

//tencia No.251

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, siete de octubre de dos mil quince

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"REGO, Alejandro c/ BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA URUGUAY S.A. Daños y perjuicios. Casación"**, IUE 2-25478/2013, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1<sup>er</sup> Turno el 2 de febrero de 2015, identificada como SEF 0003-000007/2014.

**RESULTANDO:**

I) A fs. 53/61 compareció Alejandro Rego y presentó demanda contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. con el fin de que le indemnizara los daños y perjuicios que alegó haber sufrido por el incumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios que los vinculaba, por el cual disponía de un local dentro del Banco y prestaba servicios de cantina a los empleados bancarios. Alegó que el demandado rescindió unilateralmente el contrato, invocando una cláusula nula, sin siquiera respetar el plazo de preaviso pactado.

II) Por sentencia definitiva

Nº 22/2014 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3<sup>er</sup> Turno, dictada el 3 de abril de 2014 por su titular, Claudia Kelland, se dispuso:

*Desestímase la pretensión de nulidad de la cláusula 11º del contrato de fecha 1º de febrero de 2010 objeto de autos.*

*Ampárase parcialmente la demanda en su mérito condénase a la accionada al pago de los daños y perjuicios ocasionados en el periodo 29 de junio de 2011 al 10 de agosto de 2011 cuya determinación económica se difiere a la vía incidental (art. 378 del C.G.P.) según fundamentos dados en el considerando IV.*

*Desestímase en lo demás (...), (fs. 147/160).*

III) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1<sup>er</sup> Turno, órgano que por sentencia identificada como SEF 0003-000007/2014, dictada el 2 de febrero de 2015, falló:

*Revócase parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar, condénase al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. a indemnizar al actor los perjuicios causados con el pago de la cantidad de \$ 24.600 en concepto de daño patrimonial emergente, con reajuste e intereses y las cantidades a liquidar por el procedimiento previsto por el C.G.P. [en su] art.*

378, en concepto de lucro cesante por el período comprendido entre el 29/6/11 a 31/1/12 (considerando VI) y de daño moral de acuerdo con lo consignado en considerando XI (...), (fs. 197/201).

IV) La parte demandada interpuso recurso de casación (fs. 204/210).

Luego de fundar la procedencia formal de su recurso, identificó como normas infringidas las contenidas en los artículos 139,140 y 165 del C.G.P. y 1253 y 1291 del Código Civil.

Sostuvo, en lo medular, lo siguiente:

La cláusula undécima del contrato de arrendamiento, por la cual se pactó la rescisión anticipada, contiene un texto claro y sencillo de interpretar. Allí se prevé que cualquiera de las dos partes contratantes puede ejercer el derecho de rescindir anticipadamente el contrato. En dicha cláusula no se registra ninguna ilegalidad, por lo que lo allí dispuesto se enmarca en la libertad de contratar que asiste a las partes (artículo 1291 del Código Civil).

La Sala, erróneamente, consideró que la referida cláusula violentó la norma prevista en el artículo 1253 del Código Civil. Sin embargo, esa previsión contractual no dejó el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los

contrayentes; en efecto, de la lectura de la cláusula undécima emerge, sin lugar a dudas, que la facultad de rescindir alcanzaba a ambos contratantes en igualdad de condiciones.

Tampoco existió de parte del Banco un ejercicio abusivo del derecho de rescisión, ya que existió un motivo concreto, específico y serio para ejercer la opción de solicitar el receso (la adquisición del Crédit Uruguay Banco por parte del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay). Ello implicó que Crédit Uruguay dejara de operar como Banco, contexto que la Sala no analizó. Por lo tanto, existió justa causa por su parte para ejercer el derecho de rescisión pactado en la cláusula undécima.

En el considerando V de la impugnada se incurrió en incongruencia, ya que el Tribunal introdujo en el debate cuestiones no incluidas por las partes en sus actos de proposición iniciales. Ello se verificó por haber la Sala catalogado el negocio de autos como un contrato paritario o no negociado. No es esta la hipótesis de autos, ya que la firma del contrato obedece a la intención de las partes de reflejar un contrato verbal existente desde hace aproximadamente siete años. Además, tal línea argumental ni siquiera fue propuesta por el actor, por lo que mal podría haberla planteado la Sala. Claramente se

infringió el principio de congruencia y, en consecuencia, su derecho de defensa al no haber podido refutar, en la oportunidad procesal pertinente, argumentos que no fueron planteados por su contraparte.

Además, el criterio de la Sala colocó al Banco en una situación muy difícil en materia contractual, ya que parte del error de suponer que por su calidad de institución bancaria casi todas sus contrataciones resultarían cuestionables en lo que a la igualdad de las partes refiere, salvo que contratara con otro Banco o con el propio Estado.

El actor no probó la existencia de los daños reclamados.

En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que se desestimara la demanda en todos sus términos.

V) La parte actora evacuó el traslado del recurso de casación abogando por su rechazo (fs. 214/219 vto.).

VI) El expediente fue recibido en la Suprema Corte de Justicia el 5 de mayo de 2015 (fs. 226). Por providencia N° 537/2015 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 227 vto.).

VII) En el curso del estudio del expediente cesó como integrante de la Corporación

Jorge Ruibal Pino, por lo que debió procederse a su debida integración. Luego de las actuaciones y notificaciones del caso (fs. 230 y sgtes.), el 12 de agosto de 2015 se celebró el sorteo de rigor, resultando sorteado Tabaré Sosa, integrante del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno.

VIII) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

**CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia acogerá parcialmente el recurso de casación interpuesto.

II) En cuanto a la validez o no de la cláusula undécima del contrato del arrendamiento de servicios vinculante.

Es de recibo el agravio.

Al respecto, se comparten tanto los argumentos expuestos por el recurrente como los del fallo de primera instancia.

En el caso, se probó que las partes acordaron, libremente, regular por escrito una relación contractual existente entre ambas desde siete años atrás, que se desarrolló sin inconvenientes durante ese lapso. Asimismo, como lo puso de manifiesto la parte demandada y surge de la prueba producida, la

relación contractual supuso que Alejandro Rego no pagara alquiler, ni agua, ni energía eléctrica, y que fuera el Banco quien le proporcionaba las instalaciones para el comedor y la cocina, la limpieza del local, el mobiliario, la vajilla, los cubiertos y demás enceres (cláusula tercera, fs. 4), además de recibir un precio que, a junio de 2011, ascendía a \$ 90.918. Estas circunstancias resultan incompatibles con la naturaleza de un contrato no negociado, por lo que nunca puede ser abusiva una cláusula que fue adoptada en ejercicio de la autonomía de la voluntad (cf. sentencia de la Corte, N° 805/2012).

La interpretación de los contratos es "quaestio iuris" y, como tal, su estudio y revisión es admisible en casación.

La Corporación ha sostenido en sentencia N° 127/2009:

*Toda cláusula contractual debe interpretarse dentro del proceso de negociación, procurando establecer la voluntad de las partes resultante de los elementos textuales y extratextuales aprobados; la interpretación de los contratos no puede limitarse a su tenor literal porque su objeto es la manifestación de voluntad de las mismas (cf. Gamarra, Tratado, t. 18, 1977, pág. 217), (cf. sentencia N° 141/98).*

*La interpretación tiene por finalidad constatar el significado de la voluntad de los contratantes, saber lo que aquéllos quisieron, y al comprobar lo que las partes acordaron, se sabrá cuáles son los efectos jurídicos (tal la regulación que rige los actuales negocios).*

*En tal sentido, la interpretación del contrato es una actividad ajustada por una serie de preceptos que fijan los criterios que deben presidir dicha labor, y de estos métodos o criterios lógico-jurídicos el Magistrado no puede apartarse.*

*El Juez, frente al conflicto, presume que la voluntad contractual es la que se refleja en el texto, pero el cuestionamiento mismo de una de las partes que dio vida al negocio le obliga a recabar todos los elementos que confirmarán o no aquella voluntad reflejada en el texto y que indudablemente le permitirán la interpretación y calificación consecuente de los actos jurídicos realizados por los intervinientes (cf. sentencia N° 270/2004), (sentencia N° 216/2013).*

*Es sobre la base de estas premisas que la Corte comparte la interpretación efectuada en el fallo de primera instancia respecto de la cuestionada cláusula.*

*En ella se estableció:*

(...) El presente contrato se celebra por el plazo de un año a contar desde el día 1º de febrero de 2010, prorrogable automáticamente por períodos consecutivos iguales. Sin perjuicio de lo expuesto, este contrato puede ser rescindido unilateralmente en cualquier momento del plazo original o de sus prórrogas, por voluntad de cualquiera de las partes, sin expresión de causa, con un preaviso que deberá comunicarse a la otra con por lo menos sesenta días corridos de anticipación.

El preaviso será enviado mediante telegrama colacionado, o por cualquier otro medio fehaciente. Transcurridos que fueran los sesenta días contados a partir del siguiente a la recepción del preaviso, este contrato se considerará rescindido automáticamente, no generando derecho a reclamación por ningún concepto ni indemnizatorio ni penal a favor de ninguna de las partes. Desde la recepción de notificación de rescisión la empresa deberá desalojar las instalaciones entregando a conformidad del Banco las mismas, los enceres que le fueren proporcionados oportunamente y descriptos en este contrato, en un plazo máximo de 60 días (fs. 5/6).

La Corte comparte la clara y coherente interpretación que de esta cláusula efectuó la jueza "a quo", quien entendió que no revestía nulidad

alguna ni que violentaba el principio de equilibrio consagrado en el artículo 1253 del Código Civil.

También coincide con la parte demandada en que la Sala parte de la discutible premisa de que el Banco se encuentra, en todos los contratos que firma, por su naturaleza de institución bancaria, en una posición de privilegio. Ello cabría aplicarlo para aquellos contratos que la institución bancaria, en el natural giro de sus negocios, realiza con sus clientes, con quienes, de regla, celebra contratos de adhesión. Pero no es este el caso de autos, donde nos encontramos ante un arrendamiento de servicios en cuya celebración participó un empresario que brindaba un servicio gastronómico (cantina) a los funcionarios del Banco.

En suma, no puede sostenerse, como lo hizo la Sala, que estemos ante un contrato paritario o no negociado, y menos aún, que la cláusula undécima violente el precepto de garantía consagrado en el artículo 1253 del Código Civil.

En virtud de la solución que viene de adoptarse en este tema, no es necesario ingresar a considerar el agravio por incongruencia.

III) En cuanto al ejercicio del derecho de receso por la parte demandada y a la existencia del lucro cesante reclamado en consecuencia.

Es de recibo el agravio.

Ahora bien, despejado el tema de la alegada nulidad de la cláusula undécima, corresponde analizar si el derecho de receso ejercitado por el demandado lo fue en los términos pactados en el contrato.

En lo que a esta cuestión refiere, cabe reiterar, como ya lo sostuviera la Corte en sentencia N° 84/2005, que (...) *el derecho de receso que beneficia a ambas partes contratantes debe ejercerse lícitamente, encontrando como límite al abuso de derecho, principio recogido en el art. 1321 del C. Civil (del que el impugnante alega su infracción) y observando la buena fe que debe existir entre los contratantes (cfe. Bergstein, Extinción del Contrato de distribución, pág. 26. Ver asimismo autor cit. en A.D.C.U., t. XXVI, pág. 538 y ss.; Merlinski, "Modernas formas de distribución comercial", págs. 36 y 37 y vasta jurisprudencia cit. por L. Larrañaga y G. Fernández, nota al pie de pág. 41 en "Límites al receso unilateral", A.D.C.U., t. XXX, pág. 578).*

Y en el mismo fallo se agrega:

*Sostuvo Bergstein (op. cit., pág. 167) que quien pacta una cláusula de receso ha quedado irreversiblemente prevenido acerca de la*

*posibilidad de éste, de manera que no puede luego alegar la nulidad (o la ineficacia) de la disposición. "Hay aquí una cuestión de «public policy» vinculada a la seguridad jurídica y a la protección en la palabra dada, que es esencial: la tutela de la legítima confianza o expectativa del destinatario de la declaración de voluntad en la palabra que se le ha dado".*

Y en el caso, como, con acierto, sostuvo la jueza "a quo", si bien el derecho de receso no fue ejercido abusivamente (al existir causa justificada, objetiva y exteriormente apreciable, ajena al puro arbitrio de las partes), sí lo fue en forma intempestiva.

Véase que la rescisión operó como consecuencia del cambio de propietario de la entidad bancaria, habiéndose probado que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. no prestaba el servicio de cantina a sus empleados. Por lo tanto, no puede sostenerse que la rescisión fuera caprichosa o antojadiza, ya que, por ejemplo, no se contrató a una nueva empresa para brindar el mismo servicio, sino que, simplemente, se lo eliminó, de acuerdo con la política empresarial del nuevo propietario, cocontratante por sucesión universal del anterior cocontratante (Credit Uruguay Banco).

No obstante, el demandado

no respetó los plazos consagrados en la cláusula undécima para el correcto ejercicio del derecho de receso unilateral, ya que solamente otorgó veinte días al actor para retirarse de la actividad, cuando la referida cláusula establecía un preaviso de sesenta días.

Si bien el demandado abonó a Alejandro Rego el precio del arrendamiento por todo el período del preaviso, le impidió desarrollar su actividad con mucha antelación, lo que derivó en el lucro cesante reclamado.

En este contexto corresponde tener por probada la existencia de la pérdida de ganancia padecida por el actor, en los términos previstos por el fallo de primera instancia, cuestión que no cabe entrar a analizar por imperio de lo establecido por el artículo 268 del C.G.P., en la interpretación dada inveteradamente por la Corporación.

En efecto, en segunda instancia se otorgó más plazo y, por ende, más cantidad por el referido rubro, razón por la cual debe entenderse que lo otorgado en primera instancia fue confirmado sin discordia, constituyendo un piso en etapa de casación que no puede disminuirse.

IV) En cuanto a la existencia del daño moral.

Es de recibo el agravio.

Como se sostuvo en las discordias extendidas en la sentencia N° 83/2009 de la Suprema Corte de Justicia:

*La reparabilidad del daño moral en el proceso como el que nos ocupa está condicionada siempre e inexorablemente, a la prueba de su existencia, constituyendo una máxima en nuestra jurisprudencia y doctrina, que la prueba in re ipsa queda limitada únicamente a específicas situaciones, entre las cuales, no está comprendido el daño moral causado por incumplimiento contractual, supuesto en el que se requiere prueba a cargo de la parte que lo invoca.*

*Como sostiene Gamarra (T.D.C.U. T. 25, págs. 69 y ss.), la jurisprudencia uruguaya postula que el daño moral no resulta irresarcible porque le falte cierta entidad cuantitativa; no lo es porque en esos casos de ausencia de una entidad mínima no existe el daño moral. "...No estamos frente al aspecto de cuantificación o medida de la importancia del daño moral, sino en el ámbito de la definición.*

*No es necesario entonces hablar de un daño moral irresarcible porque no tiene entidad suficiente. Basta con afirmar que el daño moral*

no existe" (pág. 77).

El T.A.C. 5o. en Sent. No. 99/99 afirmó: "La Sala entiende, por añadidura, que la reparabilidad del daño moral queda condicionada a la causación de sensación disvaliosa del espíritu de cierta entidad, como requisito que exige la propia resarcibilidad de esta categoría de daño.

En suma, en el caso no se afirmó la irrogación de perjuicio patrimonial ni se probó la causación de daño moral reparable..."

En ese sentido, resulta íntegramente compatible lo sostenido por el T.A.C. 4o., Sent. No. 158/06: "...un incumplimiento contractual cualquiera sea su importancia no genera por sí solo una presunción de daño moral resarcible, debiendo estar revestido de características muy especiales que permitan suponer que hubo de afectar el equilibrio emocional y síquico..." (ADCU, T. 37, c. 192). También de la misma Sala Nos. 165/05, 169/02, 6/97, 17, 31 y 142/97, 136/98, entre otras.

Analizando el punto en sede de contrato de mutuo o préstamo (como es el caso de autos) el T.A.C. 7o., Sent. No. 94/04 señaló: "La Sala, en mayoría, sustenta un criterio restrictivo en punto a la reparación por daño moral en hipótesis de responsabilidad contractual, en que el daño no se

*verifica 'in re ipsa', sino que debe estarse a las especiales circunstancias de hecho y a la prueba efectiva y eficiente del daño que se invoca (...)"*.

En el caso, consideramos que la razón fundamental para desestimar el daño moral radica en la ausencia absoluta de prueba de su existencia.

Como claramente se pone de relieve en la sentencia de primera instancia: la posibilidad de una rescisión anticipada del contrato era algo que el propio actor conocía y asumió al consentir el contrato libremente, por lo que era una hipótesis previsible (más aún para quien se ha dedicado y se dedica a brindar un servicio como el prestado por Alejandro Rego).

Además, y como también lo señaló la jueza "a quo", los alegados problemas económicos planteados por el accionante son los mismos que se le hubieran presentado después del vencimiento del plazo contractual, por lo que parece claro que los hechos de autos carecen de la entidad necesaria para generar un perjuicio espiritual relevante.

V) La conducta procesal de las partes no justifica imponer en el grado especiales condenaciones en gastos causídicos (artículo 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos  
expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

**FALLA:**

Ampárase parcialmente el recurso de casación interpuesto; en su mérito, anúlase la sentencia impugnada y confírmase el pronunciamiento de primera instancia.

Sin especial condenación procesal.

Y devuélvase.

**DR. JORGE O. CHEDIK GONZÁLEZ**  
PRESIDENTE DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

**DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

**DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

**DR. FELIPE HOUNIE**  
**MINISTRO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**

**DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE**  
**MINISTRO**

**DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO**  
**SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**