**SENTENCIA Nº 197**

**TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEXTO TURNO**

**MINISTRA REDACTORA: DRA. SELVA KLETT**

**MINISTROS FIRMANTES: DRES. S. KLETT, F. HOUNIE, E. MARTÍNEZ**

Montevideo, 10 de agosto de 2011.

**VISTOS:**

En segunda instancia, estos autos caratulados **"Fabregas, Mario y otro c/ Victorica, Carlos. Demanda Liquidatoria.", IUE: 318-66/2010**, venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los actores y por el demandado contra la sentencia interlocutoria Nº 2263 de 14 de diciembre de 2010, dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia de Young de 1º Turno.

**RESULTANDO:**

1) Por la referida sentencia interlocutoria, la Sra. Jueza *a quo* amparó parcialmente la demanda de liquidación formulada por la actora y, en su mérito, estableció como liquidación de la sentencia definitiva de condena de segunda instancia Nº 179/94, las sumas consignadas en los Considerandos 3 y 4, con los reajustes e intereses hasta la fecha de su efectiva cancelación, según se explicitó en aquellos.

En la referida sentencia, se fijaron los gastos de medicamentos en la suma de $ 696.575, por el rubro “lana vellón” la suma de U$S 8.263,50, suma a la que deberá detraerse el 15 % por mermas climáticas y, por concepto de “lana barriga”, la suma de US$ 286, suma a la que también deberá detraerse el 15 % por mermas climáticas. Asimismo, se consignó que a las sumas determinadas en dólares debería adicionarse el interés legal del 6 % anual.

2) Contra dicha decisión, la parte actora dedujo el recurso de apelación en estudio (que anunció en audiencia a fs. 115 y que fundó a fs. 116-119) por entender, en síntesis, que:

a) La sentencia no admitió la conversión de la suma en dólares a moneda nacional, fundándose en que los precios de la lana se establecen en dólares. La demanda había establecido todos los precios en moneda nacional y el demandado no había controvertido este criterio. Tal punto, pues, no integró el objeto de la litis.

b) La sede no estableció la aplicación del reajuste e intereses legales, lo que constituye una verdadera omisión y un apartamiento de lo establecido en el fallo de segunda instancia, el que determinó la aplicación de los reajustes e intereses.

3) A su vez, el demandado se agravió, en estos sucintos términos (fs. 121-130):

3.1) Apelación de la sentencia interlocutoria Nº 1440/10

a) En primer lugar, fundó su discrepancia con lo dispuesto por el decreto Nº 1440/2010, dictado en la audiencia respectiva, que rechazó la prueba tendiente a acreditar la cantidad de remedio utilizado. Citando a Tarigo, expuso que el proceso incidental de liquidación constituye un proceso de conocimiento destinado a fijar una porción del litigio sin resolver. La sede, por otra parte, autorizó únicamente a la actora a producir prueba, violentando, de esta forma, el derecho de defensa y de igualdad.

b) La sentencia que puso fin al proceso de liquidación, en cuanto al rubro medicamentos, es errónea, porque entendió que no corresponde, en esta instancia, debatir sobre la cantidad de remedio utilizado para el tratamiento de los animales enfermos. El fallo es equivocado porque admitió, únicamente, las pruebas tendientes a acreditar el gasto efectuado. En su lugar, debió admitir, también, las probanzas enderezadas a acreditar la cantidad de remedio necesario, es decir, el número de dosis necesarias de medicamentos. Debe verse que de la prueba aportada por su parte surge que el valor de mercado es inferior al del documento presentado por la propia actora. Por lo tanto, debe admitirse la prueba relativa a las dosis necesarias de medicamentos y no únicamente la prueba relativa a los precios.

c) Al igual que en el caso anterior, en cuanto al rubro lana vellón y lana barriga, la sentencia no interpretó correctamente el fallo de segunda instancia y no permitió realizar, a su parte, la prueba fundamental para dilucidar el monto del daño, consistente en los informes de diversos escritorios rurales y en la pericia correspondiente, referida a la merma de la producción. Las pautas que estableció el Tribunal de Apelaciones, en el fallo cuya condena se liquida, no son las únicas a considerar.

3.2) Apelación de la sentencia interlocutoria Nº 2263/10

a) El fallo luce equivocado en cuanto considera que no corresponde debatir, en esta instancia, sobre la cantidad de remedio utilizada y que las únicas probanzas que resultan admisibles son las atinentes a demostrar el gasto. El monto del gasto depende de dos variables, esto es, del precio del producto y de la cantidad de producto adquirido. El gasto a probar es justamente aquel gasto efectuado en relación al daño que se imputa.

b) El mismo error cometió la decisora de primer grado respecto del rubro lana, al no permitir debatir sobre el volumen en kilos de la pérdida que se produjo como consecuencia de la enfermedad.

3.3) Planteo subsidiario

Como planteo subsidiario, el demandado entiende que la actora no procedió a autenticar los documentos de fs. 8 y 9, ya que no solicitó libramiento de oficio a la persona o entidad de quien emanó el documento. Al no haberse autenticado los documentos mencionados, no puede recibirse la pretensión por la pérdida de lana vellón y lana barriga, y la sentencia debe ser revocada en este sentido.

4) Sustanciados los recursos, los respectivos traslados fueron evacuados por ambas partes.

5) Franqueada la alzada, llegados los autos al Tribunal el 2.5.11 luego del estudio correspondiente, se acordó sentencia en legal forma y se dispuso emitir la presente decisión anticipada, por configurarse el supuesto del art. 200.1 CGP.

**CONSIDERANDO:**

I) La Sala, de conformidad con el número de voluntades requerido legalmente (art. 61 inc. 2º LOT), habrá de confirmar la sentencia atacada, en todos sus términos, efectuando el examen de los agravios en el orden lógico correspondiente para una mejor comprensión del dispositivo.

II) El caso de autos

II.1) Los actos de proposición

En el caso, la actora presentó su demanda incidental, promoviendo el procedimiento del art. 378 CGP. Realizó, concretamente, la labor liquidatoria de los rubros ilíquidos objeto de la condena, es decir, los cálculos que fundan su petición, mencionando la prueba correspondiente. El demandado tomó idéntica actitud, contestando sobre el mérito de la demanda incidental y acompañando los elementos probatorios respectivos.

II.2) La providencia que se pronuncia sobre los medios de prueba a diligenciar en el incidente de liquidación

En la audiencia correspondiente al incidente, fijado el objeto del proceso y de la prueba, la Sra. Jueza *a quo* determinó qué medios resultaban procedentes y qué otros no lo eran (acta de audiencia de fs. 86-90).

Respecto de esta decisión, el demandado interpuso los recursos de reposición y apelación en la audiencia respectiva, sobre los siguientes aspectos: a) acerca de la recepción de los medios de prueba ofrecidos por el actor, argumentando que la sentencia del TAC 6º había expresado qué era lo que correspondía hacer con ese documento, por lo que la restante probanza no resultaba de recibo; b) sobre la limitación impuesta por la decisora respecto de la documentación incorporada a fs. 37 a 41, la que –según se dispuso- solo debía considerarse en cuanto al precio al público de los remedios Ivomec y Ectomin; c) en cuanto al desglose ordenado sobre la documentación que refería a un punto que se hallaba fuera del proceso liquidatorio, por referir –según la providencia- a la cantidad de producto que debía utilizarse para el tratamiento de los animales enfermos; d) en punto a la prueba testimonial y por informes, al no considerarla necesaria, puesto que la actora no cuestionó la autenticidad, ni la información proporcionada sobre el precio de venta de los productos; e) la pericia impetrada también excedía el objeto de la prueba fijado en la audiencia, de conformidad con el fallo del Tribunal.

Conferido el respectivo traslado, la actora expresó su oposición a que se debatiera sobre puntos resueltos en el proceso principal. Hizo hincapié en que el presente proceso de liquidación debía versar exclusivamente sobre el *quantum debeatur,* puesto que el objeto litigioso de la presente etapa emerge de la lectura armónica de la sentencia de segunda instancia. Por ello, no corresponde reabrir el debate sobre cuestiones que debieron ser propuestas en el proceso principal, habiendo operado preclusión.

II.3) La sentencia y el alcance de la alzada

La Sra. Jueza *a quo* dictó la sentencia del proceso liquidatorio, hizo lugar a la demanda y fijó –como ya se dijera e interesa por constituir uno de los aspectos del objeto de la segunda instancia- algunas cifras en moneda nacional y otras en dólares.

Una lectura sistemática de los agravios formulados por las partes permite sostener que los puntos en debate en esta alzada son básicamente los siguientes: a) la interpretación que de la sentencia de condena ejecutoriada efectuó la apelada; b) si se violaron los principios de defensa en juicio e igualdad por la interlocutoria dictada en audiencia; c) si la providencia que liquidó los rubros ilíquidos de la sentencia de condena se ajusta a la mencionada sentencia, a las resultancias de autos y, en especial, a los elementos probatorios de la causa.

De todos modos, como se verá seguidamente, existen otros aspectos que el Tribunal debe examinar, aunque ninguno de los agraviados lo haya planteado.

III) La importancia de una recta interpretación de los fallos dictados

A este respecto, debe establecerse, liminarmente, que no es tarea sencilla compatibilizar los fallos judiciales, dictados en primera y segunda instancia y en etapa de casación.

Frecuentemente, los recursos de los litigantes se basan en la interpretación que de las sentencias dictadas efectúan y que, en la mayoría de los casos, no se adapta a la voluntad del órgano. En algunos supuestos, como el presente, la dificultad se acrecienta, porque, aun tratándose del mismo órgano, dado el transcurso del tiempo, ni siquiera se trata de los integrantes que intervinieron en la alzada del proceso de conocimiento. Este aspecto tiene trascendencia a la hora de establecer *el alcance de los poderes del juez en el proceso de liquidación.*

De regla, no todos los elementos o bases para la liquidación se encuentran expresa y prolijamente establecidos en los fallos del proceso principal, esto es, aquel en el cual se debatieron y probaron los elementos constitutivos de la responsabilidad.

Debe, entonces, determinarse el alcance de la cosa juzgada dictada en el proceso principal y su vinculación con el procedimiento previsto en el art. 378 CGP.

IV) Sobre el alcance y los límites de la sentencia del proceso de liquidación

Para poder abordar la cuestión relativa a si la Sede *a quo* actuó correctamente en el grado anterior es menester, en primer término, precisar cuál es el alcance de la actuación del órgano judicial en el proceso de liquidación previsto en el art. 378 CGP. En particular, deberá resolverse si resulta adecuada la solución que puso fin al incidente, habida cuenta del decreto dictado en audiencia, al no haber denegado el diligenciamiento de determinados medios de prueba ofrecidos por el demandado.

Pues bien, precisamente es función de los jueces juzgar, es decir, establecer la razón o la sinrazón de la pretensión. En el presente caso, es determinar si se reunieron los elementos que permitan determinar el *quantum debeatur*. Es evidente que si debió acudirse al procedimiento del art. 378 CGP es porque en el proceso de conocimiento no se habían reunido los elementos de juicio que permitieran el dictado de una sentencia de condena líquida.

Así las cosas, el Tribunal anticipa que la conclusión de la atacada se adecua al marco normativo correspondiente, a la interpretación que cabe efectuar de la decisión anterior del Tribunal, a la prueba recabada en el proceso principal y en esta etapa, sin que pueda atribuirse a la actuación de la magistrada ningún exceso en sus decisiones procesales que determinen la nulidad de la sentencia que puso fin al incidente.

En efecto, la Sala comparte las conclusiones de la redactora, sobre este aspecto específico, plasmadas en una exposición inédita en el Taller de Jurisprudencia de Derecho Civil dirigido por el Prof. Juan Blengio en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, en el mes de mayo de 2005, al comentar la sentencia Nº 117 del 26.4.04 de la Suprema Corte de Justicia:

“El punto medular de la cuestión en examen es, entonces, determinar el alcance de la cosa juzgada dictada en el proceso principal y su vinculación con el procedimiento liquidatorio.

El proceso de liquidación constituye un auténtico proceso de conocimiento, en virtud del cual se crea el título de ejecución, inexistente hasta ese entonces por carecer de la suma líquida que constituye la condena. Se habla, pues, de la formación progresiva de la sentencia”.

Por ello, esta afirmación deriva en diversas consecuencias procesales de las cuales pueden citarse las siguientes, sigue la autora:

1) El objeto del proceso se limita a establecer el *quantum debeatur*, estando vedada la introducción o replanteo de cuestiones ya decididas que, en todo caso, debieron haber sido objeto del recurso de casación de la sentencia definitiva que culminó el proceso principal.

2) Se aplica el régimen de carga de la prueba, en sus dos vertientes: en sentido subjetivo, como el imperativo del propio interés del interesado en probar…; y, en sentido objetivo, como la regla legal que sintéticamente establece que *quien debió probar y no lo hizo pierde el juicio.*

3) La cosa juzgada impone examinar la estimación del demandante y admite su moderación, según el *prudente arbitrio judicial*, sin que se pueda soslayar la consideración de las máximas de la experiencia, como componente esencial del fallo judicial. El fallo de liquidación no puede desconocer el principio de *razonabilidad*, natural componente de la decisión estatal”.

Y culmina la autora: En realidad, lo que sucede es que en el proceso de conocimiento previamente desarrollado la *quaestio* no fue juzgada en su totalidad, porque –como dice Tarigo- “en él se trata de fijar un sector o porción del litigio que había quedado sin resolver o, mejor quizá, una de las cuestiones del litigio que había quedado sin resolver” (Cf. Tarigo, E., Lecciones de Derecho Procesal Civil, t. III, FCU, Montevideo, 1999 p. 49).

En definitiva, concluye la redactora, la decisión de reparar dictada genéricamente en el proceso –principal- de conocimiento está condicionada a la prueba que se obtenga en el proceso de liquidación, según las pautas establecidas. Deben agotarse todos los mecanismos para establecer la suma debida por daños, acudiendo –también- al prudente arbitrio judicial.”

V) Sobre la apelabilidad de la sentencia interlocutoria Nº 1440/10

En tales coordenadas, corresponde examinar si la sentencia interlocutoria dictada en la audiencia del incidente de liquidación resulta o no pasible del recurso de apelación, puesto que más allá de que así lo hayan entendido los litigantes y la Sra. Jueza *a quo*, el régimen legal adjetivo impone que el Tribunal *ad quem* reexamine su competencia, es decir, si la ley consagra o no el recurso de alzada para determinada providencia.

Sabido es que el control de admisibilidad efectuado por el órgano *a quo* respecto del recurso de apelación (art. 255 CGP) no enerva las facultades que sobre el tema posee el órgano de alzada el que, antes de proceder a analizar los fundamentos del medio revisivo, debe examinar si este fue presentado de conformidad con las normas legales que regulan las formas de los actos procesales, en general, y del recurso, en particular. En tal sentido, deberá establecerse -entre otros requisitos- si el recurso fue deducido en tiempo y forma, y si corresponde el medio impugnativo, con arreglo al régimen legal aplicable.

En efecto, el sistema procesal se basa en el principio de legalidad de rango constitucional, en virtud del cual los recursos resultan admisibles o no de acuerdo con las previsiones legales respectivas, y no obstante la opinión diferente de los litigantes y de los propios órganos jurisdiccionales.

Como ha tenido oportunidad de establecerlo la redactora, posición que la Sala comparte, el régimen de apelación en el proceso de liquidación de sentencia de condena ilíquida se halla restringido en función de diversos argumentos que se transcriben (Cf. Klett, S. y Álvarez Petraglia, F.: “El Recurso de Apelación en la Vía de Apremio”, en AA. VV., “Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo”, FCU, Montevideo, 2007, ps. 43 y sgtes.).

“Acerca de la naturaleza jurídica de la sentencia que decide el denominado incidente de liquidación no dudan los autores en que se trata simplemente de completar aspectos concernientes a la sentencia definitiva: por ésta, se establece el *an debeatur*; por la dictada en el proceso liquidatorio, el *quantum debeatur”*.

“En tal sentido, y tal como aconteció en obrados, si la sentencia se dicta en audiencia deberá anunciarse el recurso e interponerse en el plazo de seis días, en virtud de la remisión legal del art. 378.4 al procedimiento de apelación de interlocutorias”.

“Por lo demás, los autores se inclinan por no admitir la apelabilidad de las restantes resoluciones dictadas en el curso del incidente liquidatorio; por ejemplo, aquellas que resuelven una cuestión incidental planteada durante el proceso de liquidación, dada la redacción del artículo respectivo (Cf. Tarigo, E., Lecciones de Derecho Procesal Civil, t. III, cit., p. 51).

Señalan en apoyo de su criterio: “Así reza el art. 378.4: “Contra la **sentencia que decida** el incidente podrán interponerse los recursos de reposición y apelación”. Al argumento de texto cabe adicionar el derivado del tracto incidental que impone un régimen recursivo acotado, procediendo solo el recurso de alzada respecto de la providencia que decide el incidente (art. 322.2 CGP). E incluso cabe traer a colación el principio de proporcionalidad abordado por la co-redactora de este artículo en trabajo de su autoría” (Klett, S., “Algunos temas de interés en el área de los medios impugnativos”, RUDP 2/05, ps. 367 y sgtes.)

Por otra parte, traen a colación los fallos de la Sala Civil 3ª en los cuales se declaró mal franqueada la alzada respecto de la apelación de la providencia que “había fijado el objeto del proceso liquidatorio” y respecto de aquella que pretendía “desglosar” o “dividir” la liquidación ya efectuada, reabriendo etapas precluídas (TAC 3º, sentencia Nº 162/01, RUDP 4/2002, c. 415 y sentencia Nº 211/01, RUDP 4/2002, c. 416), (Cf. Klett, S. y Álvarez Petraglia, F., ob. cit., p. 55).

Por ello, el recurso de alzada interpuesto acerca de la sentencia interlocutoria dictada en audiencia resulta inadmisible, porque la ley solo habilita la apelación de la sentencia que ***decide el incidente de liquidación***. En este aspecto se coincide con Tarigo, en cita del jurista que obviamente desconoce el apelante (Lecciones, … t. III, cit., p. 51).

VI) Sobre la inexistencia de nulidad absoluta que el Tribunal de alzada deba declarar

De todas formas, el Tribunal profundizará un poco más, sobre el aspecto relativo a la providencia dictada en audiencia, puesto que las imputaciones que efectúa el apelante, respecto de la conducta adoptada por la Sra. Jueza *a quo,* justifican un examen más circunstanciado de la situación.

En efecto, la lectura sistemática de los arts. 24 num. 9), 116, 193.2 inc. 3, 217 y 257.4 CGP imponen al órgano judicial de segundo grado la declaración de las nulidades insanables, en cualquier estado del proceso.

Pues bien, el demandado apelante ha señalado, en su memorial de agravios, y ha hecho hincapié en tal circunstancia, que la decisora de primer grado ha violado los principios de debida defensa e igualdad en el proceso. Y, para sustentar tal opinión, ha manifestado que tal comportamiento se advierte porque la Sra. Jueza *a quo* ha dispuesto el diligenciamiento de todos los medios propuestos por la actora –aunque no correspondía- pero, ha brindado un trato diferente a su parte, al haberle negado la producción de los medios tendientes a demostrar que lo afirmado por su contraria no era cierto, es decir, le ha negado la posibilidad de producir contraprueba en el proceso de liquidación.

Entiende la Sala, por el contrario, que la sentenciante ha ajustado su proceder no solo al sistema normativo, sino a las circunstancias de la causa. En tal sentido, ha utilizado los poderes deberes que le impone el Ordenamiento Procesal vigente y ha concluido en el dictado de una sentencia, en términos que la Sala comparte, luego de llevar a cabo diversas actividades. Así, ha realizado una correcta interpretación del fallo de segundo grado (en su vinculación con el de primer grado), ha efectuado un análisis singular e integral del material probatorio allegado a la causa, sin apartarse de las normas de proceder, y ha utilizado la herramienta idónea impuesta por el legislador para tramitar un adecuado proceso de valoración de la prueba: las normas de la sana crítica.

En efecto, en opinión del Tribunal, el rechazo de los medios probatorios propuestos por el demandado en esta etapa guardan estrecha relación con el objeto y alcance del proceso de liquidación –tema sobre el que ya se pronunció esta sede- y con el objeto de la prueba, es decir, qué hechos necesitaban ser probados en esta instancia de liquidación, ***de conformidad con el fallo de condena.***

Cree el Tribunal que la Sra. Jueza *a quo* ha realizado una tarea de interpretación de la sentencia de segunda instancia con la que se coincide plenamente, premisa que la llevó a desterrar, de este proceso de liquidación, aquellos medios que, en forma indefectible y contumaz, presentó el demandado, desconociendo el alcance de esta etapa, debidamente determinada por la doctrina y jurisprudencia que vienen de citarse.

VII) Sobre la interpretación de las sentencias de autos, como premisa de la sentencia de liquidación

VII.1) Sobre los gastos causados por la necesidad de aplicación de remedios a los animales del actor

Ha sostenido la parte accionada que la sentencia que puso fin al proceso de liquidación, en cuanto al rubro medicamentos, es errónea, porque entendió que no corresponde, en esta instancia, debatir sobre la cantidad de remedio utilizado para el tratamiento de los animales enfermos. Agrega que el fallo es equivocado porque admitió, únicamente, las pruebas tendientes a acreditar el gasto efectuado y que, en su lugar, debió admitir, también, las probanzas enderezadas a acreditar la cantidad de remedio necesario, es decir, el número de dosis necesarias.

A juicio de la Sala, no asiste razón al apelante, porque la sentencia de segundo grado, Nº 179/94, ***en su parte dispositiva*** condena al demandado a indemnizar a la actora “el daño patrimonial causado, conformado específicamente por el ***importe de los remedios adquiridos*** para el tratamiento del ganado contagiado por sarna” (fs. 247 vto.; el subrayado pertenece al original, no así la negrita, ni la bastardilla).

En definitiva, es claro para este órgano de alzada que el contenido de la condena partía de un supuesto: la adquisición de determinados medicamentos que se utilizaron para el tratamiento de la sarna contagiada. Entonces, si el Tribunal tuvo por probada la ***adquisición de los remedios***, solo restaba en este procedimiento de liquidación establecer el monto de dicha adquisición.

Y tal monto emerge, diáfanamente, del documento incorporado a fs. 7, que constituye una factura, del que emerge la existencia de una compraventa de medicamentos determinados (Ectomin e Ivomec).

Por consecuencia, ha sido ajustada la decisión adoptada en la audiencia del incidente, que descartó el diligenciamiento de los medios de prueba que resultaban manifiestamente impertinentes por innecesarios, al intentar acreditar un hecho que el fallo ejecutoriado había tenido por probado: la adquisición de los medicamentos. Ello significa, en pocas palabras, que fue el propio Tribunal de alzada que reconoció –y ello no fue objeto de impugnación- la adquisición de los remedios que guardaba relación de causalidad con el ilícito atribuido a la conducta del demandado.

Dicho en otros términos, de acuerdo con la perspectiva del Tribunal, la prueba relativa a las dosis requeridas de medicamentos no era necesaria, porque había tenido por demostrada que la adquisición se vinculaba con el daño que se le imputaba al accionado, única manera de referir al ***importe de los remedios***.

Pues bien, en la tesis del órgano de alzada que intervino, a la que adecuó perfectamente su proceder la Sede *a quo,* el gasto a probar era el generado por la ***adquisición de los remedios,*** es decir, únicamente ***su importe***.

Por otra parte, esta interpretación se robustece si se examina la locución “girándose la ***determinación de los montos*** respectivos al proceso de liquidación de sentencia” (los resaltados pertenecen a esta sentencia).

Por consecuencia, no puede existir duda de ninguna especie acerca de qué era lo que se debía probar en este proceso de liquidación: el importe de los remedios adquiridos, lo que se logró con la factura de fs. 7 del proceso principal, que, tal como lo afirma el propio demandado, fue reconocida por su autor (contestación a oficio librado a Agro Veterinaria Jurruty, fs. 92).

Los cuestionamientos que quiere efectuar el accionado en esta etapa pretenden reabrir etapas del debate ya cerradas sobre el número de dosis necesarias, y violentan el principio de preclusión, emanado del de legalidad, que impone un orden de proceder que significa la predeterminación de etapas definidas para la alegación, que cumplidas se cierran como las esclusas.

Por lo demás, lo que interesa, en este caso, es lo que efectivamente gastó el actor en la compra de medicamentos, que fue lo que el Tribunal le impuso probar.

VII.2) En cuanto a los daños causados por la pérdida en quilogramos y precio de lana “vellón” y lana “barriga”

En cuanto a este rubro, también afirmó el demandado que, al igual que en el caso del rubro medicamentos, la sentencia no interpretó correctamente el fallo de segunda instancia y no permitió realizar, a su parte, la prueba fundamental para dilucidar el monto del daño, referida a la merma de la producción.

Como ya se estableció en el Considerando respectivo, el agravio basado en que se le impidió realizar la contraprueba correspondiente no es de recibo, porque el propio fallo de segundo grado (Nº 179/94), leído a la luz de la fundamentación, no deja lugar a la duda, al expresar (fs. 246): “También se hará lugar a la reclamación por pérdidas en kilos y valor de lanas, tanto “Vellón” como “Barriga”, pues al respecto ***opera la prueba conformada por los recaudos de fs. 8 y 9,*** tampoco autenticados” (el subrayado es de la sentencia que se transcribe; la negrita y la bastardilla de la que se dicta en este momento).

Por ello, asiste razón a la sentenciante de primer grado al aseverar que la prueba únicamente debía versar sobre el monto y no sobre la merma en la producción, porque tal aspecto ya había sido resuelto en el fallo condenatorio, sin que el demandado hubiera desarrollado su facultad impugnativa. Este aspecto sí se halla alcanzado por la cosa juzgada. De manera pues que solamente se debía atender a la otra pauta fijada por el Tribunal que refiere a las mermas producidas por factores climáticos, señaladas en los informes de fs. 110 y 26 (ver fs. 246).

Este temperamento se ve avalado porque, una vez descriptos los rubros objeto de la condena, el fallo establece, textualmente, “girándose la determinación de los montos respectivos al proceso de liquidación de sentencia y sobre las bases establecidas en el Considerando III”.

Y si bien este Tribunal ya lo aclaró, al encuadrar doctrinariamente la solución de autos en el instituto de la liquidación de sentencia, en muchas ocasiones las pautas que establecen los fallos de condena no son las únicas, la lectura atenta de la sentencia Nº 179/94 alude, sin duda posible, a que en el proceso de liquidación deberían tenerse en cuenta ***no solo los documentos de fs. 8 y 9, sino también los informes de fs. 110 y 26***, relativos a la incidencia de factores climáticos.

Pues bien, eso fue lo que hizo el fallo hostigado: se apegó a las pautas establecidas, descartó las probanzas que resultaban impertinentes –dado el objeto previamente delimitado- y sentenció aplicando las reglas de la sana crítica. En otras palabras, el Tribunal, en aquella ocasión, tuvo por probadas las pérdidas en kilos y valor de lanas de ambos tipos, lo que implica, implícita pero inequívocamente, que la prueba ofrecida sobre el alcance de las pérdidas en kilos o en valor se hallaban irremediablemente fuera del objeto de la prueba de este proceso de liquidación. Solamente, como lo expresa en forma clara el dispositivo, se debían probar los montos correspondientes a los dos rubros objeto de la condena.

VIII) Sobre los medios de prueba diligenciados

VIII.1) Respecto de la naturaleza y valor probatorio de las facturas

El punto medular de la cuestión es establecer el valor de las facturas agregadas por el actor como medios de prueba idóneos y suficientes para la justificación de los importes correspondientes a los rubros acogidos.

La doctrina discrepa en cuanto a la aptitud probatoria de la factura. Algunos la consideran una confesión extrajudicial del librador, otros, un principio de prueba por escrito. Podría también ser considerada como fuente de una presunción expresa (cuando es firmada por quien la recibe) o tácita (cuando se la recibe sin observaciones).

En tal sentido, en primer lugar, desea establecer la Sala que las facturas incorporadas por la actora constituyen documentos privados que, de regla, dan cuenta de una operación comercial de compraventa de mercadería.

De todas formas, no pueden negarse, en el mundo actual y en las coordenadas del tráfico comercial, los efectos reflejos o indirectos del contrato que según Gamarra “son aquellos que se producen en la esfera jurídica de los terceros, ajenos al contrato” (Gamarra, J., Tratado… T. XIV, Montevideo, 1972, p. 207; más ampliamente, ver, T. XV, 1973, ps. 13 a 15).

Por su parte Nuri Rodríguez expresa: “Se podría sostener que no se puede probar la existencia del contrato de compraventa con un documento emanado exclusivamente de una de las partes. Sin embargo, si el comprador tiene en su poder una factura y aun cuando ella no esté firmada, puesto que en la práctica no se firman, se debe entender que detrás de esa factura hay una compraventa. La doctrina española sostiene que vale como confesión extrajudicial (Garrigues, Curso de Derecho mercantil, p. 23 y Langle, Derecho mercantil español, p. 100)” (Derecho comercial.edu.uy La factura).

Mezzera dice que “la factura es un documento privado que se expide, por regla general, en las operaciones de compraventa mercantil. Se trata de un documento que casi siempre tiene un texto impreso, con varios claros que luego se llenan en forma manuscrita. Contiene el nombre del vendedor y la denominación de su casa de comercio. Luego se insertan en él la fecha de la compraventa, la descripción de los géneros o artículos que se venden y el precio de los mismos. A veces se le agrega el nombre y la dirección del comprador. La factura se entrega al comprador al realizarse la compraventa y a veces se acostumbra remitirla junto con las mercaderías u objetos vendidos. Nunca o casi nunca lleva la firma del vendedor. ***Se trata pues de un documento privado de naturaleza muy especial*** desde que generalmente no está suscrito por ninguna de las partes contratantes” (Mezzera Álvarez, R., Curso de Derecho Comercial, actualizado por Rippe, S., t. III, ps. 48-49; el resaltado no es del texto).

Por otra parte, el Prof. Xavier de Mello (***amicus curiae***) sostiene, en conceptos que el Tribunal comparte, que si el art. 557 del C. de Com. establece dos presunciones sobre aspectos puntuales de la venta (al contado y las cuentas liquidadas) es porque también debe entenderse presumida la venta misma. De lo contrario, no tendrían sentido las dos presunciones específicas contempladas, las que carecerían de sustento si no se entendiera que la venta a la que refiere la factura es a su vez presumida (aunque en forma obviamente relativa).

Creimer señala, en similar sentido, que “la redacción del art. 557 del Código de Comercio, nos está indicando, sin dudas, que para el legislador la factura es la forma de probar los distintos aspectos del contrato de compraventa de mercadería. La determinación de la cosa y el precio, la parte del precio que se pagó y el plazo para el pago” (Creimer, I., La factura, en Rev de Derecho Comercial y de la empresa, julio-diciembre 1977, Nº 3-4, p. 38).

En relación con el valor probatorio del documento, el autor mencionado cita a Andoli quien dice, expresamente, que ***la factura prueba no solo entre las partes sino también respecto de terceros, pero que para ello debe tener fecha cierta*** (Creimer, I., ob. cit., p. 62), extremo este, que, como se verá más adelante, se encuentra acreditado en autos, puesto que las facturas cuestionadas fueron agregadas en el proceso principal, momento en que adquirieron fecha cierta.

Asimismo, luego de afirmar que “*el documento servirá tanto entre las partes como respecto de terceros”*, el comercialista uruguayo menciona algunos ejemplos de la relevancia de la factura en relación con terceros, y expresa que dentro de sus funciones se encuentra la de servir de medio de prueba del contrato, que “la factura es, sobre todas las cosas un documento de prueba, principalmente de prueba del contrato de compraventa mercantil” y que “la mayoría de los autores ponen el acento en la factura como un medio de prueba” (Creimer, I., ob. cit*.*, ps. 25, 24, 23 y 38).

Finalmente, Georges Ripert expresa que “la factura puede ser aceptada expresamente por el comprador. Pero el uso del comercio, contrario por otra parte a la regla general, es que se acepte tácitamente por el silencio del comprador, cuando éste, habiéndola recibido, no protesta dentro del plazo normal” (Ripert, G., Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tomo IV, Buenos Aires, 1955, p. 25).

La jurisprudencia nacional también se ha expresado sobre el valor probatorio de la factura. En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia en la sentencia Nº 49/99 expresó: “Desde luego, como enseña la mayor doctrina nacional, “la factura es el medio de prueba por antonomasia del contrato de compraventa de mercaderías, más concretamente del contrato de compraventa mercantil de mercaderías” (Israel Creimer, La factura, en Revista de Derecho Comercial y de la empresa, julio-diciembre 1977, Nº 3-4 p. 58; citada en Anuario de Derecho Comercial, Nº 10, p. 295).

Por su parte, el TAC 4º Turno, en sentencia Nº 38/03, sostuvo que: “…la esencia del instituto de la factura está en el hecho de que estamos frente a un documento librado por un acreedor que afirma la existencia de una deuda por parte del cliente, destinatario de la factura, esta afirmación documenta fehacientemente el crédito cuando se produzca la aceptación expresa o tácita de la factura (Creimer, I., en Rev. de Der. Com y de la Empresa, Nº 3-4, p. 38)”.

“Precisamente, la factura es un documento privado al que deben aplicarse obviamente los criterios interpretativos que se aplican a tal tipo de documentos, la factura es una especie dentro del género de documentos privados, que tiene una denominación propia derivada de la oportunidad en que se expide, de las personas que intervienen en la misma y de la operación que se acredita (Anuario de Derecho Comercial, Nº 4, c. 59, etc.)”.

“En el campo comercial, cuando se expide una factura, son perfectamente deslindables la etapa de formalización del contrato y la de su ejecución, no como simultáneas sino como sucesivas. El contrato, por una parte, acredita las obligaciones asumidas por las partes y, la factura, por otra parte, prueba que dicho contrato ha entrado en la etapa de cumplimiento, de ejecución de las obligaciones, la factura prueba que el vendedor cumplió con su obligación de entrega de la mercadería a satisfacción del comprador, y, por derivación, también prueba que la única obligación pendiente de cumplimiento es el pago del precio por parte de este último (Anuario… ob. cit., Nº 4, c. 60)”.

“Sin perjuicio de que no hubo efectiva contradicción por parte del demandado al contenido, las facturas incorporadas acreditan la relación de compraventa subyacente y su ejecución y la exigibilidad es preexistente, porque se consolida según los términos de la relación contractual que dio origen a la factura (sentencia Nº 28/04, RUDP 4/2005, c. Nº 912, ps. 892-893; cf. sentencia Nº 299/10 de la Sala).

VIII.2) Sobre las condiciones para que las facturas resulten oponibles a terceros

Como documentos privados que son, las facturas siguen la regla general en cuanto a la fecha en que resultan oponibles a terceros. En tal sentido, rige a plenitud lo dispuesto por el art. 1587 CC según el cual “*la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino: 1º desde el día de su exhibición en juicio o en cualquiera repartición pública, cuando quedase allí archivado”.*

Pues bien, las facturas, tendientes a probar los rubros objeto de la condena, fueron incorporadas tempranamente por el actor a este proceso, es decir, con la presentación de la demanda (nota de cargo de fecha 30 de septiembre de 1992, fs. 71).

Expresa Viera que “el instrumento privado, desde que adquiere fecha cierta, es oponible a terceros. Ello quiere decir que, desde esa fecha, la existencia del instrumento privado como “hecho probatorio” de su otorgamiento también vale con respecto a quienes no fueron sus otorgantes”, en el caso, el demandado (Cf. Viera, L., “Prueba Documental” en “Curso de Derecho Procesal”, IUDP, t. II, p. 143).

VIII.3) Las facturas no fueron tachadas en cuanto a su contenido

Agrega, además, el ilustre Maestro que “en el documento privado la verdad sobre los hechos que comprende el otorgamiento no está amparada por autoridad pública alguna, y, en consecuencia, puede ser atacada por la vía del proceso de simulación. Pero, desde el momento en que la prueba de la simulación corresponde a quien la alega, se sostiene, con razón, por la doctrina que, en los hechos, en cuanto a su contenido, un instrumento privado con fecha cierta con relación a terceros tiene un valor de presunción *juris tantum;* vale mientras no se pruebe la simulación” (Cf. Viera, L., “Prueba Documental” en “Curso de Derecho Procesal”, IUDP, t. II, p. 143).

El accionado no ha invocado siquiera un indicio acerca de la simulación de los contratos que aparecen demostrados por las facturas agregadas. Se ha limitado a promover una defensa meramente formal, muy lejana al deber de colaboración que debe tener todo litigante que actúe con buena fe y lealtad.

Según la sentencia del TAC 6º, las facturas demostraron las pérdidas en kilos y en valor de lanas, tanto “vellón” como “barriga”. Esos documentos, conocidos por el demandado desde el inicio del proceso, no fueron tachados de falsedad, no se alegó la simulación de los contratos que prueban la existencia de compraventas de carácter comercial, cuyo principal medio de prueba lo constituye, justamente, la factura. Y ese constituye un hecho notorio que no necesita prueba (art. 138 CGP).

VIII.4) Acerca de las reglas de la sana crítica y los usos comerciales

En efecto, diariamente los habitantes de este país y de todo el planeta realizan pequeñas o grandes transacciones, algunas por cifras de importancia, que se documentan mediante la emisión de facturas. También en la mayoría de los procesos que tramitan los tribunales nacionales aparecen facturas que pretenden probar los gastos en que ha incurrido una parte en determinadas circunstancias: que compró un vehículo, un remedio en una farmacia, vituallas en un supermercado, etc., etc. Y a nadie se le ha ocurrido hacer comparecer a declarar al dueño de la automotora, al dueño de la farmacia o al dueño del almacén acerca de que esa factura fue emitida en su negocio.

Lisa y llanamente, porque los comerciantes deberían cerrar sus negocios para poder atender las diversas citaciones judiciales, en innúmeros procesos. Sencillamente, se desconocería el claro valor que ostenta la factura, desde que representa la operación comercial llevada a cabo.

VIII.5) El demandado no alegó ni probó el acaecer de un hecho contrario al principio de normalidad

Por eso, asiste razón –una vez más- a Viera cuando enseña que, en el proceso de valoración de la prueba, debe acudirse al principio de normalidad.

Enseña Viera que “los hechos que están de acuerdo con el decurso natural de los casos no necesitan probarse por estar comprendidos en la máxima regla de experiencia: la de la normalidad. Solo necesitan prueba los hechos anormales, los que escapan a lo que es frecuente o corriente que ocurra, dadas ciertas condiciones” (Viera, L. A., Curso de Derecho Procesal, t. II, p. 85).

El principio de normalidad se halla recogido en el art. 141 CGP en la locución “el tribunal aplicará las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece” y significa que quien invoca el acaecer de un hecho anormal, que altera el curso natural de desenvolvimiento de los hechos debe probarlo.

Surge del examen de los autos, que ningún esfuerzo alegatorio ni probatorio desplegó el demandado en tal sentido: no acreditó -y ni siquiera invocó- que las operaciones comerciales reflejadas en las facturas no fueran verdaderas, es decir, fueran simuladas. Se atrincheró en consideraciones netamente formales, adjetivas, para no cumplir, definitivamente, con un fallo que tiene muchos años de dictado.

Por ello, constituye una regla de la experiencia, ratificada por el principio de normalidad, que las facturas, de regla, representan una operación comercial, una compraventa, en el caso, de la adquisición de los remedios y del precio de la lana, dos parámetros indispensables para liquidar el daño objeto de la condena.

Tanto valor poseen las facturas y tanta fehaciencia inicial (por lo menos las referidas a compra de mercaderías) que constituyen título ejecutivo, en determinadas condiciones que establece la ley. Y ello es así porque –de regla- constituyen documentos auténticos, cuando están firmados por el obligado o su representante, con firma reconocida o dada por reconocida, que establecen las condiciones básicas del contrato: el objeto de la compraventa y el precio acordado (art. 353 num. 5) CGP; Creimer, I., La factura como título ejecutivo, Anuario de Derecho Comercial, t. 8, ps. 352-359).

VIII.6) Sobre la doctrina del acto propio y el principio de indivisibilidad del medio probatorio

Por último, hará aplicación el Tribunal de la doctrina de los actos propios en detrimento de la tesitura del demandado, según el desarrollo que se hará del último de los agravios considerados.

La mencionada doctrina puede sintetizarse en la tradicional definición de Enneccerus: “A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho; o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe” (ver, Gelsi Bidart, A., "Acerca de la teoría del acto propio", Rev. Jurídica Estudiantil, Nº 5, Año 3, mayo 1988, ps. 9 y sgtes.; Minvielle-Reyes, “La doctrina de los actos propios (perspectiva procesal civil)”, RUDP 2/2000, ps. 291 y sgtes.; Barbieri, L., “La doctrina de los actos propios y nuestra jurisprudencia”, ADCU, T. XXX, ps. 767 y sgtes.).

En este sentido, no alcanza a comprender el Tribunal la dualidad de criterios que plantea el demandado, en su escrito de contestación y memorial de agravios, con total naturalidad. En un aspecto, el demandado reclama que la condena concerniente al rubro lana se exprese en dólares, contestando frontalmente el agravio planteado por la actora que reclamó la conversión de la condena a moneda nacional y el consecuente reajuste.

En cambio, este mismo accionado pretende que no se confiera valor a la factura -el medio de prueba por antonomasia del contrato de compraventa de mercaderías- que, precisamente, para fijar el precio de la lana se expresan en dicha moneda.

Esta postura desconoce, en forma flagrante, el principio de indivisibilidad del medio probatorio y de unidad de la prueba, en este caso, aplicado a los documentos privados. Este principio tiene acogida en el Código Civil (arts. 1586 y 1588) y en el Código de Comercio (art. 76 inc. 2), en lo que concierne a la prueba documental, y significa –en buen romance- que no se puede estar “tan solo a las maduras”, es decir, únicamente a los aspectos favorables de la prueba.

IX) Sobre la moneda utilizada para el cálculo de la pérdida de la lana

Finalmente, no es de recibo el agravio de la actora relativo a que la sentencia no admitió la conversión de la suma en dólares a moneda nacional, fundándose en que los precios de la lana se establecen en dólares.

Si bien es cierto que en la demanda se habían establecido todos los precios en moneda nacional y que el demandado no había controvertido este criterio, tal punto no constituye una cuestión fáctica que queda exiliada del objeto de la litis.

Por el contrario, constituye una cuestión jurídica que debe decidir el tribunal según su leal saber y entender.

Por otro lado, el criterio de la sede *a quo,* que respalda el Tribunal, encuentra su razón de ser en dos líneas argumentales. Por un lado, el hecho de que la propia actora aportara prueba documental en la que la moneda utilizada era el dólar demuestra una costumbre en el ramo.

Pero, por otra parte, existe una norma del C. de Com. que resuelve claramente la cuestión. Así reza el art. 298, en sede de interpretación de las convenciones, que “cuando en el contrato se hubiese usado para designar la moneda, el peso o la medida, de términos genéricos que puedan aplicarse a valores o cantidades diferentes, se entenderá hecha la obligación en aquella ***especie de moneda***, peso o medida que esté en uso en los contratos de igual naturaleza”.

En el caso de obrados, nadie invocó una costumbre contraria a la que dimana de los documentos analizados, es decir, que el negocio concerniente a la lana se llevara a cabo en moneda nacional. Por el contrario, se reitera, la prueba acompañada por el propio actor, las mentadas facturas que quiere hacer valer para probar el importe, se expresaron en dólares. Pues, a esa moneda habrá que estar, por tratarse del uso comercial en la materia o negocio en cuestión.

Por ello, la sede *a quo* no estableció la aplicación del reajuste del Decreto Ley Nº 14.500, por no resultar procedente. Y ello no constituye un apartamiento de lo establecido en el fallo de segunda instancia, el que determinó la aplicación de los reajustes e intereses, en forma genérica. Porque tal decisión, se tomó en el bien entendido de que las condenas que resultaran del proceso de liquidación se expresarían en moneda nacional. Al no haber sido así, y al haberse expresado una de ellas en dólares, es evidente que el reajuste no corresponde.

**POR ESTOS FUNDAMENTOS,**

**EL TRIBUNAL**

**RESUELVE:**

***Confírmase la recurrida, sin especial condenación procesal.***

***Y, oportunamente, devuélvase a la Sede de origen.***

**SENTENCIA Nº 81**

**TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEXTO TURNO**

**MINISTRA REDACTORA: DRA. SELVA KLETT**

**MINISTROS FIRMANTES: DRES. S. KLETT, F. HOUNIE, E. MARTÍNEZ**

Montevideo, 13 de abril de 2011.

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados **"Martínez, Mario c/ Kehyaian, Arakel y otro. Cobro de pesos.", IUE: 2-61963/2007**, venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de los recursos de apelación y de adhesión interpuestos por el actor y por los demandados, respectivamente, contra la sentencia definitiva Nº 43 de 23 de julio de 2010, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 7º Turno.

**RESULTANDO:**

1) Por la referida sentencia definitiva, el Sr. Juez *a quo* desestimó la demanda, sin especial condenación.

2) Contra este fallo, el accionante interpuso el recurso de apelación en estudio por entender, en síntesis, que:

a) La sentencia exige una prueba diabólica, acerca de la existencia del contrato. No se trata de un contrato solemne, sino consensual. Existe una contradicción en el fallo, al dar por probada la actividad del actor, pero por no acreditado el contrato de mediación.

b) Se acreditó la actividad del actor comol mediador. El actor se dedica profesionalmente a la mediación y tenía vínculos comerciales con los demandados, lo que surge de la prueba testimonial y de la inscripción, como empresa, ante el BPS en este rubro. Los demandados admiten la intermediación del actor en el negocio de compra de los padrones objeto de la litis y en el contrato de seguros de los bosques. La Sede no tomó en cuenta los testimonios decisivos de los partícipes del negocio, como los de los Sres. Pérez.

c) Fue el actor quien puso en contacto a las partes, ofreciendo los inmuebles rurales, porque los tenía en su cartera.

d) El actor fue quien se encargó de mostrar los campos, así como de recibir la oferta, en conjunto con el Sr. Pérez y el Ing. Cardona. No existe otra explicación para su acceso al inmueble.

e) Sin la intermediación del actor, no se hubiera concretado el negocio. Ello surge del correo electrónico enviado por Rafael Pérez al Esc. Carve, elemento que fue ignorado por la sentencia apelada. La validez del documento fue ratificada en autos, por la declaración de los involucrados.

f) Acerca de la actuación de Nicolás Kehyaian, no se comparte la conclusión del fallo de que fue el intermediario, porque el mencionado es familiar de los demandados (hijo y sobrino de los accionados), es hijo de la Abogada patrocinante y actuó como apoderado de su padre en el contrato preliminar. No se trata de un profesional dedicado a la intermediación, es un abogado comercialista. No existe prueba de que haya actuado como intermediario. Los integrantes de la parte compradora no lo reconocen como intermediario.

3) Conferido el respectivo traslado, la demandada adhirió al recurso de apelación, que refiere a su actuación en la audiencia preliminar, en la etapa de calificación de los medios de prueba ofrecidos por el actor (acta de fs. 138-139, providencias Nos. 2266 y 2268), expresando los siguientes agravios:

a) El correo electrónico enviado por Rafael Pérez al Esc. Carve no resulta admisible, porque fue enviado por una persona que no conocían y a un destinatario que tampoco conocían, ambas personas ajenas al juicio. El fallo no se pronunció expresamente sobre dicho documento. La prohibición del art. 175.2 CGP se funda en la necesidad de impedir que una parte preconstituya prueba a su favor, mediante el simple recurso de remitir una misiva a un tercero. Al resultar inadmisible, tampoco sirve como principio de prueba por escrito.

b) La prueba testimonial ofrecida por el actor tampoco resulta admisible, de conformidad con lo preceptuado por los arts. 154 CGP y 1595, 1597 y 1598 CC. El art. 1595 indica que deberá consignarse por escrito público o privado toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad cuyo valor exceda las 100 U.R. Tampoco existe principio de prueba por escrito, que habilite el diligenciamiento de la prueba testimonial. El actor no ha agregado ningún documento que emane de nuestra parte, puesto que no hubo ningún encargo ni nada semejante.

c) Debe condenarse al actor en costas y costos, por abuso de las vías procesales, por la mala fe con la que promovió este proceso.

4) Franqueada la alzada, llegados los autos al Tribunal el 11.11.10, luego del estudio correspondiente, se acordó sentencia en legal forma y se procedió al dictado de la presente decisión anticipada, por configurarse los requisitos del art. 200.1 CGP.

**CONSIDERANDO:**

I) La Sala, por el número de voluntades requerido por la ley (art. 61 inc. 1 LOT), habrá de confirmar los decretos Nos. 2266/2009 y 2268/2009 apelados con efecto diferido y habrá de revocar la sentencia definitiva, acogiendo la demanda. Efectuará, además, una precisión liminar acerca del alcance de la alzada y examinará los agravios en el orden lógico correspondiente.

II) El caso de autos

II.1) La pretensión deducida

En el caso, el actor demandó a Arakel Kehyaian y a Krikor Kehyaian por el cobro de la comisión correspondiente, por haber intervenido como intermediario en la venta de los padrones Nos. 3342, 8439, 10951 y 10952 de la 4ta. Sección de Durazno. El actor expresó que, como consecuencia de su intermediación, los inmuebles fueron enajenados a Rafael Pérez por la suma de U$S 1.450.000 y reclamó, en concepto de comisión, la suma de U$S 43.500.

II.2) La defensa

La parte demandada negó la intermediación invocada por el actor en el negocio objeto de estos autos, aunque reconoció que había intervenido como intermediario de los demandados en la compra de los padrones de marras, así como en el seguro de los bosques implantados. Al contrario, aseveró que la venta la tenía en exclusividad, primero, Gabriel Martino y, luego, Nicolás Kehyaian, según carta poder que adjuntó. Este último negoció con la empresa Eufores en la persona del Sr. Mastropierro y recibió en concepto de comisión el 1,5%, en lugar del 3% que de es estilo, por parte del Sr. Krikor Kehyaian, mediante una letra de cambio por valor de U$S 7.200, y, por parte del Sr. Arakel Kehyaian, con un pago en efectivo.

Manifestó, también, que desde que se tomó la decisión de vender los padrones de autos, se la dio a conocer informalmente a varios conocidos, amigos y parientes que se movían en el ámbito rural, entre ellos el actor. También consignó que, a fines de 2005, se decidió dar a la venta los inmuebles en exclusividad a un solo intermediario. De esta manera, se le otorgó primero, al Sr. Martino la venta en exclusividad por un período de noventa días y, más tarde, al Sr. Nicolás Kehyaian, por un período de un año renovable automáticamente por igual período. Esta decisión se comunicó a todos los que se mostraban interesados en ser intermediarios y se le aclaró expresamente al actor que si pretendía intermediar en el negocio sería pura y exclusivamente como comisionista designado por la parte compradora (fs. 67 vto. y 68).

Indicó, finalmente, que el intermediario exclusivo trabajó en ofrecer a la venta y en recibir ofertas para la compra de los campos por parte de varias empresas del rubro de la forestación (num. 4 de fs. 66 vto).

Asimismo, el libelo de contestación de la demanda desconoció el correo electrónico supuestamente enviado al Esc. Carve, profesional de Eufores, por los Sres. Pérez. A su vez, rechazó la prueba testimonial ofrecida por el actor, invocando las normas de los arts. 1594 a 1597 CC, es decir, la necesidad de acudir a la prueba documental para probar las obligaciones mayores a 100 UR. Por otra parte, afirmó que el actor carece de un principio de prueba por escrito, porque no existe ningún documento que emane de su parte, situación que excluye la prueba testimonial.

Esta breve reseña de los principales argumentos pone de manifiesto que, en puridad, la defensa de los demandados se centró en descalificar, de antemano, los medios de prueba ofrecidos por el actor, conducta que mantuvo en la audiencia respectiva (acta de fs. 138 y vto.) y en el recurso adhesivo.

En efecto, la accionada pretende que, por tratarse de obligaciones mayores a 100 UR, es imprescindible la prueba documental, no resultando aplicable el art. 1598 CC que habilita la prueba testimonial, al no existir un principio de prueba por escrito.

II.3) La sentencia

Como ya se expresó, la sentencia atacada desestimó la demanda, por considerar, en lo sustancial, que si bien se había probado la actividad del actor, este no debía ser amparado por cuanto no acreditó tener contrato de mediación con los vendedores, esto es, no había acordado la intermediación en la venta de los campos. Afirma, además, que la intervención del Sr. Nicolás Kehyaian resultó probada por la autorización exclusiva que se le otorgó, que no fue controvertida, que fue quien realizó la actividad de mediador.

III) Sobre el alcance de la alzada. La apelación adhesiva y el agravio eventual

En primer término, por razones de lógica corresponde precisar el alcance de esta instancia, en la medida en que la adhesión a la apelación de la demandada, gananciosa en el grado anterior, guarda relación con lo que se ha denominado agravio eventual, herramienta que sirve, precisamente, para mantener la línea defensiva instaurada, cuando el perjuicio no deriva de la sentencia, sino de la eventual modificación de la sentencia apelada por la contraparte, es decir, en virtud de una situación procesal que proviene del recurso del contrario.

Así, ha dicho la redactora en artículo doctrinario sobre el tema:

“Puede señalarse con la doctrina y la jurisprudencia que el agravio debe ser *actual* y *no eventual*. Con tal expresión quiere significarse que los concretos motivos de sucumbencia deben existir al momento de plantear la apelación, porque emanan del propio acto recurrido”.

“Sin embargo, en función de considerar el principio de acceso a la justicia y del debido proceso, se ha abierto paso una jurisprudencia que admite el agravio eventual o *ad eventum*, cuando el mismo surge no ya de la propia sentencia, sino de la posibilidad de modificación de ésta, en vistas al recurso de apelación introducido por la contraparte u otro litigante”.

“Veámoslo con un ejemplo: el actor deduce su pretensión contra dos sujetos, en forma alternativa; la sentencia de primera instancia absuelve a uno y condena sólo al otro; apela el condenado para que se revoque la sentencia a su respecto; el actor no apela, ya que no tiene agravio actual; la sentencia de segunda instancia hace lugar al agravio y absuelve al apelante. Aunque –jurídicamente- se considerara que correspondía la condena al absuelto en primera instancia, el principio de *non reformatio in pejus*, no permite la modificación de la sentencia; salvo el supuesto en que también exista agravio del actor, único caso en que el tribunal de segundo grado puede rever la absolución del otro co-demandado”.

“En definitiva entonces, el agravio puede provenir no ya directamente de la sentencia de primer grado, sino de la eventual modificación de la misma, en hipótesis en que la sentencia de segunda instancia hace lugar al recurso de la otra parte. En dichas situaciones, y aunque el agravio no sea actual –en el sentido de desde ya vinculado a la sentencia impugnada- se admite a la parte proponer un agravio eventual, para el caso de que la sentencia haga lugar a la apelación de la otra parte, situación que actualiza su agravio. En este caso, el actor debe utilizar el mecanismo de la adhesión a la apelación, regulado en las normas respectivas (arts. 253.1 inc. 2 y 254 num. 1). Dicho en otros términos: es la eventual sentencia de segunda instancia, dictada en función de los agravios de la contraparte que recibe, la que crea la situación de agravio del vencedor en la sentencia de primer grado, la que al momento de dictarse no le generaba agravio. Por ello se habla de agravio eventual: para la eventualidad de que una modificación producida por la recepción de la apelación de la contraparte signifique alterar la situación creada por la sentencia de primer grado” (Klett, S., Algunos temas de interés en el área de los medios impugnativos, RUDP 2/05, ps. 373-374; Perera, J., Apelación y Segunda Instancia, 2ª Ed. actualizada, Mdeo. 2009, p. 59).

Es evidente, para la Sala, que la demandada activó los mecanismos procesales adecuados, aunque sin explicitarlo debidamente: desde luego, su agravio devino actual, puesto que el actor promovió esta alzada para obtener la condena de su contraria. Para evitar esta situación, la demandada adhirió a la apelación para que el tribunal de segundo grado se pronuncie, previamente, sobre los recursos deducidos en la audiencia preliminar por su parte, con la finalidad de que se rechazaran determinados medios de prueba que, a su juicio, resultaban inadmisibles. En otras palabras, la parte demandada sigue postulando que la demanda no puede recibirse, y vuelve a hacer hincapié en la inadmisibilidad de algunos de los medios de prueba recibidos en el grado anterior.

Ello significa que, antes de considerar el tema de fondo, el Tribunal deberá pronunciarse acerca de la admisibilidad de los medios cuestionados por la parte accionada, para determinar si pueden considerarse válidamente incorporados al proceso y, en su caso, establecer su peso probatorio, con arreglo al proceso de valoración pautado por el CGP.

IV) Sobre la naturaleza del contrato de mediación. Acerca de las dificultades probatorias y el derecho a la prueba

Antes de proceder a examinar los agravios de la accionada relativos a la incorporación de la prueba documental y testimonial según se expondrá en el Considerando que sigue, el Tribunal estima del caso recordar, como marco previo y necesario, las principales características del contrato de mediación, las dificultades probatorias correspondientes al tipo contractual, con su inescindible vinculación con el derecho a probar.

En tal sentido, cabe consignar que el contrato de mediación es un contrato innominado, que tiene características propias, una figura autónoma independiente de los otros contratos que reglamenta el Código Civil, cuyo contenido consiste en poner en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio (Messineo, F., Derecho Civil y Comercial, t. VI, EJEA, 1979, ps. 63-64; Carnelli, S. El contrato de mediación, RDJA, t. 67, p. 34; Gamarra, R. y Larrañaga, L., El negocio de mediación o corretaje inmobiliario, ADCU, T. XXVII, ps. 517 y sgtes.).

Se trata, además, de un contrato consensual. Decía el inolvidable Juez Bermúdez, respecto de este tópico, que “el contrato de mediación o corretaje es consensual, existiendo, por ende, absoluta libertad de prueba, incluso, muchas veces se concluye tácitamente, cuando resulta del comportamiento recíproco observado por las partes” (J. L. Civil 13º, ADCU, T. XVII, c. 525).

En sentido similar, el TAC 5º, con anterior integración, reseñaba las dificultades que, en el ámbito probatorio, debía sortear el mediador para que, habiendo satisfecho adecuadamente el *onus probandi* respectivo, la sentencia condenara al pago de la comisión debida.

Así, la sentencia Nº 64/99, con la redacción de Van Rompaey, expresaba:

“Parecen notorias las dificultades probatorias que debe afrontar el mediador en la observancia de la referida carga, por cuanto en la intervención de este tipo de contratos agrarios el acuerdo de voluntades en punto a la prestación de sus servicios usualmente no se instrumentan, ni tampoco se desarrolla un ámbito de publicidad que facilite el aporte de información testimonial sobre la gestión realizada. Si ello no puede autorizar la concesión de franquicia probatoria alguna, sí impone el deseo de profundizar su tarea de análisis, valoración racional del material de convicción obrante en autos y, especialmente, prestar especial atención a los elementos indiciarios que convergen acumulativamente hacia la fundabilidad de la pretensión” (ADCU, T. XXX, c. 518, p. 190).

En sentido coincidente, ha expresado la redactora que “el principio de libertad de la prueba debe vincularse, fundamentalmente, con el debido proceso: debe consagrarse, con la mayor amplitud, la posibilidad de las partes de ejercer cabalmente sus derechos en el proceso (art. 11 CGP), lo que se logra cuando se encuentran en condiciones de aportar argumentos y pruebas que respalden su posición. El principio en examen abarca tanto la libertad de objeto como la libertad de medios, con las naturales limitaciones derivadas de la aplicación del principio de legalidad, que impone, en ese sentido, controles que pueden derivar en la imposibilidad de probar algunos hechos o en la imposibilidad de utilizar determinados medios”. Precisamente, se cita como ejemplo, las normas sustantivas que imponen la documental respecto de la prueba de las obligaciones (Cf. Klett, S.; Baluga, C.; Álvarez, F.; Castillo, J.; “Principios de la prueba en el sistema procesal civil”, RUDP 1/2000, p. 87).

Por ello, los autores de la cita concluyen que, en casos de duda, debe adoptarse un criterio amplio o flexible para la admisión de los medios probatorios y un criterio restrictivo para prescindir de algún medio (ob. cit. p. 88).

Del mismo modo, debe actuarse al interpretar los textos del Código Civil que admiten la derogación de la norma que preceptúa, para algunos casos, la necesidad de la prueba documental, por constituir el derecho a la prueba un componente determinante del debido proceso. Porque, la prueba debe desenvolverse en condiciones de lograr el mayor grado de eficacia, en un régimen garantista, en el que la libertad y la lealtad constituyan un marco adecuado para la recta interpretación del *sentido* de la legalidad (Cf. Klett, S. y otros, “Principios de la prueba…”, ob. cit., p. 87).

Bajo estas perspectivas se examinará la apelación adhesiva, que tiene, precisamente, como finalidad desterrar del pleito y negarle todo valor al correo electrónico agregado con la demanda y a la prueba testimonial producida *infolios.*

V) Sobre la apelación diferida de las providencias Nos. 2266/09 y 2268/09 dictadas en la audiencia preliminar

V.1) Reseña de actuaciones procesales relevantes

Las providencias mencionadas, Nos. 2266/09 y 2268/09, dictadas en la audiencia preliminar, fueron oportunamente recurridas por la demandada. A fs. 138 vto., se tuvo por interpuesto el recurso de apelación con efecto diferido contra el auto que admitió la agregación del correo electrónico enviado por Rafael Pérez al Esc. Carve. Del mismo modo, la accionada recurrió la providencia que admitió la declaración de los testigos propuestos.

En cumplimiento de los arts. 251 num. 3) y 254 num. 3), la parte demandada fundamentó los referidos recursos, al adherir a la apelación de la sentencia definitiva interpuesta por el actor, tal como se refirió en el Considerando II).

La posición de la demandada se funda en lo preceptuado por los arts. 154 CGP y 1595, 1597 y 1598 CC, en especial, el mandato del art. 1595 que indica que deberá consignarse por escrito público o privado toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad cuyo valor exceda las 100 U.R. Como el correo electrónico constituye una prueba inadmisible, -agrega- al tenor del art. 175.2 CGP, tampoco existe principio de prueba por escrito, que habilite el diligenciamiento de la prueba testimonial ofrecida por el actor.

V.2) Sobre la agregación de una carta misiva dirigida a un tercero: el correo electrónico

En cuanto al correo electrónico incorporado como medio probatorio, la parte demandada se agravió sosteniendo su inadmisibilidad, de conformidad con lo dispuesto por el art. 175.2 CGP.

Reza la norma en examen: “No serán admitidas como medios de prueba las cartas misivas dirigidas a terceros, salvo en materia relativa al estado civil de las personas, quiebra, concurso y en juicios de o contra el Estado y demás personas públicas”.

Al respecto, conviene establecer, como premisa, que se coincide con Caumont en que debe reconocerse el correo electrónico como una especie del género correspondencia, que abre las puertas para munirse de las reglas vigentes del Código Civil que refieren a las instancias de comunicación entre emisores y receptores, consignadas en soportes documentales, situación que reconduce la investigación a los clásicos temas de autenticidad –certeza en la autoría- y sinceridad de contenido, tópicos de previo esclarecimiento para establecer su aptitud probatoria en el conjunto de las restantes pruebas (Caumont, A., El correo electrónico y su aptitud probatoria civil, ADCU, T. XXXII, ps. 663-668).

Según la posición tradicional sostenida por Véscovi, para que la inadmisibilidad se configure, basta con que el destinatario sea un tercero, sin interesar quien sea el remitente, por lo que la nota remitida entre terceros no podrá presentarse (Véscovi, E. y otros, Código General del Proceso, anotado, t. 5, p. 262).

Por su parte, el Tribunal, adoptando la tesis de Benítez Caorsi, entiende que el art. 175.2 CGP “da por sobreentendido que (la carta) debe ser remitida por una de las partes del proceso, lo que permite incluir aquellas misivas dirigidas entre terceros. Parry explica –continua el autor de la cita- que cuando la carta es de tercero a tercero, la razón de la prohibición legal, en vez de aumentar, desaparece”.

Sin embargo, como apunta agudamente el autor, la introducción de la carta en un proceso está subordinada a su legítima posesión y, además, “ningún impedimento debe oponerse a la divulgación de su contenido, es decir, no debe ser confidencial y, si lo es, requiere el asentimiento del autor”. “Los obstáculos a vencer son dos, agrega el jurista, deberá reunir dos consentimientos, el del destinatario en tanto propietario que permitirá su uso y el del remitente, para obtener la supresión de la obligación de guardar secreto” (Benítez Caorsi, J., wwwlaleyonline.com.uy, D3485/2009, ps. 8-9; Cf. Devis Echandía, H., Teoría General de la Prueba Judicial, t. 2, Zavalía, 1988, ps. 586-587).

En este caso, el correo electrónico fue enviado entre dos personas distintas a las partes del proceso, quienes, además, al comparecer y reconocer el documento emitido, no formularon ninguna objeción, ninguna reserva, por lo que resulta regular y válida su incorporación al proceso, en tanto no se ha afectado ni el derecho de propiedad, ni el derecho intelectual del autor, ni el derecho a la intimidad, a la seguridad y al secreto e inviolabilidad de la correspondencia privada, principios consagrados en la Constitución, como ya se dijo (Cf. Viera, L. A., Prueba documental, Curso de Derecho Procesal, t. II. ps. 135-136).

Precisamente, como lo ha destacado la doctrina citada, el fundamento invocado por la recurrente para el rechazo de la prueba (fs. 222) cae ante la evidencia: la demandada no ha aducido derechamente que se trata de una prueba generada por la propia actora para su conveniencia. Por el contrario, no se trata de una prueba preconstituida por el actor, sino de un documento elaborado y dirigido entre personas distintas al proceso, que reconocieron la autoría y el contenido en sus declaraciones ante la Sede *a quo* (fs. 155, 156 vto. y 174 vto.).

Esta actividad procesal, el reconocimiento del documento en la audiencia complementaria de prueba, a la vez que proporciona un dato relevante para la consideración del documento, esto es, su autenticidad, descarta –de plano y definitivamente- cualquier afectación del principio que domina la materia, es decir, el relativo a la inviolabilidad de la correspondencia de rango constitucional (arts. 7, 28 y 72 de la Carta). Precisamente, “la eventual lesión a derechos fundamentales de los terceros” que constituye “la razón fundamental que trasunta la inadmisibilidad dispuesta en la norma” a las que alude la doctrina clásica (Véscovi, E. y otros, ob. cit., p. 263), no se configura en la especie.

En definitiva, el correo electrónico emitido desde la casilla de Rafael Pérez, de la empresa Pérez Rodríguez S.R.L., al Esc. Juan Carve que refiere a los datos básicos del negocio que, a la postre, se concretara (documento de fs. 37, ratificado en audiencia por los interesados), goza de la autenticidad requerida por el Ordenamiento Procesal respecto de los documentos privados emanados de terceros (Cf. Viera, L. A., Curso de Derecho Procesal, t. II, p. 142).

Más allá de la validez del correo electrónico como documento privado emanado de terceros ajenos a las partes, y de su consideración en el cúmulo probatorio, como se verá seguidamente, no constituye un documento con aptitud para constituir un principio de prueba por escrito habilitante de la prueba testimonial.

V.3) Sobre la necesidad de prueba documental para la prueba de las obligaciones mayores a 100 UR. La regla y las excepciones

Dados los términos de la pretensión, la tesitura de la demandada debe ser examinada en el contexto de las normas del Código Civil, Título IV, que regula el modo de probar las obligaciones y liberaciones, en todo lo que no haya sido previsto por el Código General del Proceso. En particular, debe apreciarse que los arts. 1594 a 1597 CC regulan las hipótesis de inadmisibilidad de la prueba de testigos, al tiempo que los arts. 1598 y 1599 consagran las excepciones a dicha regla.

De este modo, de conformidad con las previsiones de los arts. 154 y 544.2 CGP y del 1594 CC mantenido inalterado por la reforma de la Ley Nº 16.603, *“no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito (artículo 11)”*.

Precisamente, el art. 1598 inc. 1 establece que “la prohibición de la prueba testimonial, de que se trata en los artículos precedentes, no tiene lugar cuando existe ***un principio de prueba por escrito***” (los resaltados no son del texto).

Por su parte, el inc. 2 preceptúa que: “Hay principio de prueba por escrito: 1º) Cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en los artículos 1577, 1585 y 1593 inciso final. 2º) Cuando existe algún documento que emana del demandado o de quien lo represente, que haga verosímil el hecho litigioso”.

Esta excepción no debe confundirse con la regulada por el art. 1599 CC. Ambas normas, -los arts. 1598 y 1599 CC- constituyen excepciones a la regla de la inadmisibilidad de la prueba testimonial, derivada de la necesidad de contar con la prueba documental correspondiente. El art. 1598 regula el principio de prueba por escrito, estableciendo dos supuestos, como se expresó. Por su lado, el art. 1599, como lo consigna el propio acápite, se refiere a los *casos en que la falta de prueba escrita no se puede imputar de modo alguno a la persona, por resultar de la fuerza de las cosas.*

Veamos, pues, si, en el caso de obrados, se configura alguna de las hipótesis legales que justifican el quiebre de la prohibición legal de demostrar la existencia de las obligaciones mayores a 100 UR mediante la correspondiente prueba documental (art. 1594 CC).

V.4) El principio de prueba por escrito

Entiende el Tribunal que si el inc. 2 del art. 1598 preceptúa que existe principio de prueba por escrito ***“cuando existe algún documento que emana del demandado o de quien lo represente, que haga verosímil el hecho litigioso”***, la primera línea de investigación en esta causa habrá de ser la de establecer si existe un documento que posea estas características.

El primer requisito es, pues, que exista un documento escrito, de existencia real y material. Entonces, si bien puede aceptarse un concepto amplio de ***documento***, no es posible basarse en otros medios de prueba que sustituya la base que da pie, precisamente, al principio de prueba, es decir, un documento.

Es evidente para la Sala que este documento, emanado del demandado, sobre el que se podría sustentar la verosimilitud del hecho litigioso, no existe en el *sub judice*, y ni siquiera así lo ha invocado concretamente el actor, ante la negativa cerrada de su contraria sobre la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos por su parte.

Pero, veamos entonces la otra excepción a la que se aludió antes, que ha sido preterida por la distinguida abogada de los demandados.

V.5) Las hipótesis del art. 1599 CC: la falta de la prueba escrita resulta de la fuerza de las cosas

Como ya se adelantó, el art. 1599 constituye la otra excepción que habilita la producción de prueba testifical.

Como lo consigna el propio acápite de la norma, el supuesto refiere a los ***casos en que la falta de prueba escrita no se puede imputar de modo alguno a la persona, por resultar de la fuerza de las cosas****.*

En este sentido, expresa Peirano que el art. 1599, en el acápite, antes de mencionar los cuatro casos, sienta un principio general, principio incorporado por el Código Civil francés que no figuraba entre los antecedentes. Agrega el autor que, según la doctrina, existen tres clases de imposibilidad de proporcionarse prueba escrita: la imposibilidad de carácter material, la imposibilidad de carácter moral y la imposibilidad derivada del uso o costumbre de no redactar escritos para cierto tipo de actos o contratos (Peirano Facio, J., Curso de Obligaciones, t. V, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, Mdeo. 1957, ps. 193-200).

Al decir de Devis Echandía, la excepción “se basa, sin duda, en un concepto de justicia y equidad elemental, porque resultaría absurdo exigirle a una persona que presente una prueba que le era imposible obtener” (Devis Echandía, H., Teoría General de la Prueba Judicial, t. 2, Zavalía, 1988, ps. 208-213)

En opinión del Tribunal, es este el supuesto de obrados. Como ya se expresó, el contrato de mediación constituye un contrato consensual, que no se consigna por escrito, por tratarse de la costumbre nacional, de los usos comerciales sobre este tipo de relación convencional, en materia de intermediación de bienes inmuebles (Cf. sentencia del TAC 5º, Nº 64/99, en ADCU, T. XXX, C. 518, p. 190).

Esta forma de contratación, que prescinde de la documentación, constituye un hecho notorio que no requiere ser probado (art. 138 CGP), como también lo constituye la circunstancia de que, en muchas ocasiones, en muchos negocios, “se comparten honorarios”, porque interviene más de un intermediario, uno por la compradora y otro por la vendedora, como aconteció en la especie, según lo afirma la contestación (fs. 68), y que el precio de la intermediación de bienes inmuebles es del 3% del valor de la venta.

Por consecuencia, la admisión de la prueba testimonial decretada por la Sede *a quo* respondió a una de las hipótesis de excepción reguladas por el art. 1599 CC, que debe invocarse de oficio, por tratarse del Derecho aplicable (art. 197 inc. 3, tramo final). De todos modos, entiende el Tribunal que la actuación del Sr. Juez *a quo* respecto al medio de prueba ofrecido fue la correcta. En efecto, solo adelantando opinión –prejuzgando- sobre la naturaleza del contrato de mediación podía el decisor declarar inadmisible la prueba testifical ofrecida.

Ya ha tenido oportunidad de postularlo la redactora al analizar el poder-deber que concierne al tribunal de desestimar, en la audiencia preliminar correspondiente, aquella prueba que resulta inadmisible, manifiestamente inconducente, manifiestamente impertinente o innecesaria. En efecto, -ha sostenido- toda vez que exista una duda atendible sobre la admisibilidad de un medio de prueba, la existencia de un verdadero ***derecho a la prueba***, de rango constitucional por vincularse con el debido proceso, debe conducir a un criterio amplio para adoptar una decisión en la etapa de la audiencia respectiva, so riesgo de dejar inerme la pretensión o la defensa. Posteriormente, con todos los elementos de juicio, podrá el sentenciante realizar una nueva calificación de la situación, al socaire del art. 216 CGP (Klett, S.; Baluga, C.; Álvarez, F.; Castillo, J.; “Principios de la prueba en el sistema procesal civil”, en R.U.D.P., 1/2000, p. 88). VI) Acerca del mérito de la pretensión deducida

VI.1) El error del fallo en el proceso de valoración de la prueba

Como ya lo anticipó la Sala, el agravio de la parte actora resulta de recibo, por cuanto no se coincide con el fallo atacado respecto del proceso de valoración de la prueba y, en particular, con sus conclusiones.

En efecto, a juicio de la Sala, existió un error en el método utilizado en el proceso de valoración de la prueba, en el que no se atendió a determinadas reglas y principios, propios de dicho proceso.

Ya ha tenido oportunidad de manifestarlo la redactora, en términos que comparte el Tribunal:

“El método de valoración de la prueba, según lo concebimos, debe cimentarse sobre garantías esenciales, debe desenvolverse de acuerdo a ciertas pautas y principios cardinales, para lograr su objetivo: permitir el convencimiento del juez, arribando a determinado grado de lo que denominamos "certeza razonada, objetiva y objetivada mediante la debida fundamentación del fallo.” Agrega, más adelante, que entre las coordenadas y los instrumentos procesales según los cuales debe llevarse a cabo el proceso de valoración de la prueba se encuentra la imparcialidad del juzgador y los principios de la prueba, legalidad, dirección, inmediación, buena fe, interés público de la función de la prueba, unidad, comunidad y adquisición procesal (Klett, S., Hacia una sentencia justa: valoración de la prueba y perfil del juez, Judicatura, Nº 44, ps. 229 y sgtes., en particular, ps. 234-251).

En sentido similar, enseña Viera que muchas veces la prueba sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda, apreciada aisladamente, constituyen meros indicios, pero **apreciada en su conjunto,** llevan a la convicción del hecho a probar. Justamente, esto es lo que el art. 140 del CGP ordena hacer al juzgador, apreciar cada una de las pruebas, y todas en su conjunto, racionalmente, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa. El principio de unidad de la prueba –recuerda- implica que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad y como tal debe ser examinado y apreciado por el juez para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme (Viera, L. A., “Valoración de la Prueba”, Anales del Foro, Nº 109-110, 1992/1993, ps. 33 y 34).

Así, ha dicho relevante doctrina, respecto de un instrumento fundamental para el esclarecimiento de la verdad, en particular, para determinado tipo de procesos: “La razón o el fundamento del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él el hecho desconocido que investiga. Cualquiera que sea la naturaleza del razonamiento, la fuerza probatoria de los indicios, supuesta la prueba plena de los hechos indiciarios, depende de la mayor o menor conexión lógica que el juez encuentra entre aquéllos y el hecho desconocido que investiga con fundamento en las reglas generales de la experiencia o en las técnicas”.

En lo concerniente a la eficacia probatoria de los indicios contingentes, se requiere que sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes. Y continúa el ilustre procesalista: “Puesto que los indicios se pesan y *no se cuentan*, no basta que aparezcan probados en número plural; es indispensable que examinados en conjunto produzcan la certeza sobre el hecho investigado y, para que esto se cumpla, se requiere que sean graves, que concurran armónicamente a indicar el mismo hecho y que suministren presunciones que converjan a formar el convencimiento en el mismo sentido” (Devis Echandía, H., Teoría General de la Prueba Judicial, Zavalía, 1988, t. 2, ps. 623 y sgtes.; los subrayados son del texto).

Por su parte, la redactora concluyó, sobre el tema, expresando que el método científico de apreciación de la prueba supone la realización de una labor que se desarrolla en etapas, gradualmente, que exige del examen singular de los medios, respecto de cada cuestión fáctica o cada conjunto de hechos; luego, deben confrontarse con otros medios de la misma categoría; posteriormente, deberán examinarse a la luz de los restantes medios de prueba. En definitiva, “el proceso intelectivo comprende un examen y reexamen de los hechos, de las pruebas consideradas en sí mismas y en el conjunto del material probatorio, en un ir y venir de los hechos a las pruebas y de las pruebas a los hechos; en fin, en el manejo de un método que implique necesariamente que todas las alternativas posibles sean valoradas constantemente en pie de igualdad, sin juicios apriorísticos que enturbien el resultado”. En otras palabras, “se debe indagar sobre las alternativas contrarias a las ya asumidas poniendo en la balanza las diversas hipótesis imaginables, para recién en ese estado hallar la solución” (Klett, S., Hacia una sentencia justa…, ob. cit., ps. 236-238).

Como decía el TAC 5º, en el fallo citado (Nº 64/99), sin concesiones de especie alguna, mediante una valoración racional del material de convicción obrante en autos y, en especial, del examen singular y conjunto de los elementos probatorios es que se puede arribar a la condena anunciada. Por ello, habrá de examinar el Tribunal los hechos que se consideran relevantes para la correcta dilucidación de esta litis: a saber, los extremos que constituyen los antecedentes necesarios de la actividad de intermediación; el desarrollo de la actividad de intermediación, propiamente tal, el ofrecimiento de los bienes en venta, la visita de los inmuebles rurales, el contacto con el Escribano de la vendedora; la intervención del Sr. Nicolás Kehayian.

En definitiva, habrá de examinar la prueba de cargo y de descargo, en función de los hechos alegados en la pretensión y en la defensa.

VI.2) La condición de intermediador del actor. Los antecedentes en la intermediación en la compra de los inmuebles

Entiende la Sala que existe un punto de partida que no puede soslayarse. Así, como dato relevante que ambienta los acontecimientos, el actor, Mario Martínez, es titular de una empresa unipersonal inscripta en el BPS (fs. 36), que actúa en el giro de intermediación, de manera profesional. Este constituye un hecho no controvertido, según el art. 130 CGP y fue afirmado por personas que se hallan en el ramo y reconocen al actor como “colega” (ver declaración de Ruben Pérez, fs. 155 y vto., que lo identifica con el “negocio de tierras”, como rematador y con la profesión de Ingeniero Agrónomo; ver, también, deposición de Rafael Pérez, fs. 174).

En esta calidad, en el año 1996, el actor actuó como intermediario en la compra de los inmuebles de autos, asistiendo a los demandados, los hermanos Kehyaian, y como corredor de seguros respecto de los bosques, hechos expresamente admitidos por aquellos (fs. 66). Por lo tanto, toda la actividad propia del giro o de la profesión debe entenderse realizada en ese marco y resulta, desde luego, onerosa.

VI.3) La intervención del actor como intermediario de la vendedora. El conocimiento del actor proviene de los futuros vendedores. La inclusión de los inmuebles en la cartera del actor

Como indicio relevante de la actividad desplegada por el actor en los hechos concretos de esta causa, el Tribunal trae a colación el extremo de que los hermanos Kehyaian admitieron haber puesto en conocimiento del actor su interés en la venta de los campos (fs. 66 de la contestación). Ninguna incidencia tiene la calificación que se efectúa en el libelo mencionado de que se trató de un conocimiento “informal”, desde que se dirigía a quien ejercía, por ese entonces, la actividad específica –intermediación en el ámbito rural- que requerían los demandados para lograr su objetivo.

Por lo demás, no se brinda ninguna explicación razonable, acerca del hecho de haber proporcionado tal información a quien ya había intermediado en la compra de los mismos campos. Cualquier circunstancia excepcional, que justificara una conducta en tal sentido, debió invocarse y probarse por quien la adujo. Desde luego, no puede dejar de observar el Tribunal que ese conocimiento informal pudo haberse transmitido –en esa calidad- a parientes y amigos. Pero, esa no era la situación del actor respecto de los demandados, con quienes tenía únicamente una relación profesional, de carácter comercial.

En otro orden, los participantes decisivos en la concreción del negocio, los que intermediaban por la compradora, los Sres. Pérez de la firma Pérez-Rodríguez SRL y quien representaba a la empresa Eufores, el Ing. Cardona, declararon que ***el actor tenía los inmuebles y los montes en su cartera*** y que actuaba ***por los vendedores.***

Según el testigo Ruben Pérez, “Martínez les había ofrecido esos montes, porque él los tenía en su cartera y les ofreció porque habían intervenido antes en compras para Eufores” (fs. 155 y vto.). A su vez, Rafael Pérez expresó que “fue el actor que intervino en la venta del campo y se los ofreció por la parte vendedora” (fs. 174). Más adelante, en su declaración en audiencia, señaló que “Martínez representó siempre a los vendedores y él lo manifestaba de esa manera. Un buen tiempo antes de concretar la compraventa, ya Martínez ofrecía los campos” (fs. 174 vto.).

Por su lado, el Ing. Cardona afirmó: “al actor lo conoce de cuando Eufores compró unos campos donde el comisionista era Martínez”. Y agregó: “Martínez actuaba por los propietarios y Pérez por Eufores”. Explicó, además, que “su tarea es la de valorar el monte y el campo y la suma de ambos da el precio a ofrecer”. “Entiende que Martínez era el comisionista por los vendedores, porque Pérez lo presentó así en el momento de la visita” (fs. 175 y vto.).

VI.4) La actividad de intermediación: la visita y recorrido del campo y de los montes. El acceso a los padrones ofrecidos. La transmisión de las ofertas

En opinión del Tribunal, surge de la prueba rendida en obrados que fue el actor quien puso en contacto a las partes, ofreciendo los inmuebles rurales objeto de la compraventa y realizando las actividades instrumentales para la concreción del negocio.

Según el testigo Ruben Pérez quien, ya se dijo, actuó como intermediario en el negocio para Eufores, “Martínez les había ofrecido esos montes, porque él los tenía en su cartera y les ofreció porque habían intervenido antes en compras para Eufores” (fs. 155 y vto.).

Recordó que “***en una primera vez, Martínez les ofreció esos campos y montes, los visitaron y surgió que había mucho monte perdido, por lo cual el negocio no siguió***” (fs. 155 vto.). Agregó que, “más tarde, luego que Eufores compró campos en la vuelta, ***le fue ofrecido nuevamente por Martínez***, el declarante habló con ***Mastropierro*** y este le ***dice que ahora hay interés en la negociación***. Martínez actuaba a nombre de los dueños de la tierra” (fs. 155 vto.). Finalmente, aseveró que “nadie más les ofreció esos montes y campos” (fs. 155 vto.), afirmación sustancial, como se verá más adelante, que coadyuva a descartar la intervención del Sr. Nicolás Kehyaian en la concreción del negocio que genera la comisión adeudada.

De las declaraciones que anteceden, emerge acreditado que el 7 de marzo de 2007 el actor concurrió al campo con el Sr. Ruben Pérez y con el representante de la empresa Eufores, Ing. Cardona, habiéndose realizado un recorrido por todo el inmueble. Este hecho no controvertido resulta verosímil por la fecha en que se concretó el negocio, el 21 de marzo de 2007, a pocos días de las tratativas, según lo expresan Ruben Pérez( fs. 155 vto.), Rafael Pérez (fs. 174) y el Ing. Jorge Cardona (fs. 175). La visita y recorrido fueron descriptos así por el testigo Ruben Pérez: “Mostró con Martínez al Sr. Jorge Cardona para Eufores S.A. esos padrones. Recorrieron los montes y los midieron” (fs. 155). Más adelante expresó que “esa visita llevó casi un día y Martínez era quien tenía los planos del campo y montes”. Y agregó que “Martínez actuaba a nombre de los dueños de la tierra” (fs. 155 vto.).

Preguntado por la demandada, afirmó que “al encargado del campo y al Ing. Juan ***les habían comunicado los dueños por teléfono la autorización para la visita de los campos y montes***, por eso el encargado fue desde otro campo, en moto a abrirles las porteras que están todas con candado” (fs. 155 vto.). Cabe aclarar que el Ing. Juan es quien tenía los campos en pastoreo, situación que continuó aun luego de la compraventa, según fluye de la declaración del Ing. Jorge Cardona (fs. 175 vto.).

A su vez, Rafael Pérez, una vez que consignó que el actor intervino en la venta del campo por la parte vendedora, aseveró: “Como colega les ofreció los campos y nosotros se los mostramos a dos clientes (el Ing. Eduardo Rodríguez y el Ing. Cardona por Eufores)” (fs. 174). Adicionó que “cuando mostró estos campos, estaba presente el actor. Nosotros siempre hablamos con Martínez para visitar los campos. La llave para entrar al campo la consiguió Martínez. De la exhibición que le hicimos a Eufores a la compraventa llevó pocos días. Se le pasó una oferta de precio al actor, se negoció el precio y el negocio salió bien” (fs. 174 y vto.).

Por su parte, el Ing. Cardona declaró que “trabajando para Eufores le ofrecieron el campo Pérez y Martínez, estos dos le mostraron los campos, les hizo una oferta para que la transmitieran a los vendedores y los comisionistas le dieron la contestación de la aceptación de los vendedores. El declarante pasó a Eufores las condiciones aceptadas, el directorio aceptó y todo el negocio pasó al escribano para que lo realizara. Los campos los vio una sola vez con Martínez y Pérez. El negocio se habrá concretado al mes de ver los campos. Fuera de Pérez y Martínez no hubo ninguna otra persona que interviniera en el negocio con el declarante”. Más adelante, sostuvo: “Martínez lo llevó a los campos para mostrárselos, el campo estaba arrendado en pastoreo… La visita le llevó, por lo que recuerda, unas tres horas”. En cuanto a su labor posterior a la visita, dijo que “luego de la visita hace un informe, compara el precio pedido con el valor que le da y si están de acuerdo se informa a España y si allá aceptan se transmite a Uruguay y se acepta el negocio”. Aclaró que Mastropierro “es gerente de patrimonio de Eufores, él recibe el campo comprado y lo incorpora al patrimonio de la empresa” (fs. 175 y vto.).

La visita a los campos y montes y el extenso recorrido de todo el día que realizaron el actor, los intermediarios de la compradora y su representante, solo pueden explicarse, razonablemente, por el desarrollo de la gestión de intermediación activa del actor (Cf. sentencia Nº 64/99 del TAC 5º). La peregrina tesis de la accionada, manejada en el alegato de bien probado, acerca del irregular ingreso del actor, ha quedado despojada de todo sustento probatorio.

Por otra parte, la visita del inmueble rural forestado requiere de algunas consideraciones: se debe contar con el plano y hacer una evaluación “del estado sanitario de los árboles, la edad de la plantación y, lo más importante, la cantidad de madera en sus variedades”, para poder establecer el valor, tarea específica que, como se estableció, le correspondía al Ing. Cardona (declaración de fs. 175 vto.). Este, además, declaró que “cuando fueron a ver el campo les abrió un señor que sería el casero o algo así y habló con Martínez” (fs. 175 vto.).

La primera oferta, que ascendía a U$S 1.280.000, le fue comunicada al actor por el Sr. Rafael Pérez y transmitida a sus clientes (ver declaración de Mastropierro, fs. 158 vto.). Posteriormente, el 21 de marzo de 2007, se logró mejorar la oferta, que llegó al precio final, es decir, US$ 1.450.000, fijándose la fecha para la firma del boleto de reserva para el día 23 de marzo. El informativo testimonial sostiene, en bloque, que existía apuro para formalizar el negocio, porque había otros oferentes, otros interesados (ver declaraciones contestes de Rafael Pérez, fs. 174 vto.; Carve, fs. 156 vto.; Cardona, fs. 175). Esta situación de premura explica, también, la llamada telefónica que hiciera, directamente, el Sr. Rafael Pérez al Sr. Nicolás Kehyaian, a los solos efectos de brindarle el teléfono del Escribano del comprador (fs. 174 vto.).

El día 21 de marzo el Sr. Rafael Pérez, por orden el Ing. Mastropierro “que es el encargado de la Sección compras de Eufores”, envió un correo electrónico al Esc. Carve (profesional de la empresa Eufores), con las bases del negocio, donde figura expresamente el nombre del actor como intermediario por la parte vendedora (documento de fs. 37). Según declaró Ruben Pérez: “Al Esc. Carve le mandaron mail (fs. 37) de cómo está clasificado el monte y los años de plantación, el mail se lo mandaron al Esc. Carve de Eufores por orden del Ing. Mastropierro que es el encargado de la sección compras de Eufores. Martínez iba como comisionista y le hicieron saber a Carve que los comisionistas eran Martínez y el negocio inmobiliario del declarante que se llama Pérez Rodríguez S.R.L.” (fs. 155). El Esc. Carve manifestó que, en el boleto, los Sres. Nicolás e Ignacio Kehyaian “invocaron” ser intermediarios y que el mail que se había enviado con otro contenido estaba equivocado (fs. 156 vto.).

De la información registral glosada a fs. 3-35 y de los documentos incorporados a fs. 50-54 y 55-63 por los demandados, surge la realización del contrato preliminar el día 23 de marzo de 2007 y luego la promesa de compraventa, el día 24 de abril de 2007, entre los demandados y la empresa Eufores S.A. Va de suyo, pues, que la intervención del actor permitió la concreción del negocio.

Por último, desea poner de manifiesto la Sala que puesto que el negocio se hizo efectivo con la empresa Eufores, ***la declaración de quien intervino efectivamente en la negociación***, el Ing. Cardona, así como el testimonio brindado por la comisionista de la parte compradora, los Sres. Pérez, de Pérez-Rodríguez SRL, ***adquieren particular relevancia***. Estas deposiciones coinciden en que fue el actor la persona que intervino en la intermediación del negocio, con el resultado sabido.

En este marco, pues, los otros testimonios, invocados por la demandada en la defensa de su tesis, no pueden ostentar el mismo valor de convicción: 1º) ***porque no refiere concretamente al negocio que dio origen a la comisión objeto de la reclamación*** (testimonio de Sebastian Ferres, fs. 158); 2º) porque describe algo que sabe ***de oídas*** (deposición de Mastropierro, que no conoce, personalmente, todas las vicisitudes del vínculo, fs. 159); 3º) porque emana de un familiar de los demandados, que también fue ***intermediario exclusivo***, que sabe que tenían otro intermediario y que intervino a pedido de los demandados (ver la declaración del Ing. Martino, fs. 159 vto.).

Llama la atención del Tribunal la circunstancia de que este acuerdo de exclusividad no se haya hecho constar en algún documento, como sí aconteció cuando los involucrados fueron los Sres. Nicolás e Ignacio Kehyaian, extremo este que tampoco explicó la demandada.

VI.5) No existió actividad de intermediación del Sr. Nicolás Kehyaian

La parte demandada adujo, como una de las defensas de fondo, que el verdadero intermediario en la operación que finalmente se concretó había sido el Sr. Nicolás Kehyaian.

Varias son las cuestiones que deben examinarse con relación a la supuesta intervención del Sr. Nicolás Kehyaian.

Al respecto, considera la Sala que no existió actividad de intermediación, ni siquiera *ocasional*, del Sr. Nicolás Kehyaian, conclusión a la que se arriba, de conformidad con los postulados y pruebas que se consignan a continuación.

a) El carácter de representante del Sr. Nicolás Kehyaian excluye su condición de intermediario

La doctrina y jurisprudencia vernáculas afirman que “el contrato de mediación tiene por contenido poner en relación a una o más personas para la concertación de un negocio jurídico a través de una de las partes llamada mediador, ***sin estar ligado a ninguna de ellas por vínculos de colaboración, dependencia o representación***. Su finalidad importa lograr la celebración de un negocio principal, y quien formula el encargo se obliga a abonar la comisión si este se concreta” (TAC 1º, ADCU, T. XVII, c. 523; TAC 7º, ADCU, T. XXXVII, c. 506, p. 220).

Pues bien, es la propia accionada quien manifestó la doble condición del Sr. Nicolás Kehyaian de intermediario y representante. En este sentido, en el num. 4 de la contestación de la demanda, se expresó que el Sr. Nicolás Kehyaian actuaba “en su ***doble calidad de intermediario*** de la parte vendedora y de mandatario especial ***en nombre y representación***…” (fs. 67). Pero, además, para despejar cualquier duda, fue la propia demandada la que proporcionó la prueba documental que excluye la condición de intermediario invocada en su defensa, al adjuntar, a su libelo defensivo, el poder especial, del que surge el encargo de realizar la venta de los inmuebles rurales (cláusula 1ª, fs. 46), la carta poder glosada a fs. 48-49, en la que consta, con meridiana claridad, la condición de representante del Sr. Arakel Kehyaian del mencionado curial para que suscriba y otorgue el contrato preliminar, denominado boleto de reserva (fs. 48, cláusula 2ª), y el contrato preliminar de donde dimana la actuación de Nicolás Kehyaian como representante de Arakel Kehyaian (comparecencia a fs. 50).

Como lo ha consignado este Tribunal *ut supra*, una calidad resulta excluyente de la otra, según la doctrina y jurisprudencia que, sin fisuras, ha ido estableciendo, durante décadas, los perfiles de este contrato y sus consecuencias jurídicas.

b) La prueba documental agregada con la contestación no demuestra la actividad de intermediación invocada

Ha pretendido la accionada en su descargo, que el actor no intervino como intermediario, porque tal actividad la había desplegado el Sr. Nicolás Kehyaian.

Pues bien, en opinión del Tribunal, existen diversos elementos de prueba que permiten descartar tal aseveración.

En tal sentido, cabe desterrar, como medios de prueba que permitan demostrar la afirmación en que funda su defensa la accionada, los documentos mencionados por aquella como definitorios de la situación.

En efecto, para este órgano de alzada, los documentos presentados al contestar no ostentan la idoneidad ni la fuerza probatoria que le atribuye la demandada.

Para ello, debe establecerse la naturaleza de los documentos presentados con la contestación y, en particular su valor frente a terceros, es decir, del poder especial de fecha 13.6.2006 y de la carta poder del 16.3.2007, lucientes a fs. 46-47 y fs. 48-49, respectivamente.

En lo que concierne al denominado “poder especial”, se trata de un documento público, cuyas firmas están debidamente certificadas y que, como tal, hace plena fe de la fecha y del hecho de haberse otorgado (art. 1575 CC), valor probatorio que alcanza a las partes de este proceso. Asimismo, posee pleno valor entre los otorgantes respecto de las obligaciones en él consignadas (art. 1576 CC).

Acerca de su naturaleza jurídica, es clara la deposición de la Esc. Matteo, profesional interviniente en el otorgamiento, quien lo califica como un “contrato de comisión en exclusiva”, en concordancia con la cláusula 1ª del documento (la cláusula luce a fs. 46; la declaración testimonial, a fs. 159).

Sin embargo, como tal, como documento que consigna la existencia de una convención entre terceros, no resulta oponible al actor de este proceso: las obligaciones en él consignadas resultan indiferentes al reclamante, su valor es *res inter alios acta*. En otros términos, en nada pueden afectar el derecho a probar del actor en contra de lo manifestado en él, según lo consigna, claramente, el art. 1580 CC.

De todas formas, la mera consignación del acuerdo entre partes de que la venta se encargaba en exclusividad al Sr. Nicolás Kehyaian no implica *per se* el estricto cumplimiento de tal convención. Existe un largo camino –que debió recorrer la accionada- para tal demostración.

Por el contrario, la declaración del Ing. Martino, pariente lejano de uno de los accionados, demuestra que al tiempo de cumplir con sus obligaciones emanadas –también- de un contrato de comisión con exclusividad (fs. 66 de la contestación), los demandados contaban con ***otro intermediario***. Expresó el mencionado profesional que los demandados “le comentaron de alguna vez que tenían otro intermediario, pero no le dijeron quién era” (fs. 159 vto.). Ello significa que la mera mención de la exclusividad no significa un óbice para su vulneración.

Por otro lado, la carta poder, según la cual se confirió poder al Sr. Nicolás Kehyaian para actuar en nombre y representación del Sr. Arakel Kehyaian en el contrato preliminar denominado boleto de reserva, constituye un documento privado, con firma autenticada. Como tal, como documento privado, su eficacia probatoria se halla vinculada a algunas de las hipótesis reguladas en el art. 1587 CC, en especial, con lo consignado en el num. 1º que refiere a que “la fecha de un instrumento privado no se contará respecto de terceros, sino: 1º Desde el día de su exhibición en juicio o en cualquiera repartición pública, cuando quedase allí archivado”. En consecuencia, este documento no puede invocarse respecto del actor, sino desde el día de la nota de cargo de la contestación de la demanda (24.3.08, fs. 70 vto.).

De todas formas, también respecto del contenido del documento resulta de aplicación la máxima de que el tercero puede desconocer el contenido del documento, mediante cualquier medio de prueba (arts. 1580 y 1605 CC).

Del mismo modo, la referencia a la calidad de comisionista de los Sres. Ignacio y Nicolás Kehyaian por la parte vendedora, estampada en la cláusula decimosexta del contrato preliminar (fs. 54), no posee ningún valor probatorio para zanjar el litigio entre las partes. Tampoco resulta determinante la letra de cambio emitida a la orden del Sr. Nicolás Kehyaian por la suma de U$S 7200 (fs. 64), por cuanto el referido documento no establece –y no podría hacerlo por su propia naturaleza- a qué concepto respondió esa orden, la que pudo haber sido perfectamente emitida por otras razones, si se considera su relación de parentesco con los vendedores.

Tampoco se ha explicado por qué razón en el “poder especial” la asignación de la mediación se hace a Nicolás Kehyaian “en exclusividad”, y en el contrato preliminar aparece este y su hermano Ignacio actuando como comisionistas (fs. 46 y 54). Ni tampoco se explicó por qué razón la letra –con la que según afirman los demandados canceló el Sr. Krikor Kehyaian la obligación emergente de la mediación- fue emitida solo a nombre de Nicolás (fs. 64).

En fin, ninguna de estas probanzas tiene peso convictivo suficiente, porque, precisamente, de lo que se trata en este proceso es de demostrar ***quién realizó, efectivamente, la labor de intermediación.***

c) Los indicios recabados en el proceso corroboran la tesis de la demanda y descartan la posición de la defensa

Las reglas de la sana crítica vienen en auxilio de la Justicia para dirimir el conflicto.

En efecto, no puede resultar indiferente, en este tipo de negocios, donde se necesitan idoneidades o aptitudes (expertise) y contactos personales, que el actor sea Ing. Agr. de profesión, pero que, además, se dedique a la profesión de intermediación de inmuebles rurales. Como se dice en el fallo del TAC 5º, el primer indicio relevante es que el actor se dedica –es su modo de vida- a la intermediación (sentencia Nº 64/99).

Tampoco lo es que el Sr. Nicolás Kehyaian sea de profesión abogado, comercialista, especializado en crear sociedades anónimas (declaración de Esc. Matteo, fs. 159 vto.), que no se dedique a esta actividad, sino ocasionalmente. Bajo parámetros parecidos se revela la actuación del “otro intermediario exclusivo”, Ing. Martino, quien declaró que es gerente de una empresa que se dedica a plantaciones, que no se dedica a la actividad de intermediación y que lo hizo “a pedido de los familiares” (fs. 159 vto.).

Por otra parte, la demandada no realizó un esfuerzo probatorio conducente y eficaz para despejar la duda que se cierne sobre la veracidad de la afirmación relativa a la intermediación del Sr. Nicolás Kehyaian, desde que no resulta una afirmación compatible con el principio de normalidad. Si bien existe un testimonio referido a la intermediación por parte del Sr. Nicolás Kehyaian respecto de los campos, donde se describen contactos y tratativas llevadas a cabo con otros interesados (declaración de Ferres, fs. 158 y vto.), debe ponerse de relieve que ***no se trata de la mediación concerniente al negocio finalmente concertado con Eufores.***

Tampoco se puede soslayar la afirmación de Ferres en el sentido de que “Nicolás es abogado, era la primera vez que lo veía como intermediario” (fs. 158 vto.), versión que coincide con la de Mastropierro (fs. 159) y con la de la Escribana de los vendedores. Así, la Esc. Matteo aseveró que “Nicolás es abogado y se dedica a la formación de sociedades anónimas, no sabe si habitualmente interviene en la intermediación de campos y bosques”. Agregó, por cierto, un dato relevante en esta litis: “Nicolás trabajaba en el estudio de Posadas y luego de retirarse del mismo se le dio la intermediación, como una forma de ayudarlo en la independencia laboral” (fs. 159 vto.).

Por supuesto que no escapa al criterio del Tribunal que nada impide que “el carácter de mediador lo puede asumir, *aun ocasionalmente, cualquiera*, y que es mediador quien simplemente *participe* en una relación de mediación” (Cf. Messineo, F., ob. cit. p. 65). Sin embargo, el cúmulo probatorio examinado y, en particular, las reglas de la sana crítica y el principio de normalidad abonan la tesis del actor y descartan la propuesta por los demandados.

En efecto, enseña Viera que “los hechos que están de acuerdo con el decurso natural de los casos no necesitan probarse por estar comprendidos en la máxima regla de experiencia: la de la normalidad. Solo necesitan prueba los hechos anormales, los que escapan a lo que es frecuente o corriente que ocurra, dadas ciertas condiciones” (Viera, L. A., Curso de Derecho Procesal, t. II, p. 85). El principio de normalidad se halla recogido en el art. 141 CGP en la locución “el tribunal aplicará las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece” y significa que quien invoca el acaecer de un hecho anormal, que altera el curso natural de desenvolvimiento de los hechos, debe probarlo.

Surge del examen de los autos, que ningún esfuerzo probatorio desplegó la parte demandada en tal sentido, atrincherándose en la prueba documental gestada por sí misma, a la que le atribuye una conducencia y eficacia que no posee, como ya se examinó.

Para descartar la hipótesis de la intermediación del familiar abogado de los demandados, debe atenderse, especialmente, a la declaración de Rafael Pérez quien expresó que “a Nicolás Kehyaian no lo conoce personalmente, aunque habló por teléfono con él, una vez, para darle el teléfono del escribano del comprador, había apuro porque había otra oferta y se quería comprar por Eufores”. Aclaró que “nunca fue a la oficina de Nicolás Kehyaian, ni le pasó una oferta, como se le pregunta” (fs. 174 vto.).

Del mismo modo, corresponde tener presente que luego de que el Ing. Cardona relató su intervención en el negocio, afirmó, de manera categórica y coincidente con el testigo anteriormente considerado, que “fuera de Pérez y Martínez, no hubo ninguna otra persona que interviniera en el negocio con el declarante” (fs. 175).

d) La orfandad probatoria de los hechos fundantes de la defensa

El Tribunal desea poner de relieve que las afirmaciones principales de la contestación no fueron demostradas. Así, en primer lugar, habiendo reconocido los propios accionados que le habían proporcionado al actor “el conocimiento informal” acerca de la decisión de vender, no acreditaron la contraorden, es decir, que, desde determinado momento, solo existía un intermediario que era exclusivo. La existencia de conversaciones en tal sentido no ha obtenido ni siquiera un indicio a su favor.

En segundo lugar, las diversas ofertas a que refiere el num. 4 de fs. 66 vto. tampoco fueron acreditadas. No se convocó a las personas que pudieran atestiguar sobre su existencia. Declaró, *infolios,* un único testigo que refiere a una de ellas (fs. 158).

Por lo demás, la afirmación de que los vendedores, demandados en estos autos, no conocían a los Sres. Pérez (fs. 67 *supra*), intermediarios por la parte compradora, ningún significado posee para definir este litigio. Como muy bien lo consignan en su libelo defensivo, es de práctica que intervengan dos comisionistas. En el caso, los Sres. Pérez actuaron por la parte compradora, por lo que ningún contacto obligatorio debían tener con los vendedores.

Las aseveraciones del alegato (nums. 6, 7 y 8 de fs. 194 y vto.) no pasan de ser meras proposiciones, sin ningún valor, y sin ningún respaldo probatorio. La renuncia al testimonio del Ing. Agr. Soust (escrito de fs. 181), seguramente, impidió arrojar luz sobre la forma de ingreso del actor al campo de propiedad de los demandados.

Asimismo, las contradicciones que pretende poner de relieve la accionada en el alegato acerca de las declaraciones de Mastropierro y Carve, pudieron haberse zanjado de haberse solicitado la diligencia de careo (art. 162 CGP), y no aparecen como tales, desde que lo trascendente es que el Esc. Carve afirmó, en concordancia con la aseveración de Mastropierro, que “el Ing. Mastropierro le dio el precio”, que “habló con la Escribana Gabriela Matteo” y que “antes del boleto recibió un correo electrónico del Escritorio Pérez Rodríguez…” (fs. 156 y vto.).

e) Otras consideraciones de orden probatorio

Por último, las fisuras y contradicciones en la defensa de los accionados constituyen un indicio desfavorable a su interés.

En efecto: 1º) no puede soslayarse la calidad de hijo y sobrino de los demandados del supuesto intermediario (esta afirmación del actor no fue controvertida por los demandados, escrito de fs. 104); 2º) no se alcanza a comprender cómo, si el Sr. Nicolás Kehyaian era el único intermediario, en el contrato preliminar figura también su hermano Ignacio (cláusula 16ª), que no aparece salvo en el documento mencionado, sin haber, además, cobrado por su actividad; 3º) tampoco se entiende por qué razón al contratar al Ing. Martino, que no es ni hijo ni sobrino de los demandados, no se tomó la providencia de formalizar un convenio como el que aparece como “poder especial” en este proceso; 4º) no se comprende por qué razón, si ningún contacto habían tenido con el actor sobre el negocio que motivó este juicio, los demandados debieron aclararle expresamente que “si pretendía intermediar en el negocio, sería pura y exclusivamente como comisionista designado por la parte compradora” (fs. 68; la prueba de autos desmiente esta afirmación, ya que los comisionistas de la compradora afirman que no compartían comisión con Martínez, fs. 174 vto.).

En conclusión, en opinión de la Sala, existen elementos suficientes de convicción que permiten concluir acerca de la labor de mediación que el actor realizó en beneficio de los demandados. El cúmulo probatorio, conformado por la prueba documental, la prueba testimonial y la prueba indiciaria en las condiciones de aptitud probatoria que se requiere (los indicios son graves, concurrentes o concordantes y convergentes), confiere un firme sustento a la pretensión deducida. VII) Sobre el monto de la condena

Sobre el monto de la condena, la Sala habrá de establecer que corresponde abonar al actor la suma de US$ 43.500.

En efecto, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, “el art. 1º del arancel oficial de la CIU (Cámara Inmobiliaria del Uruguay) establece que la comisión por intermediación en la venta de inmuebles será del 3% sobre el precio total de la venta para cada parte, lo que conforme con los principios del Derecho Civil comporta el precio de costumbre para el sector (ADCU, T. XXXVII, c. 513, p. 222)

VIII) Sobre la condena en costas y costos por abuso de las vías procesales

En lo que respecta a la condena impetrada por el alegado abuso de las vías procesales, no es de recibo el agravio.

La demandada no precisó, en esta instancia, dónde estaría el referido abuso, que tampoco advierte la Sala. En efecto, surge del expediente que el proceso se llevó a cabo en forma ágil y rápida, con garantías para ambas partes, sin la existencia de actuaciones sucesivas o dilatorias por parte del actor, habiendo, en cambio, la demandada solicitado la prórroga de la audiencia de prueba para la producción de la declaración del Sr. Soust, a la que luego renunció (acta de fs. 176 y escritos de fs. 177 y de fs. 181).

De otro lado, desde que la Sala habrá de recibir la pretensión actora, no puede sostenerse que haya existido una situación de abuso, la que, por lo demás, ni siquiera se concibió así en la primera instancia, donde el contacto directo y personal con las partes y con las pruebas, podría haber conducido al Sr. Juez *a quo* a imponer las máximas sanciones causídicas. Por el contrario, el magistrado expresamente refirió a la ausencia de mérito para adoptar ese tipo de decisión (arts. 56 CGP y 688 CC), conclusión que puede trasladarse a esta instancia.

**POR ESTOS FUNDAMENTOS,**

**EL TRIBUNAL,**

**F A L L A:**

***Revócase la recurrida y, en su lugar, acógese la pretensión del actor y, en su mérito, condénase a los demandados al pago de la suma de US$ 43.500, más los intereses legales desde la presentación de la demanda, sin especial condenación en el grado*.**

***Y, oportunamente, devuélvase a la Sede* a quo.**

**SENTENCIA N° 262**

**TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEXTO TURNO.**

**MINISTRA REDACTORA: DRA. SELVA KLETT.**

**MINISTROS FIRMANTES: DRES. S. KLETT, F. HOUNIE, E. MARTÍNEZ.**

Montevideo, 30 de septiembre de 2009.

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados, **"Ríos, Francisco c/ BBVA Uruguay S.A. y otros. Cobro de Pesos.", IUE: 25-158/2003**, venidos a conocimiento de este Tribunal, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por el citado en garantía, por el actor y por el demandado, respectivamente, contra la sentencia N° 47 de 22 de septiembre de 2008, dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Civil de 12° Turno.

**RESULTANDO:**

1) Por sentencia definitiva, la Sra. Jueza *a quo* falló haciendo lugar parcialmente a la demanda y, en su mérito, condenó a la parte demandada a abonar al actor la suma de U$S 225.211,89 por la cuarta distribución y los intereses de conformidad con lo establecido en el Considerando 3, así como los intereses quirografarios por la suma de U$S 36.968.

Condenó, a su vez, a la citada en garantía a reembolsar a la parte demandada la diferencia entre el monto objeto de condena y lo ya abonado por la cuarta distribución, así como los intereses hasta el momento de la entrega del capital a la demandada.

Desestimó la pretensión relativa a la tercera distribución.

2) Contra el mencionado fallo, la parte citada en garantía interpuso el recurso de apelación en estudio, por entender, en lo medular, que:

a) La sentencia de primer grado omitió tener en consideración que debió aplicarse exclusivamente el derecho argentino y no el uruguayo. En virtud de ello, la sentencia deviene nula en lo que respecta a esta parte, al haber aplicado a la relación contractual bajo su análisis normas que no la regulaban ni le eran aplicables.

En efecto, esta parte mantuvo una relación contractual con el BBVA y con las entidades financieras que lo precedieron, pero jamás supo, hasta el inicio del proceso, que el verdadero titular del crédito verificado en la quiebra del Banco Extrader era el Sr. Ríos Seoane.

b) La conducta del citado en garantía no fue negligente, como afirma la recurrida, al pretender que el Estudio debió haber acreditado, en algún cuaderno de la sede judicial, la imposibilidad de acceso al expediente. En casos de esta magnitud, en los tribunales de Buenos Aires, solo se hubiera permitido dejar constancia en el “libro de nota” de la presencia en el tribunal, pero no hubiera posibilitado la compulsa del expediente.

c) No corresponde aplicar al Estudio normas de un contrato que es ajeno a este, como el art. 365 del C. de Com. que regula el contrato de comisión. Tal norma es inaplicable, puesto que la conducta del Estudio debe ser analizada a la luz del Derecho argentino.

d) La apelada no tuvo en cuenta la legislación económica dictada en la Argentina, puesto que la elección del patrón dólar para cuantificar la condena resulta completamente arbitraria y no se podría prever la alteración de la convertibilidad que igualaba en Argentina los pesos con los dólares.

3) Por su parte, expresó agravios el actor, y consignó, en síntesis:

a) Es erróneo el criterio del fallo sobre a quién corresponde probar el pago o la falta de él de la tercera distribución. Cuando se le imputa al deudor el incumplimiento de una obligación que consiste en el pago de una suma de dinero, proveniente de una relación jurídica previa, la prueba de ese incumplimiento, negativa por naturaleza, resulta imposible que la pueda aportar el acreedor. Por lo tanto, la única prueba que puede aportar el acreedor es la existencia de la relación jurídica entre el actor y el Banco BBVA.

b) La prueba de la pericia contable carece de todo valor probatorio por razones de fondo y de forma. No resulta aceptable que partiendo de indicios se hayan descartado las presunciones elaboradas por esta parte, es decir, la falta de recibo y la falta de correlación entre los honorarios del Estudio con el valor de las partidas. A su vez, tampoco es de recibo que tuviera en cuenta la pericia de autos para dar por probado que la suma reclamada por concepto de la 3ª distribución fue pagada.

c) La sentencia se respalda, exclusivamente, en documentos internos –libros de comercio no auténticos- de la propia demandada que resultan improcedentes como prueba en este caso. Por lo tanto, la pericia realizada sobre estos no prueba nada. Según los arts. 76 y 77 del C. de Com., la contabilidad del Banco demandado no puede usarse en su contra, por no tratarse de un pleito entre comerciantes. Las dudas que la contabilidad generó en la decisora y los vicios de forma que se aprecian en los libros impiden su consideración, siquiera como principio de prueba por escrito.

4) Por su parte, la demandada, fundó su recurso en las siguientes afirmaciones:

a) El BBVA no actuaba gestionando ni asumió la obligación de cobro de las distribuciones en la liquidación del Banco Extrader que poseía el Sr. Ríos Seoane. Tal actividad estaba a cargo del Estudio jurídico interviniente. Una vez cobrada la distribución de la liquidación por el Estudio, el Banco lo acreditaba en la cuenta del actor.

b) El Banco no contrató al Estudio como auxiliar, sino que lo contrató por orden y cuenta del Sr. Ríos Seoane, para que lo representara en la quiebra del Banco Extrader. El consentimiento que el actor prestó en la contratación del Estudio es directa consecuencia de lo establecido en el numeral 6 de la cláusula 5ª, del compromiso suscripto entre el Banco Exterior y el Sr. Ríos Seoane, donde el Banco no se obliga a realizar gestión extrajudicial o judicial alguna para el caso de incumplimiento del Banco Extrader.

c) El Estudio debe responder por hecho propio y su conducta no le es imputable al BBVA, puesto que no era su dependiente. No existió incumplimiento por parte del Banco para con el Sr. Ríos.

d) La condena en pago de dólares americanos es improcedente en tanto legalmente en la quiebra el Sr. Ríos iba a recibir pesos argentinos.

e) Al no tratarse de un depósito bancario, sino de los daños y perjuicios que produjo el incumplimiento del BBVA, los únicos intereses que corresponderían serían los legales desde la interposición de la demanda.

f) Los intereses quirografarios jamás deben pagarse en dólares, porque hasta el actor reconoce que su pago al Banco se produjo en el año 2003, cuando no existía la paridad entre el peso argentino y el dólar USA.

5) Conferidos los respectivos traslados, fueron evacuados, únicamente, por el actor y por el demandado.

4) Franqueada la alzada, llegados los autos al Tribunal el 14.5.09, luego del estudio correspondiente, se acordó sentencia en legal forma y se procedió al dictado de la presente decisión anticipada, por configurarse los requisitos del art. 200.1 CGP.

**CONSIDERANDO:**

I) La Sala, por el número de voluntades requerido por la ley (art. 61 inc. 1 LOT), habrá de confirmar la muy bien fundada sentencia recurrida.

II) Apelación del actor. Procedencia de la pretensión concerniente a la tercera distribución

Comparte la Sala la decisión adoptada en el grado anterior por la distinguida Sra. Jueza *a quo*, aunque no coincida con la calificación efectuada acerca de la prueba que categoriza como pericial.

En efecto, a juicio del Tribunal, el informe del Contador Chicurel no constituye, en puridad, una prueba pericial propiamente tal. La intervención del Sr. Contador se limita a la lectura de los asientos contables de la entidad bancaria demandada. Y se justifica, desde luego, porque la prueba documental de ese tipo requiere, la mayoría de las veces, de la participación de un técnico que facilite o determine el conocimiento de las constancias y registros que contienen los libros de comercio.

El art. 169 CGP establece que “la prueba de libros y demás documentación comercial se regirá por las disposiciones de las leyes mercantiles”. Y el art. 309 *ejusdem*, en sede de medidas preliminares probatorias, autoriza, como medida especial, la exhibición “de los libros de comercio cuando corresponda y demás documentos pertenecientes a la sociedad, comunidad o asociación”. Por consecuencia, se tornan aplicables al caso los arts. 54 a 80 del C. de Com. y los arts. 75 y 339 de la Ley Nº 16.060.

La remisión establecida a la ley sustantiva fue realizada por el legislador, en atención a las particulares relaciones de comercio, a la existencia de vínculos diversos entre comerciantes y no comerciantes, y a los usos y costumbres connaturales a la materia. De tales premisas y de la circunstancias del caso concreto, se desprenderán indudables conclusiones en la etapa de valoración de la prueba.

Se ha dicho por obra doctrinaria con la participación de la redactora que “la remisión tiene básicamente dos virtudes: por un lado, permite que la normativa procesal esté siempre acorde con la mercantil, usualmente más cambiante, evitando desactualizaciones; y por otro lado, los aspectos procesales de producción y valoración de la prueba, a través de este medio, se encuentran indisolublemente ligados a disposiciones típicamente sustantivas, como las que establecen qué libros ha de llevar un comerciante y sus requisitos, sus reservas, secretos, o supuestos de acceso lícito, etc.; cuyo contenido necesariamente determina los mecanismos procesales de producción y valoración”.

Se agrega más adelante que “la producción de prueba a través de libros de comercio puede efectuarse de dos modos: como prueba documental sujeta a reglas específicas, o como objeto de prueba pericial (con o sin inspección por el propio juez)” (Véscovi, E., Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado, t. 5, ps. 194-195).

En opinión del Tribunal, malgrado la calificación de pericia, el órgano judicial encargó al Contador Chicurel la prueba de exhibición parcial de libros y de otros documentos comerciales con el objetivo de establecer la existencia de un asiento determinado; es decir, no realizó por sí la inspección, sino que acudió al auxilio de un profesional para lograr la adecuada lectura de los documentos, que solo los conocimientos técnicos permiten.

En esta hipótesis, la figura del perito se asemeja a la del intérprete (art. 65 CGP), quien presta su colaboración a aquellos partícipes del proceso que desconocen el idioma castellano. Sin embargo, en el caso de que la declaración corresponda a un tercero y no a una parte, el medio de prueba constituirá, pura y simplemente, una declaración testimonial. En el mismo sentido, en el caso de obrados, la intervención del Contador no puede considerarse un medio de prueba autónomo, es decir, un dictamen pericial, sino, en todo caso, la colaboración para la recta interpretación de un “idioma” que el juez desconoce.

Por consecuencia, en la etapa de valoración de la prueba del asiento, tal como se estableciera al inicio de este Considerando, deberá estarse a las reglas específicas establecidas por las disposiciones procesales contenidas en el cuerpo normativo sustancial.

Al examinar la prueba de libros de comercio, expresa Rippe que se trata de una prueba cuya aptitud y eficacia resultan de la presunción de veracidad y confiabilidad de sus formas y contenidos. “La lleva de libros –señala en opinión coincidente con la de los procesalistas de la cita- no es una facultad del comerciante, sino una carga u obligación impuesta por el Código de Comercio, en definitiva, por la ley, en atención a diversos intereses que no se limitan a los de aquel, sino que también responden a los particulares de los terceros con los que se relaciona ese sujeto y a los generales del comercio y del propio Estado. Esa carga u obligación no se agota en el mero hecho de llevar libros de comercio, sino que esa lleva indispensable está sometida al cumplimiento de ciertos requisitos extrínsecos e intrínsecos que hacen a la regularidad de los libros y a la inalterabilidad y autenticidad de sus asientos, y cuya legal ejecución les concede esa apariencia de credibilidad. Adicionalmente, la supuesta oportunidad con que se realizan los asientos y registraciones, día a día, y el orden que se sigue, cronológico, en función de la secuencia temporal de las operaciones, agregado al hecho que no es pretensión legal de la lleva en sí la preconstitución de prueba, más allá que ello resulta un efecto de la lleva misma, son circunstancias que coadyuvan a sustentar esa apariencia y el papel que se asigna a esos libros en materia probatoria”.

Y ya en lo que concierne a la interrogante de si la prueba de libros puede usarse en un pleito entre un civil y un comerciante, el eminente profesor afirma: “No puede descartarse que un comerciante enfrente a un civil invocando ese medio probatorio, pero éste no tendría, en este caso, los efectos especialísimos de la prueba mercantil en la materia y su valoración solo podría manejarse, en esas circunstancias, con pautas procesales de derecho común, quedando descartada la aplicación de las normas interpretativas y valorativas del derecho comercial, que son acotadas y excepcionales de por sí y, en consecuencia, de alcance y aplicación estrictas, sin alternativas de extensión o extrapolación analógicas de ningún tipo. En ese sentido, se ha sostenido en la jurisprudencia nacional que cuando uno de los litigantes no es comerciante los libros de comercio solo sirven como principio de prueba y por lo tanto deben complementarse necesariamente con otras pruebas” (Rippe, S., “Régimen de la prueba de libros de comercio en el Derecho uruguayo”, RUDP, 2/97, ps. 199-201).

Corresponde, pues, analizar los agravios correspondientes, a la luz del marco teórico antes expuesto. En tal sentido, no asiste razón al apelante, por cuanto la sentencia no se fundó exclusivamente en la directa aplicación del art. 184 CGP que refiere al valor del dictamen pericial, sino que, implícita pero inequívocamente, dio cabida al régimen de los arts. 76 y sgtes. del C. de Com.

De la lectura conjunta y sistemática de las normas antes mencionadas, fluye que tratándose de actos entre un comerciante y un civil, y resultando la probanza favorable al comerciante, las resultancias de los libros y otros documentos comerciales constituyen principio de prueba por escrito.

El instituto del principio de prueba por escrito se encuentra regulado en el Código Civil, al determinar la admisibilidad de la prueba testimonial, en aspectos que el cuerpo adjetivo ha mantenido en vigor (ver arts. 154 y 544.2 CGP y 1594 a 1599 CC).

El inc. 1º del art. 1598 CC establece que “la prohibición de la prueba testimonial, no tiene lugar cuando existe un principio de prueba por escrito”.

Por su parte, el inc. 2 define la categoría en los siguientes términos: “Hay principio de prueba por escrito… cuando existe algún documento que emana del demandado o de quien lo represente, que haga verosímil el hecho litigioso”.

La trascendencia de la existencia de un principio de prueba por escrito, en términos generales, se vincula con dos órdenes de temas: por un lado, la habilitación para la utilización de medios de prueba diversos a la documental que reclama el art. 1594 CC; por otro, el apartamiento a las reglas de la tasa legal propia de la prueba documental, por cuanto el régimen especial de tasa legal cede a favor del sistema general de la sana crítica (ver, sentencias del Dr. Víctor Bermúdez, LJU, c. 10.782 y de la Suprema Corte de Justicia, LJU, c. 12.617, que ratifica una decisión de la redactora, LJU, c. 12.509).

*Infolios*, la existencia y validez del asiento multicitado, incorporado a la causa mediante la intervención de un profesional idóneo en la materia (informe escrito de fs. 409-418 y explicaciones en audiencia complementaria de fs. 443), constituye una fuerte base para el cúmulo probatorio.

Por un lado, porque no existe prueba de signo contrario de especie alguna que enerve las conclusiones del asiento. Y, por otro, porque tampoco es de recibo el argumento del actor fundado en el incumplimiento de la carga probatoria por parte de quien contaba con la disponibilidad del medio. Porque, precisamente, a su requerimiento (ver diligencia preparatoria al proceso y su cumplimiento, fs. 1-36), es que el Banco accionado aportó la prueba correspondiente, que se incorporó en forma válida al proceso, que respondió a la llevada de libros en forma legal, y de la que la magistrada actuante infirió, con el auxilio del técnico idóneo, la lectura necesaria para dilucidar este punto del litigio.

Por el contrario, tal proceder, a juicio de la Sala, constituye un indicio endoprocesal que debe ser valorado en su contra. Los principios procesales han perfilado la noción del *standard del buen litigante,* delineado en atención primordial de los principios de buena fe y lealtad procesal y de los deberes de veracidad y colaboración con la Justicia. El modelo de acto procesal, ceñido a los principios señalados, determina que el apartamiento pueda constituir un argumento de prueba contrario a los intereses de quien adopta una conducta incoherente, reñida con la normativa adjetiva (cf. Klett, S. y Pereira, S., “Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el CGP”, RUDP, 1/1997, en especial, ps. 70, 80-81, 85-86, 89-90; cf. sentencias de la Sala Nº 282/08 y Nº 11/09).

Por ello, es de franco rechazo el argumento ensayado en el sentido de que la sentencia tampoco podría haberse fundado en la pericia como principio de prueba por escrito, por las dudas que la contabilidad generó en la decisora y por los vicios que ostentan los libros. Se trata de meras afirmaciones del apelante, que no vacila en descontextualizar las expresiones vertidas por el fallo hostigado y las manifestaciones del informe del contador interviniente, que llevan a concluir, sin hesitaciones, en que el incumplimiento de la entidad bancaria accionada, acerca de la tercera distribución, no fue demostrado.

En efecto, el actor adujo el incumplimiento de la entidad accionada y argumentó mediante la invocación de dos indicios, a su juicio, determinantes de la ausencia de pago, a saber: que el dinero que se acreditó en su cuenta proviene de otro rubro y el hecho de que el Banco no haya enviado un funcionario para obtener la firma de un recibo que probara la extinción de la obligación. Agregó, como indicio adicional, que la diferencia existente de las sumas que se percibieron por gastos y honorarios no resulta explicable.

Los indicios mencionados no logran desvirtuar la probanza conformada por el principio de prueba por escrito y los indicios y presunciones que devienen del curso normal de los acontecimientos y de la conducta endoprocesal del actor, quien, como viene de decirse, incurrió en conductas contradictorias, al solicitar la agregación de la documentación que luego pretende desconocer.

Así, ha dicho relevante doctrina: “La razón o el fundamento del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él el hecho desconocido que investiga. Cualquiera que sea la naturaleza del razonamiento, la fuerza probatoria de los indicios, supuesta la prueba plena de los hechos indiciarios, depende de la mayor o menor conexión lógica que el juez encuentra entre aquéllos y el hecho desconocido que investiga con fundamento en las reglas generales de la experiencia o en las técnicas”. En lo concerniente a la eficacia probatoria de los indicios contingentes, se requiere que sean “graves, concurrentes o concordantes y convergentes”. “Puesto que los indicios se pesan y *no se cuentan*, no basta que aparezcan probados en número plural; es indispensable que examinados en conjunto produzcan la certeza sobre el hecho investigado y, para que esto se cumpla, se requiere que sean graves, que concurran armónicamente a indicar el mismo hecho y que suministren presunciones que converjan a formar el convencimiento en el mismo sentido” (Devis Echandía, H., Teoría General de la Prueba Judicial, Zavalía, 1988, t. 2, ps. 623 y sgtes.; los subrayados son del texto).

En cuanto a la consideración de los *indicios* invocados por el actor*,* comparte el Tribunal el examen de la atacada, tanto en cuanto a su existencia como en cuanto al valor que corresponde atribuirles; y ello en el marco de las pruebas producidas en este proceso, así como de la adecuada valoración de la conducta desplegada por los interesados.

Es el propio actor quien introduce en la causa, en forma anticipada y desde la demanda, la afirmación genérica de que el asiento de la accionada no responde a la tercera distribución y la relativa a que el Banco se valió del hecho de que su cuenta tuvo movimientos frecuentes y reiterados de montos importantes provenientes de depósitos y transferencias del exterior para aducir un pago que no efectuó.

Pues bien, la regla de la carga de la prueba y el principio de disponibilidad del medio probatorio imponían al actor una conducta diversa a la meramente pasiva desplegada en autos; es decir, abandonar la afirmación genérica, que no satisface la carga de plenitud de la afirmación edictada en el art. 117 num. 4 CGP, para establecer concretamente la procedencia del giro, aspecto este sí, exclusivamente ligado al ámbito del actor. Por otra parte, como afirma la decisora de primer grado, el porcentaje de lo cobrado por gastos y comisión nunca fue idéntico, lo que descartaque el hecho invocado pueda constituir siquiera un indicio.

Como enseña Viera, muchas veces la prueba sobre cada uno de los hechos expuestos en los actos de proposición, apreciada aisladamente, constituye meros indicios, pero apreciada en su conjunto**,** llevan a la convicción del hecho a probar. Justamente, esto es lo que el art. 140 del CGP ordena hacer al juzgador, apreciar cada una de las pruebas, y todas en su conjunto, racionalmente, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa. El principio de unidad de la prueba –recuerda- implica que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad y como tal debe ser examinado y apreciado por el juez para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme (Viera, L. A., “Valoración de la Prueba”, Anales del Foro, Nº 109-110, 1992-1993, ps. 33 y 34).

En definitiva, se coincide con la consideración realizada en el grado anterior, acerca de que los hechos invocados como sustento probatorio de la pretensión no logran erigirse en verdaderos indicios y que, por el contrario, la actividad probatoria desarrollada conduce a tener por demostrado el cumplimiento del pago de la tercera distribución (art. 197 CGP).

III) Acerca de la pretensión originada en la cuarta distribución. Apelaciones de la demandada y de la citada en garantía

Los agravios formulados por la demandada principal, BBVA, no son de recibo. El cerno de la cuestión se halla en determinar la existencia y naturaleza de las relaciones, por un lado, entre la demandada y el actor, y, por otro, entre aquella y la citada.

Se coincide con la sentencia apelada, en cuanto a la naturaleza contractual (de mandato o comisión) del vínculo entre la entidad bancaria y el actor, en virtud de la cual y para desarrollar su objeto, acudió a la colaboración de un auxiliar –el Estudio, citado como tercero- para cobrar y controlar el expediente judicial de la quiebra del Banco Extrader. La mera lectura del art. 1555 CC permite establecer la responsabilidad por hecho ajeno del BBVA por el hecho de su dependiente o auxiliar.

La mentada relación dimana de las afirmaciones del Estudio que fue contratado por el BBVA; del indicio emanado de la ausencia de conocimiento por parte del Estudio de quién era el acreedor; del extremo de que era el propio BBVA quien recibía los pagos de las distribuciones para luego derivarlos al actor; del documento glosado a fs. 94, en cuanto afirma que la “liquidación será preparada por nosotros y entregada al Estudio…”, lo que descarta toda vinculación directa entre el Sr. Ríos y el mencionado Estudio, así como pone de manifiesto la actividad anunciada a desarrollarse por el Banco.

Por ello, no resulta de recibo la manifestación del Banco en el sentido de que su única función fue la de vincular al actor con el Estudio. Por el contrario, asumió obligaciones de hacer –presentarse a la liquidación, obtener la verificación del crédito y cobrar, oportunamente, las distribuciones- a las que, claramente, dio comienzo de ejecución (art. 1301 CC).

Por otra parte, la mera circunstancia de haber informado al actor sobre el Estudio contratado no significa alteración alguna del vínculo ya trabado.

También se concuerda con el dispositivo recurrido acerca de la existencia de una actuación culpable por parte del Estudio, quien no demostró haber realizado las gestiones idóneas y temporáneas para llevar adelante el cobro de la cuarta distribución.

A tal efecto, no basta con aseverar genéricamente que se actuó con diligencia, sino que es menester establecer y demostrar cuáles fueron las concretas acciones y actividades enderezadas al cobro tempestivo de la distribución. Por consecuencia, resultan de franco rechazo las excusas liberatorias basadas en el número de fojas del expediente y en la indisponibilidad de este, extremos estos que no pasan de ser afirmaciones del interesado en excluir su responsabilidad, sin la menor virtualidad para enervar el incumplimiento.

Por el contrario, de hallarse el Estudio en la situación que relata, debió redoblar sus esfuerzos, desplegar todas las destrezas necesarias, para el correcto ejercicio de su obligación. En el mismo sentido, surge de la prueba diligenciada que la mera existencia de un incidente de caducidad del crédito solo se explica por la negligencia del Estudio, y no resulta compatible con la diligencia que cabe requerir a profesionales de la jerarquía de los involucrados.

El argumento esgrimido por el Estudio acerca de la adecuada extensión del plazo de caducidad establecida por la normativa argentina se torna en un boomerang, al poner de relieve la actuación negligente del apelante, ya que pese a contar con un plazo extenso y, por ende, adecuado, ni siquiera pudo desplegar su actividad en tiempo.

En lo que concierne a la procedencia de la indemnización también se comparte la argumentación ensayada en el grado anterior, que nada tiene que ver con el curso forzoso de la moneda nacional. Porque si bien es cierto que las distribuciones en la quiebra deben abonarse en moneda argentina, también lo es que la pretensión se funda en la negligencia e impericia del auxiliar del Banco, que fue la que provocó el cobro tardío y, por ende, el daño que consiste en la pérdida del valor de la moneda; es decir, la diferencia entre la suma de pesos que recibió y la que hubiese correspondido, puesto que, al momento en que debió cobrarse, el peso argentino y el dólar estaban a la par.

Por ello, no asiste razón al demandado al sostener que el actor habría reconocido que la fecha de cobro era en el año 2003. Por el contrario, el actor refiere al año 2003 como fecha de elaboración de informe que luce a fs. 29 y no al cobro de la cuarta distribución.

Por último, en cuanto a la tasa de los intereses, y en tanto el contrato de autos fue calificado como comisión, rige, para la Sala, el plexo conformado por los arts. 374 y 713 y 718 C. de Com., conclusión que se extiende al pago de los intereses quirografarios.

Cabe una consideración final: los términos del presente Considerando despejan la cuestión relativa a la pretensión de regreso. Y ello, sin perjuicio de establecer que asiste razón al citado al sostener la aplicación del derecho argentino a la relación sustantiva objeto de al decisión.

Empero, tal afirmación no conmueve –en lo más mínimo- la exhaustiva y bien fundada sentencia de primer grado, por cuanto la norma invocada no establece lo que pretende el impugnante respecto de la condena efectuada: la Sra. Jueza *a quo* ordenó la indemnización de los daños causados directa e inmediatamente por las actuaciones y omisiones de su parte, tal como lo reclama el apelante.

**POR ESTOS FUNDAMENTOS,**

**EL TRIBUNAL,**

**F A L L A:**

***Confírmase la recurrida, sin especial condenación en el grado.***

***Oportunamente, devuélvase a la Sede de origen.***