



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Expte. 6828/0 “HERREROS, JOSÉ JAVIER c/ GCBA s/ COBRO DE PESOS”

En la Ciudad de Buenos Aires a los 15 días del mes de agosto de 2008, se reúnen en acuerdo los señores jueces de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dres. Nélide Mabel Daniele, Esteban Centanaro y Eduardo Ángel Russo, para conocer en los recursos interpuestos contra la sentencia grado. Habiéndose practicado el sorteo pertinente, resulta que debe observarse el siguiente orden: Dra. Nélide Mabel Daniele, Dr. Esteban Centanaro y Dr. Eduardo Ángel Russo, resolviendo plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada la Dra. MABEL DANIELE dijo que:

Antecedentes:

1. La Sra. Juez de grado hizo lugar a la demanda por cobro de pesos que interpusiera el Sr. José Javier Herreros contra la ObSBA y condenó a ésta al pago de treinta y cuatro mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$34.875), con más sus accesorios conforme lo dispuesto por la disposición n° 495/IMOS/92.

Sostuvo –con relación a lo que es materia de recurso– que, en atención a lo allí dispuesto, los créditos a favor de la parte actora devengarían el equivalente al 50% de la tasa activa a 30 días de descuento del Banco de la Nación Argentina, sin capitalización, debiendo computarse desde los treinta días de la fecha de presentación de cada factura. Expresó, además, que no correspondía adicionar ninguna actualización monetaria al momento nominal en virtud de lo establecido en el artículo 4° de la ley 25.561.

2. Disconformes con lo decidido, apelaron la demandada a fs. 236, cuyo recurso que fue concedido a fs. 237, y la actora a fs. 238, habiendo sido proveído su remedio a fs. 239.

3. La parte actora expresa agravios a fs. 244/245. Sustancialmente se queja de la liquidación de los intereses conforme la disposición n° 495/IMOS/92 que establece como tope por mora el 50 % de la tasa activa utilizada por el BNA. A su parecer, resulta erróneo aplicar esa disposición con el simple argumento de que su parte no la discutió, en base a dos órdenes de fundamentos: por un lado, que su parte sí cuestionó su aplicación al alegar ya que no constituye un proveedor habitual de la ObSBA y, por otro, porque al tratarse de un incumplimiento comercial debe aplicarse íntegramente la tasa activa del BNA.

4. La demandada desarrolla en la presentación de fs. 249/252 sus críticas contra el acto jurisdiccional puesto en crisis.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Solicita, en esta ocasión, la aplicación del art. 22 de la ley n° 23.982 y de los arts. 399 y 400 del CCAyT. Funda su parecer en que su parte, según lo entiende, es una entidad autárquica conforme las leyes 20.382 y 472, al margen de la autonomía funcional que corresponde a la obra social. Añade que, en última instancia, la responsabilidad por el pago del crédito recae en el GCBA.

En definitiva, considera que su parte es un ente público descentralizado, “... *cuya característica financiera y presupuestaria, no es distinta a la que rige hoy en el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*” (v. fs. 252, párr. 2°). Añade, en ese orden, que los procedimientos específicos que rigen a su parte, impiden que se establezca un gasto fuera de lo establecido en el presupuesto, ya que de lo contrario se le originaría un daño grave.

Considerando:

5. La actora se agravia –como se indicó– de la aplicación de la resolución n° 495/IMOS/92 para el cálculo de los intereses.

El artículo 1° de dicha norma estableció “en el ámbito del Instituto Municipal de la Obra Social un interés por pagos en mora de un 50% de la tasa activa a treinta días de descuento de documentos del Banco de la Nación Argentina, sin capitalización”.

Ahora bien, la accionante se queja de que en la sentencia de grado se haya decidido la aplicación de la disposición citada por entender que no se la había cuestionado. Sin embargo –expresa– que en el alegato presentado en la causa hizo referencia a la improcedencia de la aplicación de la disposición citada, “habida cuenta de que su mandante no resulta ser un proveedor habitual de la demandada, jamás convino con ella los intereses a aplicarse en caso de incumplimiento, y finalmente, por resultar fuera de toda lógica permitir que el deudor de la obligación pueda establecer, inaudita parte, cual es el interés que paga por su propia mora” (cfr. fs. 244vta.). También consideró desacertada la decisión en crisis por tratarse en el caso de una neta transacción comercial con incumplimiento injustificado de pago de la demandada, por lo que corresponde aplicar la tasa activa del BNA para operaciones comerciales de descuento (cfr. fs. 244vta.).

En primer lugar, cabe recordar que el actor es cesionario de los derechos y acciones que la empresa Sepelios Roca SRL tenía respecto de las facturas números 536 y 537, de fecha 31/7/2001, cuyo cobro reclama en estas actuaciones.

Dicha empresa había celebrado con el ex IMOS (actual OSBA) la contratación directa que obra agregada a fs. 276/80 por la que brindaba los servicios de sepelios que allí se detallan. Ahora bien, dicha contratación fue realizada con fecha 11 de diciembre de 1989, y allí se indicó “sírvese proveer los artículos, servicios u obras que se detallan a



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

continuación, con sujeción a lo prescripto en el Pliego de Bases y Condiciones Generales (Cláusulas Generales) y Pliego Especial (Cláusulas Particulares) suscriptos por esa firma, que han regido para esta contratación y que complementan esta orden de provisión” (cfr. fs. 276).

Si bien en la contratación directa se incluyó la leyenda citada, debe observarse que –como se dijo– fue realizada en el año 1989 y la disposición que pretende aplicársele para reducir los intereses en mora data del año 1992 (cfr. fs. 352). Además, cabe destacar que se trata de una disposición interna que para ser oponible al contratista debía ser incluida expresamente en los términos de la contratación, lo que no se encuentra acreditado en el caso de autos.

Tampoco se desprende que de los pliegos y cláusulas generales y particulares existiera al momento de la contratación una cláusula similar a la que se pretende aplicar.

Cabe recordar en este punto, que nos encontramos en el ámbito de una persona pública **no estatal** (cfr. art. 1º ley 472) y por lo tanto el contrato celebrado en forma directa no puede ser considerado como administrativo a los efectos de la aplicación de la disposición mencionada ni de determinadas cláusulas de las denominadas “exorbitantes” al derecho común.

En este sentido, expresa GORDILLO que “[e]s generalizado el punto de partida de que al hablar de contratos administrativos o contratos de la administración nos referimos como mínimo a contratos celebrados por una persona estatal: la administración nacional centralizada o descentralizada, pero no personas jurídicas no estatales, sean ellas públicas o privadas. Los contratos que celebran las personas públicas no estatales y las personas privadas que ejercen funciones públicas no suelen ser incluidos en dicha categoría” (cfr. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, parte general, Fundación de Derecho Administrativo, 8va. Edición, p. XI-2). En sentido coincidente, expresó la CSJN que en el contrato administrativo, en principio, “una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado” (cfr. CSJN, fallos: 316:212, “*Cinplast I.A.P.S.A. v. E.N.Tel.*”, considerando 9º).

Como se advierte, al tratarse de un contrato celebrado por una persona no estatal, la cláusula como la que se pretende imponer aquí debía estar acordada expresamente entre las partes, circunstancia que no se encuentra acreditada en autos, por lo que no puede ser oponible al actor.

A lo expuesto cabe agregar que es cierto, como lo sostiene la actora en su recurso, que se opuso expresamente a la aplicación de la disposición que aquí se discute en su alegato (cfr. fs. 221vta.). Asimismo, no puede considerarse determinante la falta de impugnación de la pericia ya que esta se limitó a responder la siguiente pregunta: “c) Cual



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

es le interés que fija la disposición n° 495-IMOS/92, debiendo acompañar copia de la misma y compulsando que sea su original en el ámbito de la demandada” (sic. cfr. fs. 197). De conformidad con los términos en que el perito fue interrogado, respondió cuál era el interés fijado por la mencionada disposición (cfr. fs. 197). Sin embargo, estas apreciaciones no pueden interpretarse como pronunciamiento alguno respecto de la procedencia o no de la aplicación de dicho porcentaje reducido para los intereses en los pagos en mora. En consecuencia, de la falta de impugnación de la pericia tampoco puede desprenderse el consentimiento del actor respecto de su aplicación.

Finalmente, toda vez que ambas partes están de acuerdo respecto del cálculo de los intereses en base a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, corresponde que su cálculo se efectúe teniendo en cuenta dicha tasa ya que ésta no se encuentra discutida en esta instancia.

6. Resta considerar el agravio de la demandada respecto de la aplicación del artículo 22 de la ley 23.982 y de los artículos 399 y 400 CCAyT.

Sobre el punto cabe mencionar que se trata de una cuestión propia de la ejecución de sentencia respecto de la cual la sentenciante de grado aún no se ha pronunciado y cuyo planteo ha sido introducido recién en la expresión de agravios de la demandada.

De esta forma, el tribunal se encuentra impedido de pronunciarse sobre este aspecto en esta instancia del proceso, sin perjuicio de la intervención que pueda corresponderle, eventualmente, por apelación ante el supuesto de un pronunciamiento adverso en primera instancia (arg. arts. 236 y 248 CCAyT).

En atención a los fundamentos expuestos propongo al acuerdo que, en caso de ser compartido mi voto, se revoque la sentencia apelada con relación a la aplicación de la disposición n° 495-IMOS/92 y se rechace el agravio de la obra social, con costas a la demandada vencida (art. 62 CCAyT).

El Dr. Esteban Centanaro dijo:

1. Coincido con los argumentos y la solución propuesta por la colega preopinante. No obstante ello considero oportuno efectuar algunas consideraciones adicionales.

2. En primer lugar, el presente caso tiene origen en el cobro de un crédito en el que resultó acreedor Sepelios Roca SRL y que cedió al aquí actor quien procuró su cobro contra la ObSBA. En función de ello, comprobada la cuestión fáctica y asistiéndole suficiente derecho, se hizo lugar a la demanda en primera instancia.

Sobre este punto, corresponde recordar que conforme el art. 1434 del Código Civil, *“Habrá cesión de crédito, cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese”*. Asimismo, al margen de la crítica doctrinaria que recibiera este enunciado legal, debe



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

tenerse en consideración que quienes revisten el carácter de parte son el cedente y el cesionario, mientras que, en líneas generales, serán terceros interesados en contestar la cesión: el deudor cedido, los acreedores del cedente (AUBRY, C. – RAU, C., *Cours de Droit Civil Français*, t. 4, París, Marchal, Billard et Cía., 1871, p. 427) y los posteriores cesionarios.

Sobre esa base, establece el art. 1457 del Código Civil que "*la propiedad de un crédito pasa al cesionario por el solo efecto de la cesión*". Es decir, expresado el consentimiento de las partes, la transferencia del cedente al cesionario opera de pleno derecho, modificando al respecto el sistema legal del resto del ordenamiento.

3. En otro orden, la parte actora se ha visto agraviada puesto que critica la aplicación de la disposición interna N° 495/IMOS/92 que prevé como tope por mora el 50% de la tasa activa empleada por el Banco de la Nación Argentina.

Sin embargo, tal como lo adelantara la Vocal preopinante, no surge de autos la existencia de una norma de este tipo al momento de la contratación (1989).

Como es sabido, el consentimiento es el acuerdo de voluntades de las partes dirigidas a la consecución de un fin, donde deben involucrarse necesariamente el discernimiento, la intención y la libertad como condiciones internas previstas en el art. 897 del Código Civil. Y más allá de la exteriorización de tal voluntad, las partes debe ponerse de acuerdo sobre la totalidad de aspectos que redundan en la negociación a diferencia de lo que ocurre en la llamada *Teoría de la punktation*.

De allí que la autonomía de la voluntad surte suficiente efecto a fin de promover todo tipo de negociación a fin de transformarse, *a posteriori*, en una "... *regla a la cual -las partes- deben someterse como a la ley misma*" (art. 1197 del Código Civil).

No obstante ello, no lo es menos que en el ámbito del Derecho Privado, a diferencia que en el Público, se carece del conjunto de facultades exorbitantes, que constituyen típicas prerrogativas de poder público (conf. mi voto en autos "*Toirán Grotto, Diego Gustavo c/ G.C.B.A. s/ cobro de pesos*" Expte. N°: EXP 8310, del 30/08/07).

Sin embargo, como se expresara en el voto que antecede la demandada resulta ser una persona jurídica pública no estatal y, por ende, carece de estas prerrogativas (art. 1° ley 472).

Por lo expuesto, es que considero ajustado el voto de la colega preopinante al cual adhiero.

El Dr. EDUARDO ÁNGEL RUSSO, por los fundamentos expuestos por la Dra. DANIELE, adhiere a su voto.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En mérito a la votación que antecede, el tribunal por unanimidad **RESUELVE:** revocar la sentencia apelada con relación a la aplicación de la disposición n° 495-IMOS/92 y se rechace el agravio de la obra social, con costas a la demandada vencida (art. 62 CCAyT).