcosque, Carlos” Abeledo Perrot N°: 70042042: La recepción de una factura y su no observación en el plazo legal, no prueban ni la efectiva entrega de la mercadería ni la conformidad de su adquirente con la cantidad y calidad de lo recibido, sino, únicamente, la aceptación, por parte de éste, de las condiciones de contratación consignadas en el documento. La aceptación tácita de la factura, operada a los diez días, sin reclamos, de su recepción, importa una presunción juris tantum de la realidad del negocio que instrumenta, y no la conformidad de quien recibe el documento con el modo específico en que su emisor haya pretendido dar cumplimiento a sus obligaciones. Si quien debía entregar determinadas mercaderías no lo hizo, o lo hizo defectuosamente, el derecho del acreedor de esta obligación a exigir su íntegro cumplimiento se mantiene incólume, con prescindencia del rechazo o aceptación de la factura que instrumenta el negocio de que se trate.”; Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza 10/05/1985 “Marchesvsky, Moisés v. Compañía Eléctrica Los Andes s/ordinario” Expte 15234 LS107 - Fs.043 Magistrados Sarmiento Garcia-Acevedo-Flores: “A quien invoca un hecho extintivo o impeditivo de la relación sustancial afirmado en la demanda, le incumbe probarlo. La factura no prueba de modo alguno la entrega de la mercadería, si es que el comprador no ha dejado en ella constancia de ese recibo. Si se sostuviese lo contrario, habría de admitir como lógico que el

vendedor con sólo remitirla se ha podido crear por sí y ante sí una prueba de la tradición, y que el comprador -extraño al acto- se viese forzado en caso de no haber ocurrido tal envío a desvirtuarlo mediante contraprueba del hecho negativo -como se advertirá- no es posible por absurdo.”; Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I 06/09/2005 “Di Filippo, Ricardo R. v. Comercial Belgrano S.A. s/cumplimiento de contrato” Abeledo Perrot 1/1023809: “De la factura no puede inferirse la entrega de los efectos si ello no se insertó expresamente y se suscribió como prueba de conformidad por el comprador. La vendedora, frente a la negativa de su contraria, debió imperiosamente acreditar el cumplimiento de su obligación.”

En la vereda opuesta, conjugando las previsiones de los arts. 461 (“la entrega de la cosa vendida, en defecto de estipulación expresa, debe hacerse en el lugar donde se hallaba la cosa al tiempo de la venta, y puede verificarse por el hecho de la entrega material o simbólica, o por la del título”), 463 inc. 3 y 464-474 para la facturación por ventas al contado (ver Alterini, Atilio Aníbal “Ventas al contado y a crédito” La Ley 1982-B, 902 nota 3) del Código de Comercio, encontramos la tesis por la que se inclinó la sentenciante de grado, expuesta por Malagarriga (Derecho Comercial II n°40 p. 213/214) según el cual la prueba de la entrega se vería cumplimentada por la factura entregada no impugnada a mérito de la que misma presume las “cuentas liquidadas”, e incluso en forma más categórica por Rouillón-Alonso (Código de Comercio To. I La Ley p. 574/5) en tramo transcripto en la sentencia, para los que incluso es necesario que la oposición del comprador sea inmediata para no tener por operada la tradición simbólica y planteándose el interrogante de la cuestión de cuando nunca le es remitida la mercadería sostienen “que si bien es cierto que la obligación primordial del vendedor es la entrega efectiva de la

mercadería, no es menos cierto que exigir, para que pueda considerarse que ha existido tradición, la entrega de la factura y de las mercaderías, implica considerar letra muerta el inciso que comentamos, ya que éste expresamente confiere carácter de tradición simbólica a la entrega de las facturas “sin oposición inmediata”.

Adoptan esta tesis entre otros los siguientes fallos: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A 28/09/2006 “Nidera S.A. v. De Felice, Cecilia”: “La accionada no puede desconocer la entrega de la mercadería, toda vez que no negó oportunamente la recepción y autenticidad de la factura anexada a fs. 10, ni afirmó ni demostró haberla impugnado, siendo ésta una de las pruebas del contrato de compraventa y de su ejecución, en especial, cuando habitualmente se emite después que el contrato está concluido, coincidiendo, casi siempre, con la remisión de los efectos, y en algunos casos con posterioridad. El art. 474, párr. 3º, dispone que si el comprador no observa la factura dentro de los diez días de remitida, se presumen “cuentan liquidadas” (arts. 73 y 847, inc. 1, CCom. y 919, CCiv.) ya que el silencio observado por el destinatario equivale a su aceptación y constituye un supuesto de manifestación tácita de la voluntad, específicamente calificado en razón de la seguridad y la celeridad del tráfico mercantil (conf. esta sala, in re, “Buela, Hector D. v. Clínica Los Andes S.A. s/ Cobro de pesos”, del 22/5/1991, íd., “Pons, Ramón v. Ford Motor Argentina S.A.” del 6/7/1987 y “Saint Gobain Isover Argentina S.A. v. GM Asociados S.R.L. y otros”, del 8/7/2005). Por lo demás, se presume en caso de duda que la cuenta fue presentada el día de su fecha (art. 847, inc. 1)”; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II 04/07/2006 “Tecno Tinta S.R.L. v. Calizar S.R.L. s/ Cobro de pesos” JUBA B2003526: “La aceptación de la factura implica la admisión de haber sido recibidos los efectos que ella indica, en tanto su

recibo sin oposición inmediata del comprador importa la tradición simbólica de la mercadería, admitiéndose prueba en contrario únicamente en caso de error, fraude o dolo (art. 463, inc. 3 CCom.). No es esto, en definitiva, sino una aplicación del principio general contenido en los arts. 918 y 1146 CCiv. respecto a cuándo el ordenamiento considera que hubo expresión tácita de la voluntad, como resulta cuando una de las partes hiciere lo que no hubiere hecho, o no hiciere lo que hubiere hecho, si su intención fuese -en el caso- no admitir el hecho de la recepción de la mercadería.”

En una posición que podríamos calificar de intermedia, nos dice Raúl Aníbal Etcheverry (Contratos Parte General<sup>1</sup> Astrea p. 55): “Muchos fallos admiten que la entrega se prueba con el envío de la factura sin objeciones por parte del comprador; esto es así porque el art. 474 del Cód. de Comercio crea la presunción de que la emisión de la factura es posterior o coetánea de la venta y entrega de la mercadería. Pero esta presunción cae cuando el adquirente reclama en tiempo oportuno la entrega de la cosa que dice omitida; en tal caso, es el vendedor el que tiene que acreditar la entrega; ello es así, porque la prueba cabal de la entrega de la mercadería es el remito, conformado por el receptor”. Y judicialmente la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba “Frenguelli, Gabriel A. c. Jaime, Hugo J. y otra” 28/05/1997 LLC 1998, 304 voto del Dr. Zinny: “El art. 2388 del Cód. Civil dice que ‘la tradición de cosa mueble... se entiende hecha...’, en tanto que el art. 453 del Cód. Comercio expresa que ‘se considera tradición simbólica...’. En ambos casos, la ley crea una presunción que se basa en la recepción por parte del comprador de la factura, que admite prueba en contrario”.

Esa apreciación no tan tajante (ya sea por su inocuidad o por su suficiencia) en cuanto a los efectos probatorios de la aceptación de la

factura respecto de la entrega de lo vendido (receptando las distintas funciones de ese documento como acto de tradición y en relación a la prueba que explica Saúl A. Argeri “Factura comercial” La Ley 1979-B, 1152), dependiendo de los usos y costumbres mercantiles (arts. 2 y 5 del Tít. preliminar CCom) según la relación comercial entre las partes y demás circunstancias del caso, e imbricada también en el régimen de las cargas probatorias dinámicas, es a la que adhiero y ha permitido hacer disquisiciones según el contexto de la operación. Así por ejemplo, si se contemplaba el transporte (Cámara 4a de Apel. en lo Civil y Comercial de Córdoba Abeledo Perrot N° 70059067 22/09/2009 “Resero S.A.I.A.C.F v. Planta Frigorífica Juan Lanza S.R.L”) ; la naturaleza y cantidad de la mercadería, que da cuenta de su posible o no disponibilidad inmediata; la vinculación entre los contratantes (si se manejaban o no además con notas de pedido y remitos; como se asentaban las ventas en los libros, registrando o no envíos); el carácter de consumidor del adquirente; etc.

Con esta aclaración, estimo que las facturas en poder de la actora y no observadas vienen en el caso a configurar la presunción legal de la entrega de las cubiertas vendidas, que lejos de desvirtuarse por el adquirente permaneció enhiesta y se sumó a su confesión ficta.

Que estamos ante compraventas al contado, es algo que no merece mayores consideraciones. Es que ese carácter no se ve desvirtuado por el medio – tarjeta de crédito – de pago empleado, cuando no se trata de una operación de crédito en cuotas. Como decía hace tiempo Saúl A Argeri (“Notas sobre la tarjeta de crédito” La Ley 1980-B,1225) “ *El cliente adquiere de contado, sin que se le exija por el comercio proveedor tercero entrega alguna de fondos, pudiendo el cliente girar hasta el importe autorizado, con la simple suscripción de la factura* (en rigor cupón: Martorell Tratado de los contratos de empresa II,451)”. Las relaciones

entre la entidad emisora- comercio proveedor; entidad emisora-cliente titular y comercio proveedor-cliente titular son bien diferentes e independientes como para suscitar a esta altura confusiones entre “efectivo” y “contado”. Que el sistema presuponga contratos conexos en pro del crédito al consumo (ver el trabajo de José W. Tobías publicado en La Ley 1999-D, 992) no significa que el vendedor haya dado un plazo para el pago al comprador que retarde la obligación de entregarle lo adquirido. *“Desde el punto de vista técnico-jurídico, la relación emisora-comerciante adherido, implica la obligación de este último de aceptar la tarjeta presentada por el cliente como medio de cancelación de lo que adquiera, de entregárselo si fuese un bien o, en su caso, de prestarle el servicio contratado”* (Martorell obra citada p. 457)

Tampoco resiste el menor análisis la consideración de las tres facturas expedidas por compras abonadas con tarjeta de crédito a la luz de la normativa de la ley 24760 de facturas de crédito o del Decr-ley 6601/63 modif por ley 24064 de factura conformada, ya que no se estaba creando título de valor alguno por una obligación pendiente de pago a cargo del comprador respecto del vendedor. Es más, esto mismo excluye la pretendida necesidad de firma de la factura (que no es lo mismo que de un eventual recibo o remito) por parte del comprador (Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza 19/05/1998 “Sumpetrol S.A. v. Reynoso, Luis Alberto s/Ordinario” Abeledo Perrot N°: 33/908 “Cuando se realiza una venta al contado es suficiente demostración de pago, que el comprador tenga en su poder la factura de la compra realizada. Sólo será firmada la factura por el comprador, en el supuesto en que no se pague en el mismo acto de recepción de la mercadería, no así cuando la misma se emita con simultaneidad a la entrega de la mercadería y su pago”).

En las mismas (ver fs. 17/19) tampoco se consignó que las cubiertas iban a ser enviadas o estaban pendientes de retiro (ni siquiera con la colocación de sellos comúnmente utilizados: “A ENVIAR” “A RETIRAR”). Ciertamente es que tampoco existen constancias documentales del retiro; sin embargo no puede soslayarse que tratándose de compraventas al contado, lo normal y receptado por el ordenamiento mercantil es el cumplimiento simultáneo de la prestación a cargo del vendedor contra el pago del precio (art. 464 segundo párrafo CCom). De esta regla, de incuestionable operatividad en operaciones que versan sobre objetos susceptibles de tradición manual, como son los neumáticos, no es posible sustraerse invocando recién en la expresión de agravios el supuesto tamaño de aquellos por su destino, cuando se desconoce las posibilidades de traslado inmediato con que contaba la actora. Desde otra perspectiva, por la profesionalidad de la adquirente (arts. 1, 2 y conc CCom, 1 LS), no resulta excusable una ingenuidad -nada revela una anterior relación habitual entre las partes que por confianza justifique una informalidad en los recaudos- como para dejar indocumentado que el cumplimiento se encontraba pendiente.

Digamos por último, que del informe pericial contable (ver fs. 106vta.) en los términos en que fue propuesto (arts. 459 y 375 CPCC), tal como indicó la Sra. Jueza, resulta que no están registrados en los libros de la demandada “remitos” respecto de las operaciones -facturas- consignadas, no existiendo elementos que permitan inferir su utilización y/o asiento contable para otras ventas. c) Pero como dije al empezar, existe también otra prueba presuncional, en este caso judicial u hominis, que confluye en aras al rechazo de la acción.

Como bien se ha dicho la prueba indiciaria es la prueba de la razón misma (Cám. Nac. Civ., sala E, 2/2/1977, ED, 73-503).

Y es evidente que no ha existido problemas con la entrega de lo adquirido si se efectuaron tres adquisiciones escalonadas en el tiempo (una en octubre y dos en distintas fechas de diciembre), abonándoselas al contado, sin dejar constancia de plazos o pendencia de cumplimiento de las prestaciones anteriores; a lo que se aduna que el primer reclamo formal al respecto recién se intentó (sin efectivizarse por estar ya cerrado el negocio de la demandada) por el envío de cartas documentos (fs. 26/7), a los nueve meses de aquellas..

Por lo expuesto, doy mi voto POR LA AFIRMATIVA

El Señor Juez Doctor Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION el Señor Juez Dr.Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, corresponde:

I. - CONFIRMAR la sentencia apelada, con costas de Alzada a la actora vencida (art. 68 del CPCC)

II.- Atento el recurso de apelación deducido a fs.149, regulación de honorarios obrante a fs. 134 y aclaratoria de fs. 140, lo preceptuado por los arts. 16, 21, 23 y 28 del decreto ley 8904. SE FIJAN los honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia como sigue: Al Dr. Nicolás E. Cornaglia en la SUMA DE PESOS TRES MIL (\$ 3.000), al Dr. José Maria Gutierrez en la SUMA DE PESOS TRES MIL (\$ 3.000), al Dr. Juan José Fernandez en la SUMA DE PESOS CUATRO MIL (\$ 4.000).

III.- SE REGULAN los honorarios por las labores profesionales ante esta Alzada de la siguiente manera: Al Dr. Nicolás E. Cornaglia en la SUMA DE PESOS NOVECIENTOS (\$ 900), al Dr. José Maria Gutierrez en la SUMA DE PESOS NOVECIENTOS (\$ 900), al Dr. Manuel Fernandez Othacehe en la SUMA DE PESOS MIL DOSCIENTOS (\$ 1.200), con mas

todas las sumas el 10 % que establece el art. 12 inc. a) de la ley 6716. (art. 31 decreto ley 8904).

IV.- SE FIJAN los honorarios de la perito oficial Ctadora. Daniela Marisa Baldasarri en la SUMA DE PESOS MIL (\$ 1.000), con mas sus aportes de ley. Los que deberán ser depositados por los obligados en la cuenta fiscal recaudadora N° 50.022/7 -Banco de la Pcia. de Bs. As. Depto. Judicial Junín (art. 125 Ley 5827; Acuerdo 2.136, orden conjunta Presidente Cámara Penal y Delegado de la Sub- Secretaría de Administración.

ASI VOTO.

El Señor Juez Dr. Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí:

//NIN, 12 de Julio de 2012.-

### AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, SE RESUELVE:

I. - CONFIRMAR la sentencia apelada, con costas de Alzada a la actora vencida (art. 68 del CPCC)

II.- Atento el recurso de apelación deducido a fs.149, regulación de honorarios obrante a fs. 134 y aclaratoria de fs. 140, lo preceptuado por los arts. 16, 21, 23 y 28 del decreto ley 8904. SE FIJAN los honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia como sigue: Al Dr. Nicolás E. Cornaglia en la SUMA DE PESOS TRES MIL (\$ 3.000), al Dr. José Maria Gutierrez en la SUMA DE PESOS TRES MIL (\$ 3.000), al Dr. Juan José Fernandez en la SUMA DE PESOS CUATRO MIL (\$ 4.000).

III.- SE REGULAN los honorarios por las labores profesionales ante esta Alzada de la siguiente manera: Al Dr. Nicolás E. Cornaglia en la SUMA DE PESOS NOVECIENTOS (\$ 900), al Dr. José Maria Gutierrez en la SUMA DE PESOS NOVECIENTOS (\$ 900), al Dr. Manuel Fernandez Othacehe en la SUMA DE PESOS MIL DOSCIENTOS (\$ 1.200), con mas todas las sumas el 10 % que establece el art. 12 inc. a) de la ley 6716. (art. 31 decreto ley 8904).

IV.- SE FIJAN los honorarios de la perito oficial Ctadora. Daniela Marisa Baldasarri en la SUMA DE PESOS MIL (\$ 1.000), con mas sus aportes de ley. Los que deberán ser depositados por los obligados en la cuenta fiscal recaudadora N° 50.022/7 -Banco de la Pcia. de Bs. As. Depto. Judicial Junín (art. 125 Ley 5827; Acuerdo 2.136, orden conjunta Presidente Cámara Penal y Delegado de la Sub- Secretaría de Administración.

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.-



