

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE RUIBAL PINO

Montevideo, doce de mayo de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "LOS SURCOS S.R.L. C/ BANCO BANDES URUGUAY S.A. - DAÑOS Y PERJUICIOS - COBRO DE PESOS - CASACION", IUE 2-9198/2011.

RESULTANDO QUE:

I.- Por Sentencia DFA 0005-000479/2013 dictada el 26 de junio de 2013 por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o. Turno, se revocó la sentencia objeto de impugnación y en su mérito se desestimó la demanda, sin especial condenación en el grado (fs. 784-799).

Por su parte, el Pronunciamiento No. 70 del 17 de octubre de 2012, procedente del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14o. Turno, resolvió condenar a la parte demandada a abonar a la parte actora los daños y perjuicios cuya cuantificación se difirieron al procedimiento incidental de liquidación previsto en el art. 378 del C.G.P., de acuerdo a los parámetros establecidos en el Considerando No. 2 in fine, sin especial condenación (fs. 693-713).

II.- El representante de Los Surcos S.R.L. interpuso recurso de casación, expresando en síntesis que:

- La Sala aplicó erróneamente las normas vinculadas al incumplimiento de los contratos y a las relativas a la interpretación de la prueba, básicamente a la prueba pericial producida en autos, al apartarse del dictamen sin la debida fundamentación. Además, se había equivocado al señalar que la parte actora impetró la nulidad de las cláusulas contractuales, cuando en realidad no fue lo que aconteció.

- La recurrente lo que hizo fue impetrar que se declarara la resolución de los contratos que la vinculaban con Banco Bandes Uruguay S.A. por incumplimiento de su parte y por ende, solicitó daños y perjuicios.

- El Tribunal incurrió en error al aplicar el art. 184 del C.G.P., por cuanto las conclusiones del peritaje dispuesto de oficio, habían sido objeto de apartamiento, sin consignarse los fundamentos de carácter técnico para ello.

- Todos los incumplimientos denunciados por culpa de Bandes fueron terminantemente demostrados a través de la pericia económica y contable. Así en el punto 3.2 de la pericia se describió claramente la operativa relativa al factoring de Tienda Inglesa y muy claramente las facturas entregadas el día 5 de enero de 2010, fecha de quiebre dispuesta unilateralmente por la demandada, quien modificó sin preaviso de ninguna clase las condiciones contractuales, dejando de verter en la cuenta corriente el importe habitual de las facturas, razón por la cual, la cuenta corriente cayó y se empezaron a devolver cheques.

- Incluso el Banco desvió fondos que debía verter en la cuenta corriente de Los Surcos S.R.L. a otra cuenta interna del Banco y los destinó en parte a cancelar operaciones no vencidas, modificando la operativa habitual entre las empresas y las condiciones de los contratos, sin preaviso ninguno. Tal incumplimiento contractual produjo la ruptura de la relación y los graves daños y perjuicios cuyo resarcimiento se reclama en autos, todo lo que resultó acreditado en el peritaje.

- Si se hubiera depósitos como era habitual en la dinámica contractual en la cuenta de Bandes, no sólo se hubieran cubierto los sobregiros, sino que además el Banco podría haber aplicado dichos fondos para la cancelación de los vales.

- Ningún contrato autorizaba al Banco por máxima administración de recursos de la empresa que ostentara, a cancelar operaciones no vencidas, por anticipado. Todos los contratos de cuentas corrientes, apertura de línea de crédito, garantía solidaria e hipotecaria que enmarcaron la relación comercial, absolutamente todos, autorizaban solamente a cancelar operaciones vencidas, vale decir deudas, no otro tipo de operaciones, como lo había hecho el Banco.

- Las conclusiones de las declaraciones periciales eran categóricas. Sin embargo, el fallo de segunda instancia soslayó la esencia y conclusión del peritaje, y tomó en cuenta algunos aspectos puntuales y controvertidos del peritaje, como lo fue la oposición pasiva y el sobregiro, que el propio perito se encargó de restarle importancia.

- La Sala concluyó que el Banco no estaba obligado a financiar sobregiros, solución que no se comparte, cuando en realidad, de la ampliación de la pericia efectuada, surgía palmariamente que el sobregiro no era tal, era insignificante e inexistente.

- El propio perito consignó que si la situación fuera grave de ninguna manera se habría -dos meses antes de los hechos en cuestión- elevado la línea de crédito de U\$S150.000 a U\$S200.000. Como bien indicó el perito, todo parece resultar de la difícil o grave situación deficitaria del Banco Bandes, que cerró su ejercicio en ese mismo momento con importantes pérdidas económicas, modificando así los criterios de gestión.

- Además de haber desconocido el peritaje, la Sede no tomó en cuenta la calificada opinión del Gerente Assanelli (fs. 537) quien fue coincidente con los testimonios de la Contadora Bereta (profesional externa) y con todas las descripciones del peritaje, quienes coincidieron en el sentido de demostrar que en la especie fue el Banco el que incumplió modificando como dijo el perito el protocolo comercial habitual.

- El "ad quem" aplicó erróneamente las normas que regulan la responsabilidad contractual, los efectos y la interpretación de los contratos, arts. 218, 221 del Código del Comercio, arts. 1291, 1297, 1341, 1497 y 1499 del Código Civil y concordantes del Código del Comercio.

- Ninguna cláusula contractual autorizaba la cancelación de operaciones no vencidas con el remanente de los recursos de la empresa como se hizo. El Tribunal aceptó tal potestad, sin embargo, ninguna cláusula legitimaba tal actitud e interpretación.

- La Sala, también se equivocó al expresar que en determinado momento, hubo reiterados avisos que se suspendería la relación, que se dejaría sin efecto el contrato en línea de crédito o el de cuenta corriente, por cuanto ello no fue así. No hubo prueba en todo el proceso de un preaviso, salvo los dichos de la parte demandada, nada más.

- En definitiva, la recurrente solicitó que se procediera a casar el fallo recurrido y en su lugar se hiciera lugar a la demanda promovida (fs. 802-821).

III.- Que la parte demandada al evacuar el traslado del recurso solicitó el mantenimiento de la impugnada (fs. 824-834).

IV.- Que previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en forma legal.

CONSIDERANDO QUE:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus miembros, hará lugar al recurso deducido y, en su mérito confirmará el pronunciamiento de primera instancia, salvo en cuanto a la condena en carácter de pérdida de chance, la que se estima en un 15%.

II.- Con carácter previo, manteniendo la posición adoptada en otras oportunidades por la Corporación, corresponde relevar con respecto a la interpretación de los contratos, que es jurisprudencia constante de la Corporación que ésta constituye "quaestio iuris", por lo que es pasible de revisión en etapa casatoria (Sentencias Nos. 54/95, 56/93, 141/98, 98/04, 184/05, 127/09, 216, 13 y 247/13, entre otras).

Como lo ha sostenido la Corte, las cláusulas que conforman los contratos, son normas jurídicas en la medida que conforme a la regla que consagran los arts. 209 del Código de Comercio y 1.291 del Código Civil (principio de asimilación del contrato a la Ley), constituyen normas que vinculan a las partes como la Ley misma. También se entiende que es cuestión de Derecho, como es obvio, todo lo relativo a la interpretación de los contratos, señalándose que dicho negocio jurídico crea normas jurídicas, por lo que la sentencia es revisable en casación (E. Vescovi, "El recurso de casación", nota 25, pág. 70); (ver entre otras, Sentencias de la Corporación Nos. 250/85; 327/85; 31/91; 388/04, 115/07).

En estos términos y en función de los agravios formulados por la recurrente, corresponde determinar si el Tribunal incurrió en errónea interpretación de las normas vinculadas al incumplimiento contractual y de la prueba, básicamente a la prueba pericial producida en autos.

III.- La Sala revocó la sentencia de primera instancia, postulando que existió un claro incumplimiento de la parte actora que justificó las medidas adoptadas por la demandada de clausurar la cuenta ya que nada la obligaba a seguir manteniendo un sobregiro que claramente violaba lo dispuesto contractualmente (fs. 793).

En primer lugar, cabe relevar que contrariamente a lo interpretado por la Sala, la mayoría que conforma este pronunciamiento, no participa de dicho criterio, por el contrario se defiende con el "ad quem" en que la suspensión de la línea de crédito otorgada, se encontraba plenamente justificada, conforme a los parámetros de los contratos celebrados entre las partes.

En efecto, corresponde mencionar que, sin perjuicio que la relación comercial no estaba regulada expresamente en los contratos que vinculaban a las partes, en la especie importa entender el acuerdo o modelo de gestión y a la forma de proceder que ambas partes habían asumido durante los 15 años de relacionamiento comercial. Pues atendiendo a ello, era de esperarse que se siguiera aplicando el Protocolo Comercial habitual, en función del principio de buena fe que debe regir en este tipo de relaciones, que suelen basarse en la confianza que genera la entidad por un lado y el cliente que opera con ésta por otro.

En este punto, se comparte el análisis realizado en primera instancia, cuando se señaló que el actor acreditó que el cambio que realizó la demandada sin justificación ni previo aviso, fue ilícito, al surgir de una

interpretación contextual del contrato que se había pactado la obligación de comunicar, con la debida antelación, la rescisión del contrato de línea de crédito, circunstancia que al no surgir del cúmulo probatorio, no habilita a eximir de responsabilidad al demandado.

En relación al contenido normativo negocial que vinculaba a las partes, resulta trasladable a la causa, lo indicado por la Corte en Sentencia No. 168/03, cuando citando al Profesor Blengio expresó que: "... el contrato, que es la manifestación por excelencia de la autonomía privada, el reconocimiento a la fuerza vinculante asignada a la norma creada por el acuerdo de voluntades, tiene una emblemática asimilación a otra especie normativa, de rango superior a la que está subordinada: la Ley (art. 1.291 C.C.). El conjunto de normas ordenativas referentes al contrato como fuente de efectos jurídicos, permite inferir que las mismas se estructuran en primer lugar en torno a diversas manifestaciones del principio de libertad: decidir si se contrata o no, elegir el tipo negocial y al cocontratante y de determinar el contenido de la autorregulación".

En segundo lugar: "que esa libertad no es omnimoda por cuanto...la autonomía, es decir la potestad de crear normas jurídicas a través del acuerdo de voluntades, es admitida dentro de ciertos márgenes...".

Y más adelante agrega que será necesario "que tal acuerdo de voluntades se ajuste a las previsiones de la Ley entre las que tienen especial relevancia las referidas al objeto, la causa y las denominadas cláusulas generales como las del orden público, buenas costumbres, buena fe... no sólo en base a las normas del Código, sino la globalidad del ordenamiento, y en primer lugar las disposiciones constitucionales (La autonomía de la voluntad y sus límites, A.D.C.U. t. 27, págs. 396, 397)".

Trasladando tales expresiones al caso de autos, como surge del análisis que practicara la "a quo", de los contratos agregados en autos se desprende que la línea de crédito garantizada con la cesión de crédito en el año 2001 ascendía a U\$S50.000, la que fue ampliada en al año 2009 a U\$S150.000 y luego a U\$S200.000, surgiendo asimismo de los referidos documentos que la rescisión del contrato debía ser previamente notificada a su cocontratante.

Asimismo de la cláusula décimoprimer del contrato de cesión de crédito surge que la parte demandada se obligaba a devolver a la actora el monto de los créditos cedidos que excedan la suma que la cedida adeudara (fs. 66), y en la modificación y ampliación de la cesión de crédito, en la cláusula décima se desprende que como Bandes podía autorizar la reutilización del crédito, el contrato era válido mientras no se notificara por escrito lo contrario (fs. 32 y 33, y 125 a 128).

En igual sentido, del instrumento que documenta la cesión de créditos (fs. 120-124) al regular la posible compensación de los saldos de la cuenta corriente con las deudas exigibles a cargo de cualquiera de los titulares, se estableció el preaviso como medio válido de notificación entre los contratantes.

En este orden, del informe pericial obrante en autos, coincidente con las declaraciones testimoniales de la contadora externa de la actora, así como el gerente de la demandada de la sucursal Colón, se desprende que el importe de las facturas de Tienda Inglesa no era utilizado en un 100% para cancelar deudas existentes entre actora y demandada, sino que su mayoría era acreditado en la cuenta corriente de la actora

para que hiciera frente a las obligaciones vencidas y gastos de funcionamiento de la empresa.

Asimismo, se desprende de autos que la demandada habitualmente descontaba los importes de las facturas acreditando, antes que fueran cobradas, en principio el 90% y luego el 80% en la cuenta corriente de la actora a fin de proveerle disponibilidad de dinero, suscribiéndose un vale y cuando la factura era efectivamente cobrada, se cancelaba con un 10% al inicio y luego con un 20%, liquidándose intereses y depositándose el saldo en su cuenta corriente.

En definitiva, el Tribunal incurrió en errónea aplicación de los arts. 1.291 y 1.297 del Código Civil, al comprobarse que la demandada se apartó de las normas contractuales, que son Ley entre las partes y, en ese marco de incumplimiento atendiendo a la dependencia financiera de la actora es que se provocó el daño reclamado por la empresa Surcos S.R.L.

A su vez, de acuerdo a lo estatuido por el art. 1.298 del Código Civil, la voluntad de los contrayentes habrá de tenerse en cuenta, pero en conexión lógica con lo que resulte del contenido de las obligaciones del contrato, el cual surgirá, no solamente de lo pactado por las partes en los contratos, sino también de los hechos posteriores de los contrayentes (art. 1.301 del Código Civil).

Como se señaló en Sentencia No. 115/07: "El art. 1.301 del C. Civil admite tomar en cuenta los hechos posteriores al acuerdo debatido, ejecutados por las partes, para la reconstrucción de sus comunes intenciones, pero nada impide que también se acuda a las circunstancias fácticas anteriores, orientadas en el mismo sentido (Cfme. Gamarra, ob. cit., pág. 223)".

Y al respecto, resulta relevante que al contestar la demanda (fs. 298), el demandado señaló que en determinados sobregiros producidos en forma esporádica, el Banco se limitó a pagar con fondos propios cheques librados contra la cuenta, a fin de evitar que el cliente padeciera las consecuencias negativas de la devolución de éstos por falta de fondos.

Por ello, en ese contexto resulta claro que si bien contractualmente la cuenta corriente de Los Surcos S.R.L. no contaba con autorización para girar en descubierto, lo cierto es que en alguna oportunidad ello sucedió y fue contemplado por el propio Banco.

Elementos de convicción que corresponde analizar conjuntamente con otros extremos que surgen de autos relativos a los hechos posteriores de los contrayentes que permiten esclarecer, conforme señalamos anteriormente, cual fue la común intención de las partes al respecto.

Así, como lo señalara la "a quo" a fs. 707 vto., tal operativa negocial fue manifestada por la parte actora y admitida por la demandada cuando afirmó que el Banco procuró durante el tiempo en que se desarrolló la relación comercial un justo equilibrio liberando los importes cedidos en cuanto excedieron lo necesario para cancelar las obligaciones vencidas.

Por lo que cabe concluir, como se señalara en el pronunciamiento citado "ut supra" que: "La posición contraria supondría desatender la pauta interpretativa prevista por el art. 1.301 C. Civil, sin tener en cuenta que el conjunto de actos realizados por las partes en ejecución del tipo contractual posee un indudable valor como medio hermenéutico, en razón de lo que podría denominarse un principio de coherencia y de continuidad en la voluntad contractual, en la fase de conclusión y en la fase de ejecución del contrato"(Cfme. Díez Picazo - cita de Rodríguez Russo, ob. cit., pág. 201).

Ahora bien, resulta significativa la conducta adoptada por la demandada quien admitió y resultó corroborado en autos, que en enero de 2010 varió la forma en que se desarrolló el vínculo comercial con la actora, modificando su forma de actuar respecto del crédito cedido por la promotora, sin preaviso que le permitiera adoptar los recaudos necesarios para poder seguir funcionando, y sin que hubiera existido un cambio trascendente en la situación económica financiera de la actora que determinara tal proceder.

De allí que se compartan las conclusiones a las que arribó la sentenciante de primer grado, cuando afirmó que: "...sin perjuicio que del contrato de cesión de crédito surge que es global por los créditos presentes y futuros que la actora tenga contra Tienda Inglesa por tiempo indeterminado, es claro que la verdadera intención de la partes era que sólo una parte de ese crédito iba a ser utilizado en beneficio de la demandada para cancelar adeudos de la actora (los vencidos) mientras que el excedente que era mayor del importe cobrado, beneficiaba a la actora" (fs. 709 vto.).

De conformidad a lo expuesto, asistiéndole razón a la impugnante corresponde recibir el recurso de casación interpuesto y anular la recurrida en los aspectos concretos de agravios, confirmándose el fallo de primer grado.

IV.- En cuanto a la alegada errónea valoración de la prueba y en especial a la prueba pericial producida en autos, cabe recordar que la Corte en Sentencia No. 374/2012, remitiéndose a un fallo anterior, señaló que: "Como decidió la Corporación en Sentencia No. 47/08 en relación a la prueba pericial: 'la adopción por el Tribunal de las conclusiones periciales, no requiere en nuestro ordenamiento fundamentación ulterior, como sí lo impone, en cambio, el apartamiento (art. 184 C.G.P.), más aun cuando, como en el subexamine, la pericia en cuestión no fue objeto de oportuna impugnación o crítica de parte (Cf. Código General del Proceso, obra colectiva dirigida por el Prof. Vescovi, T. 5, 1998, pág. 357)'. "

Si el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetable y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel" (Cf. Sentencia No. 352/04).

Así también ha expresado la doctrina procesalista vernácula, al estudiar el tema de la valoración de la prueba pericial.

El profesor Tarigo señaló: "El Tribunal deberá tomar en consideración al valorar la pericia, la competencia de los peritos, la unidad o disconformidad de sus opiniones, los principios técnicos o científicos en que se funda el dictamen, la concordancia de su aplicación con las reglas de la lógica y de experiencia de la sana crítica, y los resultados de los restantes medios de prueba producidos en el proceso. El Tribunal no puede, desde luego, guiarse por su sola convicción, debiendo por el contrario, y tal como lo exige expresamente el art. 184, expresar en la sentencia las razones en que se ha fundado para apartarse del dictamen pericial si así hubiera acontecido" (Cf. Lecciones de Derecho Procesal Civil, T. II, Ed. 1994, pág. 116).

En el mismo sentido, el Prof. Cardinal indicó: "...puede sostenerse entonces que, en el caso de divergencia entre el criterio del juzgador y del perito el primero debe, fundadamente, explicitar los motivos de apartamiento del dictamen en base al resto de las probanzas diligenciadas en el proceso o en reglas de razonamiento propias de la ciencia, arte o

técnica propias del experto, añadiendo en referencia al apartamiento del dictamen que, debe tenerse presente las posibilidades de apartamiento basadas en razones de mérito al examinar el contenido del dictamen. Primeramente, el Tribunal puede justificarlo en errores sea en la práctica de la prueba que hacen que el experimento carezca de eficacia para el caso concreto, sea en errores de razonamiento que lleven a una conclusión reñida con la lógica o el normal modo de acontecer...".

Una segunda posibilidad es aquella en la cual el Tribunal, en mérito al resto de las probanzas diligenciadas entiende incompatible la conclusión del experto con los hechos tenidos por acreditados según el cúmulo probatorio; en tal caso, la fundamentación del apartamiento se encuentra en tal circunstancia, que el decisor debe analizar en su sentencia; precisando en sus conclusiones que: "salvo el caso de inexistencia de impugnación o crítica al dictamen -en el cual el Tribunal puede simplemente fundarse en el mismo para tener por probado el hecho objeto de pericia-, siempre que en la valoración del mismo el juzgador comparta o se aparte de sus conclusiones, debe fundamentar su posición respecto de su eficacia convictiva"(Cf. R.U.D.P. No. 4, 1996, pág. 641 y ss.).

Pero además, como bien se indicó en primera instancia, correspondía a la parte actora probar su pretensión, es decir, que el Banco Bandes cambió sin justificación alguna ni preaviso, el desarrollo de la relación comercial, lo que se tuvo por acreditado en dicha instancia, pero no así por la Sala, quien entendió justificada la supresión de la línea de crédito otorgada, cuando de la prueba pericial producida "...surge plenamente acreditado que al 8/1/2010 la actora superaba el límite de crédito otorgado por Bandes en un 9,43% más de sus garantías otorgadas a fecha 8 de enero del 2010 (fs. 575)..." (fs. 793).

Cuando en rigor, el informe pericial corroboró lo consignado por la actora, en el sentido que sin previo aviso, Bandes no vertió a la cuenta corriente el importe habitual de las facturas de Tienda Inglesa (80%) y luego, una vez efectuados los depósitos por parte de la actora, los destinó a pagar vales que aún no estaban vencidos, lo que no era la práctica habitual que venía ejerciendo el Banco.

Tampoco se puede dejar de apreciar lo manifestado por el perito en la ampliación en el sentido que si Bandes el 8 de enero hubiera depositado en cuenta corriente de Surcos S.R.L. el 80% del importe de las facturas de Tienda Inglesa (como era lo habitual), la empresa igualmente hubiera estado en sobregiro, aunque claro está por un monto sensiblemente menor, en vez de un sobregiro de \$686.466,06 hubiera sido de \$16.871,31 cifra que, dada la operativa comercial y comparada con otros sobregiros mantenidos en otras oportunidades, resultaba insignificante (fs. 297 vto.).

Pero ello no fue así en tanto quedó demostrado, a través de la pericia practicada, que en enero de 2010 Bandes cambió de forma de proceder y sin previo aviso, lo que acredita que incurrió en responsabilidad por no actuar de acuerdo a la conducta esperada, ni de buena fe.

V.- En consecuencia de lo anterior, corresponde establecer la condena objeto del referido pronunciamiento.

Como surge de la causa, la promotora solicitó la resolución del contrato de apertura de cuenta bancaria, de concesión de línea de crédito de descuento de facturas contra cesión de créditos y garantía, sus ampliaciones y modificaciones. Además, solicitó se condenara al Banco el pago de

los daños y perjuicios ocasionados a la empresa, lo que estimó en la suma de \$36.798.817,00 (fs. 95).

Como lo indicó la Corte en Sentencia No. 452/2013: "La llamada pérdida de chance no es un rubro específico del daño reparable sino que se estudia en los caracteres del perjuicio (debe ser personal, lícito, cierto y directo), esto es, cuando se analiza la debida certidumbre. El elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una chance presenta los caracteres de directo y cierto cada vez que está constatada la desaparición de la probabilidad de un acontecimiento favorable aunque, por definición, la realización de una chance no es jamás cierta. Se ha dicho que la pérdida de chance se ubica entre el perjuicio cierto y el eventual; como el primero y a diferencia del segundo, es reparable. No se limita a un perjuicio personal, puede configurarse en materia de reparación del daño a los bienes; así, a título de ejemplo la jurisprudencia toma en consideración la pérdida de chance de ganancias que representará la conclusión de un contrato (V. Chartier, Ives, 'La réparation du préjudice', Ed. Dalloz, París, 1996, pág. 14)".

En la especie, se coincide con el pronunciamiento de primera instancia, cuando se entiende que ante la ausencia de elementos suficientes para evaluar la cuantificación de los daños y perjuicios, cabe diferir a la vía del art. 378 del C.G.P., debiéndose tomar como parámetro el valor venal de la empresa a cuyos efectos se atenderá a los balances que surgen de autos.

Sin embargo, se disiente con la misma en lo que refiere a los parámetros a tener en cuenta al momento de la estimación de la pérdida de chance, es decir, atender a cual hubiera sido la chance que obtendría la empresa de seguir funcionando, si el demandado hubiera avisado con un tiempo razonable el cambio de las condiciones del relacionamiento o culminación de la misma.

En la medida que quedó acreditado en la causa que la demandada no dio preaviso alguno, se estima que a los efectos de la apreciación de la chance pérdida, lo que realmente cabe establecer es si, en caso de haber obtenido dicho preaviso, hubiera podido evitarse el denunciado desmantelamiento de la empresa.

Y al respecto, resulta del informe del perito designado en autos, quién señaló que: "...se conoce a ciencia cierta que tiene absolutamente todas las garantías, desde empresariales a personales otorgadas al Banco, sin que tenga posibilidades de cambiarse de institución financiera y poder seguir su actividad normalmente..." (fs. 591).

Así, teniendo en cuenta el informe del perito, y los demás elementos que surgen de autos evidencian que la empresa venía ampliando su crédito lo que si bien demuestra la confianza que tenía el Banco en su cliente y la conformidad con las garantías que le otorgaba, ello también es indicador que estaba necesitando cada vez más liquidez para su giro diario a efectos de pagar a sus proveedores.

Lo que conduce a entender que si la demandada le hubiera otorgado un preaviso de por lo menos 90 días -teniendo en cuenta la operativa comercial que se extendió por años-, las posibilidades que hubiera tenido la accionante para hacer frente a las nuevas condiciones impuestas por la accionada, o de recurrir a otras formas o fuentes de financiación que le hubieran permitido continuar con el giro comercial. Al tratarse de una operativa comercial importante y que venía de años atrás, se estima prudente y razonable fijar el quantum de la pérdida de la chance en un 15%.



VI. - Las costas se deberán abonar en el orden causado.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría

FALLA:

CASASE LA SENTENCIA RECURRIDA Y, EN SU MERITO CONFIRMASE EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA, SALVO EN LO QUE HACE A LA PERDIDA DE CHANCE, QUE SE ESTIMA EN UN 15%, SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL.

PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUELVA SE.

DR. JORGE CHEDIAK DISCORDE: Por cuanto entiendo corresponde desestimar el recurso de casación movilizado, sin especial condenación, por los siguientes fundamentos:

I) Surge del libelo introductorio que la actora promovió demanda pretendiendo el cobro de los daños y perjuicios que sostiene le fueron causados como consecuencia de incumplimientos de orden contractual en que habría incurrido la accionada.

Así, sostiene que el Banco Bandes Uruguay S.A. incumplió la ejecución del contrato de línea de crédito, no cubrió la cuenta corriente, no la proveyó de fondos, a pesar de las sólidas garantías reales, personales y cesión del cien por ciento de toda la cobranza de sus clientes, estando la empresa autorizada a sobregirar.

En definitiva, reclama se declare la resolución de los contratos de apertura de cuenta corriente bancaria, de concesión de línea de crédito de descuento de facturas contra cesión de crédito en garantía, sus ampliaciones y modificaciones, por incumplimiento culpable del demandado y se le condene a reparar el daño ocasionado por su incumplimiento contractual que sostiene: "...no es otro que el monto correspondiente al valor unitario, valor llave de la empresa que se desmanteló, desarticuló, y dejó de existir en el mercado por la culpa de la conducta civil del demandado, es decir que se reclama por concepto de daños y perjuicios que se indemnice la cantidad de \$36.798.817,00... monto resultante de la tasación de la empresa..." (fs. 90 vto.).

II) A los efectos de la dilucidación de lo debatido en la causa, deviene imprescindible considerar los múltiples contratos que vincularon a las partes.

II a) "GARANTIA HIPOTECA-RIA" del 30/XII/1997, por la que se confiere una de línea de crédito (fs. 107/113) y su "AMPLIACION DE CREDITO HIPOTECARIO" del 1/XII/1998 (fs. 103/106).

Surge de ambos documentos que la línea de crédito fue concedida "...para ser utilizado en una sola vez o en varias operaciones como ser: préstamos, adelantos, vales, títulos valores en general, tarjetas de crédito, descuentos de documentos, créditos documentarios, financiación de exportaciones, fianzas, avales y/o garantías concedidas u otorgadas por COFAC, o cualquier otra operación del tipo que sea, por la que ésta deviniera acreedora" (fs. 103 vto. y 107 vto.).

En la cláusula CUARTO del contrato de garantía hipotecaria suscrito en 1997 (aplicable a la ampliación de 1998, en virtud de lo dispuesto en su cláusula TERCERO, fs. 104 vto.): "Los plazos acordados para la restitución de

los importes adeudados y sus intereses, caducarán de pleno derecho, haciendo exigible automáticamente la hipoteca, en caso de configurarse cualquiera de las siguientes circunstancias: a) incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el presente contrato..." (fs. 109).

II b) Contrato de "CESION DE CREDITOS" del 22/II/2001, por el cual las partes acordaron una línea de crédito hasta la suma de U\$S 50.000 y como contrapartida la actora cedió "...toda la facturación que le hacen a TIENDA INGLESA, hasta la cancelación definitiva de los préstamos que la firma mantiene con COFAC" (fs. 66).

Corresponde tener presente que dicha línea de crédito fue sucesivamente ampliada hasta llegar a la suma de U\$S200.000, conforme surge de los documentos incorporados en fs. 125/126 vto. ("Ampliación y modificación de cesión de crédito en garantía", del 10/VI/2009) y fs. 132/134 ("Cesión de crédito en garantía", del 23/X/2009).

Del último de los documentos referidos surge que: "Las partes convienen expresamente que: a) la línea de crédito relacionada en la cláusula primera puede ser cancelada o disminuida en cuanto al monto en cualquier momento por BANDES URUGUAY sin expresión de causa y sin que tal decisión genere derechos a indemnización de daños y perjuicios de ninguna naturaleza a favor del cedente; b) operará la mora de pleno derecho..." (fs. 133 vto.).

II c) "Contrato de apertura de cuenta corriente bancaria", agregado en fs. 120/124. De este contrato surge en su punto 3.2 lit. c que el titular de la cuenta corriente deberá "proveer de fondos a la cuenta, en cantidad suficiente para atender puntualmente todos los pagos que deba efectuarse contra la misma. De no mediar previa autorización expresa y por escrito de COFAC, no se podrán girar cheques ni emitir órdenes de pago contra la cuenta en descubierto, y si se hace, COFAC no los pagará..." (fs. 120).

III) En ese marco contractual, corresponde ingresar al estudio de los agravios expresados por el actor al recurrir en casación.

En primer lugar, se agravia el recurrente por entender que la Sala se aparta, sin fundamento, de las conclusiones a que arribó el Sr. Perito en su informe que luce incorporado en fs. 567 a 594 y su ampliación (fs. 614 a 622).

En este orden sostiene el impugnante que "...se ha incurrido en error al aplicar el art. 184 del C.G.P., de acuerdo a las reglas del art. 140 del C.G.P., por cuanto las conclusiones del peritaje dispuesto de oficio por la Sede, han sido objeto de apartamiento por parte del Tribunal, sin consignarse fundamento de carácter técnico para ello, por lo que no se aplicó la regla de la sana crítica, art. 140 del C.G.P.... de manera que se obvió el resultado y conclusión del referido peritaje, interpretándolo fuera de contexto" (fs. 802 vto.).

No comparto lo expresado por el impugnante, en la medida que no advierto que la Sala hubiere efectuado una errónea valoración de las probanzas obrantes en autos sino que la decisión adoptada resultó acorde a la pericia realizada, no pudiendo afirmarse que haya trasgredido lo dispuesto por el art. 184 del C.G.P. en tanto no se apartó de los dictámenes técnicos obrantes en autos, sino que la decisión resultó acorde a los mismos. Es más, basta la lectura de la atacada para comprobar que en ella se refiere en múltiples ocasiones al peritaje y en él se apoya la fundamentación de la Sala.

Véase que el razonamiento en que se sustenta el fallo de segundo grado se apoya en lo siguiente:

- "...de un examen de la prueba pericial producida surge plenamente acreditado que al 8/1/2010 la actora superaba el límite de crédito otorgado por Bandes en un 9,43% más de sus garantías otorgadas a fecha 8 de enero del 2010 (fs. 575).

El sobregiro de la empresa Surcos se ubicaría en \$312.950,85 pagando todos los cheques devueltos y los pasivos que se debían a Bandes en ese momento (fs. 577)" (fs. 793).

- "...en la especie surge de la pericia practicada que el endeudamiento de la actora excedió el límite de crédito previsto contractualmente, lo que produjo un desequilibrio de la ecuación financiera del contrato y por ende de las contraprestaciones asumidas por la demandada" (fs. 794).

- "Cabe señalar que no existe a juicio de la Sala bases ciertas que permitan inferir que el sobregiro de mención podría haberse levantado con la presentación de nuevas facturas aportadas por el normal y diario funcionamiento de la empresa (fs. 577), ya que el perito afirma tal circunstancia en forma especulativa o condicional, sin aportar datos concretos que determine que tal extremo podía verificarse.

(...)

Es más como afirma el Cr. Nelson Chicurel, en la ampliación de pericia que le fuera solicitada, aún en el caso de que el banco hubiese depositado \$686.466,06 la promotora hubiera seguido estando en sobregiro, aunque por una cifra exigua (\$16.871,31). Al 5/1/2010 la empresa ya tenía tomada la totalidad del crédito concedido y estaba empleando fondos dados por el banco por encima de la línea de crédito. En efecto si el banco hubiera adelantado el 80% de las facturas de Tienda Inglesa igualmente la posición pasiva de la actora iba a ser la misma, se cancelaría el sobregiro pero se estaría utilizando créditos por encima de la línea concedida en un 9,43%, lo que conlleva a que la demandada haya puesto fondos propios para cancelar las obligaciones correspondientes" (fs. 795/796).

- "Con relación a que la demandada se habría quedado indebidamente con pagos que no acreditó a la cuenta corriente, el perito fue concluyente sosteniendo que el importe correspondiente a los giros últimos de Tienda Inglesa del 18/1/2010 y 2/2/2010 fue aplicado a diferentes vales que la empresa actora firmó anteriormente con Bandes (fs. 580). En esos meses de enero y febrero vencían algunos vales, por lo que Bandes imputa ese pago de Tienda Inglesa a su cancelación, y por ello es que no lo acredita en la cuenta corriente. Bandes no estaba obligada a imputar esos importes a la cuenta corriente si tenía otros créditos para cobrarle al mismo deudor (ver cláusulas 4o. y 5o. de la ampliación y modificación de hipoteca, fs. 124 v./125, entre otras).

Del informe pericial se desprende que la empresa, aún pagando todos los vales, tiene cheques devueltos contra su cuenta por la suma de \$9.282.958,60 (fs. 591 y 593), de los cuales considera que sólo podría abonar \$1.565.594, restando cheques impagos por U\$S7.717.064 (ampliación pericial, fs. 622). No asegura enfáticamente que la actora hubiera abonado ni ésta ni aquella cifra permaneciendo aún en actividad y en plena zafra" (fs. 796/797).

- "Adviértase que según surge del informe pericial la actora había tenido que recurrir a préstamos particulares para paliar la situación (depósito de \$772.000 proveniente de un préstamo particular no bancario a la empresa por U\$S 40.000 (fs. 619), lo que hace suponer que carecía de fondos propios o genuinos para seguir operando. Por otra parte de la propia

demanda surge que la rentabilidad de la empresa es de entre el 8% y el 12%, monto al que debe restársele gastos y amortizaciones (fs. 72); es decir que el margen de utilidad era, entonces, escaso" (fs. 797/798).

Como viene de verse, lejos de apartarse de las conclusiones del Sr. Perito, la Sala sustentó la impugnada en los datos que surgen del informe pericial y su ampliación, lo cual le permitió concluir expresando -en términos compartibles- que: "...existió un claro incumplimiento de la parte actora que justificó las medidas adoptadas por la demandada. Las reglas de la sana crítica, indican que ningún prestamista público ni privado hubiera persistido en seguir asistiendo un emprendimiento que no mostraba señales claras de recuperación (no emerge de autos cómo la actora pensaba pagar esos U\$S500.000 a los tenedores de cheques)".

De lo anterior, surge claro que la Sala no se apartó de las conclusiones del peritaje y, en mi entender, en la interpretación del mismo bajo ninguna forma conculcó la Sala las reglas de la sana crítica.

Las conclusiones a que arriba el Tribunal en cuanto entiende acreditado que "...existió un claro incumplimiento de la parte actora que justificó las medidas adoptadas por la demandada", puede ser a lo sumo opinable, pero bajo ninguna óptica deriva de una valoración irracional o absurda del material probatorio, ésto es que dicha prueba "...no admita otra apreciación que la que precisamente le negó el sentenciador contra la evidencia, porque sí existe otra siquiera... no es posible el error de hecho en casación..." (Hernando Morales Molina, "Técnica de Casación Civil", pág. 157). Por consecuencia, la valoración probatoria realizada por el Tribunal no vulnera las reglas legales de la sana crítica.

IV) En lo demás, el recurrente señala que la Sala aplicó erróneamente lo dispuesto en los artículos 218 y 221 del Código de Comercio y artículos 1291, 1297, 1341, 1497 y 1499 y concordantes del Código Civil.

En este orden, entiendo que más allá de la denuncia de infracción de dichas normas, el recurrente no explica los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, por lo que a su respecto incumple con la carga impuesta por el artículo 273 nal. 2 del Código General del Proceso, lo que de por sí es suficiente para desestimar el agravio.

Es más, a poco que se estudie este agravio puede comprobarse que en realidad la actora vuelve a cuestionar la valoración probatoria de la Sala. Así, a modo de ejemplo sostiene: "De cualquier manera, el tema del sobregiro fue laudado por el perito..." (fs. 814), "Esto es lo que interpreta como se dijo el Señor Perito..." (fs. 815), "...esto lo advirtió el perito el incumplimiento de la cláusula 7a..." (fs. 815 vto.), "Estas son las conclusiones de la señora juez contestes con el peritaje y demás elementos que surgen de autos" (fs. 817 vto.), etc.

Por todo lo anterior, entiendo corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto, sin especial condenación.

DR. JULIO CESAR CHALAR DISCORDE: A mi juicio corresponde desestimar el recurso interpuesto, conforme los siguientes argumentos

I) La parte actora, LOS SURCOS S.R.L., promovió proceso ordinario contra BANCO BANDES S.A., peticionando la resolución de los contratos de cuenta corriente bancaria, de línea

de crédito "de descuento de facturas contra cesión de crédito en garantía" por incumplimiento del demandado, condenándolo al pago de los daños y perjuicios ocasionados por pérdida de la empresa, equivalentes a su valor llave, que conforme tasación agregada con la demanda sería de \$ 36.798.817, más ilíquidos.

La demanda se amparó parcialmente en primera instancia. En segunda instancia se revocó el fallo de primera instancia, desestimándose in totum la demanda, por entenderse que no existió incumplimiento alguno de la parte demandada.

Entiendo que el recurso de casación interpuesto por la parte actora debe ser desestimado, por no ser de recibo los agravios esgrimidos contra la sentencia de segunda instancia impugnada, conforme los argumentos que siguen. Salvo en lo expresado seguidamente, comparto los argumentos de la Sala.

II) Las obligaciones que se pretenden incumplidas. Cabe partir de señalar que la parte actora basa su caso en el supuesto incumplimiento contractual en que habría incurrido la parte demandada. Dicho incumplimiento se resume en la demanda en estos términos:

"ENTRE LOS MESES DE DICIEMBRE DE 2009 Y ENERO DEL CORRIENTE 2010, EL DEMANDADO BANCO BANDES URUGUAY S.A., SIN NINGUN ARGUMENTO JURIDICO VALIDO... DECIDIO RESOLVER (rescindir) UNILATERALMENTE, SIN PREAVISO, Y SIN NINGUN ESCRUPULO, LOS CONTRATOS DE LINEAS DE CREDITO CONCEDIDAS CONTRA DESCUENTOS DE FACTURAS Y FACTORING CON TIENDA INGLESA, INTERRUMPIO LA ASISTENCIA (sobregiro) A LA CUENTA CORRIENTE DE LOS SURCOS EN PLENA ZAFRA" (fs. 70).

"SE APROPIO DE DINERO AJENO APLICANDO A CANCELAR OPERACIONES NO VENCIDAS..." (fs. 75 vto.).

A efectos de clarificar el planteo de la cuestión, la parte actora afirma que la demandada Banco Bandes Uruguay S.A., había asumido ciertas obligaciones que fueron incumplidas. Las obligaciones asumidas serían según la parte actora:

1) Obligación de cubrir los sobregiros de la cuenta corriente bancaria de Los Surcos S.R.L. en Banco Acac.

2) Ante la presentación de facturas conformadas por Henderson & Cia. S.A. (Tienda Inglesa), obligación de proporcionar fondos equivalentes al 80% del importe de la factura, mediante préstamo.

3) Obligación de afectar en garantía de las líneas de crédito existentes los importes cobrados por pago de facturas emitidas por Los Surcos S.R.L. a Henderson & Cia. S.A.

III) Las obligaciones asumidas por las partes. Por otra parte, en la medida que se promueve un proceso por responsabilidad contractual, debemos determinar las obligaciones emergentes de los contratos que vincularon a las partes.

Así, en lo relevante para el caso, encontramos básicamente dos contratos de apertura de línea de crédito (uno con garantía hipotecaria, el otro garantizado con la cesión de facturas conformadas por Henderson & Cia. S.A. (Tienda Inglesa), y un contrato de cuenta corriente bancaria. Describo los principales caracteres de esos contratos:

a) Contrato de línea de crédito, con garantía hipotecaria, de fecha 30 de diciembre de 1997, ampliado, el 10 de diciembre de 1998, por hasta US\$39.840. Esta línea de crédito, y su ampliación, se otorga "para ser utilizado en una sola vez, o en varias operaciones como ser: préstamos,

adelantos, vales, títulos valores en general, tarjetas de crédito, créditos documentarios... o cualquier otra operación del tipo que sea, por la que ésta [la institución financiera] deviniera acreedora... Las operaciones se documentarán en cada caso conforme lo disponen las normas legales, reglamentarias o internas de COFAC, rigiendo los plazos y condiciones de reembolso... que se establezcan en los correspondientes documentos. En caso de que no resultaren de los mismos, las obligaciones se reputarán exigibles, a los diez días de su fecha..." (Cláusula PRIMERO, a fs. 107 y vto., y 103 y vto.). La cláusula CUARTO del primer contrato referido (fs. 109) establece: "Los plazos acordados para la restitución de los importes adeudados y sus intereses, caducarán de pleno derecho, haciendo exigible automáticamente la hipoteca, en caso de configurarse cualquier de las siguientes circunstancias: a) incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el presente contrato..." (fs. 109, subrayados agregados).

b) Contrato de línea de crédito de fecha 22 de febrero de 2001, por hasta US\$ 50.000, con cesión de créditos en garantía (a fs. 66 y 66 vto.), y sus ampliaciones/modificaciones. Se pactó que COFAC -antecesora de Banco Bandes Uruguay S.A.- "concede a LOS SURCOS SRL, una línea de crédito de hasta la suma de US\$50.000." En garantía, LOS SURCOS SRL cede "toda la facturación que le hacen a TIENDA INGLESA, hasta la cancelación definitiva de los préstamos que la firma mantiene..." (fs. 66).

El 10 de junio de 2009 las partes celebran un contrato por el cual incrementan el monto de la línea de crédito antes referida en US\$ 100.000, pasando a ser de US\$150.000 (fs. 125 y ss.). Se mantiene la cesión de créditos resultante de la facturación de LOS SURCOS SRL a TIENDA INGLESA (Henderson & Cia. S.A.).

El 23 de octubre de 2009 las partes celebran un contrato por el cual incrementan por segunda vez el monto de la línea de crédito en US\$ 50.000, por lo que LOS SURCOS SRL pasan a contar con una línea de crédito por US\$200.000 (adicional a la ya reseñada en el número 1 anterior por US\$39.840), fs. fs. 132 y ss.

Se mantiene la cesión de créditos antes referida, con la modificación que se pacta que se descontará hasta un 80% de las facturas conformadas por TIENDA INGLESA (Cf. cláusula TERCERO, a fs. 132 vto.).

Se pacta que "la línea de crédito relacionado en la cláusula primera puede ser cancelada o disminuida en cuanto al monto en cualquier momento por BANDES URUGUAY sin expresión de causa y sin que tal decisión genere derechos a indemnización de daños y perjuicios" (fs. 133 vto.).

c) Contrato de apertura de cuenta corriente bancaria, de fecha 29 de junio de 2001, a fs. 120 y ss. Se trata de un contrato tipo, por el cual el banco ofrece básicamente el servicio de caja (pago y cobro de cheques), además de obligarse a emitir estados de cuenta mensuales.

Expresamente surge que la cuenta deberá operar con fondos propios: el titular de la cuenta se obliga a proveerla de fondos suficientes para atender los pagos que deban efectuarse (cláusula 3.2 "c", a fs. 120). Es decir: no se autoriza a LOS SURCOS S.R.L. para girar en descubierto.

IV) La operativa relevada por la pericia. Entiendo que cabe referir a la operativa relevada por la pericia, en respuesta a su encargo, que comprendía, entre otros puntos, determinar cómo fue la operativa con relación al cobro de facturas de fecha 5 de enero de 2010.

El perito inicia su informe sobre este punto señalando:

"Tal como lo han establecido ambas partes la operativa habitual respecto a las facturas de la empresa, realizadas a HENDERSON & CIA. S.A. era la siguiente:

a) LOS SURCOS S.R.L. entregaba a BANDES facturas de Tienda Inglesa y en momento de dicha entrega, el banco acreditaba en la cuenta corriente No. 34134 de la empresa, el importe correspondiente al 80% del monto total de esas facturas.

b) Por el importe total de las facturas, BANDES emitía vales a 30, 60 o 90 días, que debía pagar la empresa mediante débitos en su cuenta corriente. Al debitarse los vales también se reliquidaban los intereses y comisiones bancarios, lo que significa que la diferencia de 20% original entre facturas y lo acreditado a la empresa, era favorable a esta última ya que los gastos bancarios, comisiones e intereses, eran menores a dicho porcentaje.

c) El monto total de las facturas era depositado por Tienda Inglesa, mediante giro electrónico en un plazo de 15 a 30 días, aparentemente en la cuenta corriente de la empresa en BANDES.

d) Con dichos fondos, BANDES cancelaba vales anteriores, que tenían vencimiento en ese momento o en fecha anterior, y que se debitaban en la cuenta corriente de la empresa.

e) Luego de ese proceso quedaba un saldo a favor de la empresa en la cuenta corriente de LOS SURCOS S.R.L. para que la misma lo usara como capital de giro...

f) Por último la empresa comunicaba a BANDES que seguía facturando a Tienda Inglesa, por lo que le iría a acreditar en su oportunidad la emisión de nuevas facturas correspondientes a nuevas ventas a HENDERSON y CIA S.A.

Estos seis pasos son bien claros en la operativa usual de LOS SURCOS S.R.L. con BANDES y a grandes rasgos no existe discrepancias entre las partes a excepción de cómo se realizaba el depósito por Tienda Inglesa" (fs. 571 y 572).

Como surge del propio dictamen pericial, la determinación de que ésta era la operativa habitual surge de lo manifestado por las partes en sus respectivos actos de proposición. Así señala al inicio el perito "Tal como lo han establecido ambas partes...", y reitera la idea al final al señalar "a grandes rasgos no existe discrepancias entre las partes". Reitero la fuente de información que toma el perito: las alegaciones de las partes.

Pues bien, siendo así, ca-be reparar en lo afirmado por Banco Bandes S.A. al respecto:

"30.- Sin embargo, atendiendo a la función de garantía de la cesión constituida, durante el tiempo en que se desarrolló la relación comercial con la actora, el Banco mantuvo una forma de operar que en todo momento procuró un justo equilibrio entre el derecho adquirido por el Banco como consecuencia de la cesión y la liberación de los importes cedidos, en cuanto excedieran lo necesario para cancelar las obligaciones vencidas.

De esta forma, en forma habitual, el Banco ha aplicado el resultado de cada giro recibido de Tienda Inglesa, al pago de las obligaciones ya vencidas que mantenía la cedente. Y previa constatación, de que Los Surcos S.R.L. le había comunicado la emisión de nuevas facturas por importe suficiente para atender las próximas obligaciones a vencer y las nuevas facturas emitidas ya hubieran sido recibidas sin objeción por Tienda Inglesa,

liberaba el excedente, acreditándolo en la cuenta corriente de Los Surcos S.R.L.

Esta circunstancia, naturalmente era estrictamente dependiente, de un único factor: el conocimiento por parte del Banco, de la existencia de la perspectiva (estimación) de futuros cobros, de los importes correspondientes a nuevas facturas ya emitidas por Los Surcos S.R.L. y recibidas sin objeción por Tienda Inglesa" (fs. 302 vto.).

V) Subsunción de la operativa realizada en el marco contractual vigente entre las partes. Entiendo que lo afirmado por la parte demandada que viene de transcribirse resulta probado en autos, y es de suma importancia, en tanto evidencia una práctica totalmente ajustada a los términos de los contratos suscriptos, y a la lógica de la operación económica en juego, práctica no debidamente resaltada por el informe pericial: una vez recibido el pago de Tienda Inglesa se pagaban obligaciones vencidas, si había una remanente, el Banco lo acreditaba en la cuenta de la actora únicamente si previamente: (i) contaba con información del cliente, de que existían más facturas a cobrar a Tienda Inglesa, por importe suficiente para atender las próximas obligaciones a vencer; y, (ii) esa información era corroborada por Tienda Inglesa.

Como señalé, lo afirmado por Bandes resulta corroborado por los términos de los contratos suscriptos: así la última regulación de la línea de crédito principal por su monto (US\$250.000) establece claramente que "...BANDES URUGUAY se reserva el derecho de disponer en cada caso, la oportunidad en que se efectuarán los desembolsos, atendiendo al cumplimiento de la deudora en materia de garantía e información, documentación, y capacidad de repago requeridas (...cuentas a cobrar, situación financiera de la empresa...) a satisfacción de BANDES URUGUAY, y sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula novena literal a)" (fs. 133).

Además de estar corroborado por los contratos suscriptos, tal práctica (que se podría resumirse en: "presto si tengo información que acredita solidez financiera de mi deudor") es totalmente adecuado al sentido común y la práctica negocial de plaza.

Y en el presente caso, hay hechos que evidenciaron al BANDES que la situación financiera de Los Surcos S.R.L. tuvo un brusco cambio negativo sobre fines de 2009 y los primeros días de 2010, que, habilitaban al Banco a proceder como lo hizo, al no verter el 80% del giro recibido de Tienda Inglesa. Esos hechos son: (a) la inexistencia de futuras facturas conformadas de Tienda Inglesa; y, (b) la crítica capacidad de repago que evidenciaba el inusitado sobregiro registrado en diciembre de 2009, que importaba incumplimiento del contrato de cuenta corriente (ya el obrante a fs. 120 a 121 vto.), ya el que se ha postulado precedentemente existiría según el actuar precedente de las partes).

(a) La inexistencia de futuras facturas conformadas de Tienda Inglesa. Como surge de autos (fs. 525 a 528), no existían más facturas para cobrar a Tienda Inglesa fuera de las ingresadas al cobro el 5 de enero de 2010. En tal sentido, Tienda Inglesa informó que los giros efectuadas el 18 de enero de 2010 y el 2 de febrero del mismo año fueron los últimos realizados a la parte actora. De ello se desprende que, como señaló la demandada, Los Surcos carecía del respaldo de futuras facturas conformadas.

(b) La crítica capacidad de repago de Los Surcos. El incumplimiento del contrato de cuenta corriente. En primer término, Los Surcos había incurrido en un sobregiro absolutamente fuera de lo habitual, que evidencia una situación



financiera crítica. La cuenta corriente de Los Surcos no tenía autorización para girar al descubierto, como surge claramente del contrato respectivo. Por ello, cualquier sobregiro importa incumplimiento (se pactó mora automática, v. fs. 121 vto.).

Y aún cuando se considerara, como lo hacen los votos precedentes, que el contrato fue modificado -lo que no admito-, y que el sobregiro estaba autorizado conforme la práctica que surge acreditada, es claro que tal sobregiro tenía cierta duración temporal y monto (sería absurdo sostener que Bandes estaba obligado a sostener cualquier sobregiro), tal sobregiro sería en todo caso el que surge de los antecedentes. Y bien en ese caso, el sobregiro registrado en diciembre sobrepasaría largamente el "aceptado" por las partes.

Pues bien, en cualquiera de las dos hipótesis anteriores (sobregiro prohibido conforme contrato de 29 de junio de 2001, o sobregiro prohibido por no tener características del autorizado -por su monto y duración-) existe incumplimiento de Los Surcos SRL, y la no provisión de fondos por BANDES es perfectamente lícita y lógica.

Del estudio de los estados de cuenta bancarios de la Los Surcos obrantes a fojas 161 a 241, que comprenden las operaciones desde el 1o. de enero de 2009 al 30 de marzo de 2010, surge que el sobregiro registrado en diciembre de 2009 no seguía el patrón de los anteriores, lo que daba cuenta de una muy comprometida situación financiera.

En efecto si se revisan todos los estados de cuenta, se advierte que los sobregiros son bastante esporádicos (deben distinguirse de los "pregiros", denominación con la cual se refiere a saldos negativos que se cubren el mismo día). Así, cabe reseñar los siete episodios de sobregiro registrados entre enero y noviembre de 2009:

- El primer día con cierre con saldo negativo del año se registra el día 5 de junio, por un importe de \$160.902,78, y un día hábil de duración (fs. 188 -fs. 28 de 51 del estado de cuenta-).

- El segundo episodio de sobregiro del año se registra el 11 de junio, por un importe de \$U13.511,11, y un día hábil de duración (fs. 189).

- El tercer sobregiro del año se registra a partir del 17 de junio, por ocho días hábiles, por importes variables cada día -mínimo \$U1.644,69, máximo \$U 398.197,55- (fs. 190 y ss.).

- El cuarto sobregiro del año se registra los días 1 y 2 de julio, por \$U71.838,69 y \$U75.023,69 cada día (fs. 192).

- El quinto sobregiro del año se verifica luego recién en el mes de setiembre, comprende cuatro días hábiles a partir del 15 de setiembre, por importes variables cada día -mínimo \$U90.089,09, máximo \$U388.037,59- (fs. 209 y ss.).

- El sexto episodio de sobregiro se extiende por tres días hábiles a partir del 28 de setiembre, por importes variables cada día -mínimo \$U153.275,53, máximo \$U480.533,35- (fs. 206).

- El séptimo episodio de sobregiro, último antes de diciembre, se dará el 25 de noviembre, por un importe de \$U45.999,59 (fs. 217).

Por el contrario, los episodios de sobregiro en el mes de diciembre fueron de mayor gravedad:

- El primero se inicia el 9 de diciembre y finaliza el día 15, cinco días hábiles, con cierre negativo de \$U504.031,02.

- El segundo se inicia el 17 de diciembre, dura tres días hábiles, con cierre negativo de \$U73.246,53.

- El tercero se inicia el 28 de diciembre y culmina el 4 de enero de 2010, cuatro días hábiles con cierre negativo de \$U536.567,10.

Como se advierte, contra los 7 episodios producidos en diez meses, en diciembre se producen 3, por importes promedio mucho mayores que los habituales. Ello evidencia una situación financiera crítica de Los Surcos S.R.L., amén de un claro incumplimiento de la parte actora de sus obligaciones como cuentacorrentista del BANDES.

En ese escenario, en enero de 2010, en el marco del contrato de línea de crédito con cesión de créditos en garantía, atento a la mala situación de su cliente, BANDES ejerce su derecho a descontar de las facturas presentadas el 5 de enero un importe menor al habitual, porque la situación no era habitual. Y ello lo hace conforme lo expresamente pactado (cláusulas SEGUNDA y CUARTO ya referidas, conforme las cuales BANDES descontaría "hasta el 80%" de las facturas, y prestaría según la situación financiera del cliente).

Por ello, concluyo que la demandada no incurrió en incumplimiento alguno, en lo que a sus obligaciones derivadas del contrato de línea de crédito vigente al momento de los hechos, ni de las derivadas del contrato de cuenta corriente. No existió por parte de la demandada rescisión sin previo aviso, sino, como viene de verse, actuación en el marco de las obligaciones pactadas.

VI) Incumplimiento de la obligación de afectar en garantía de las líneas de crédito existentes los importes cobrados por pago de facturas emitidas por Los Surcos S.R.L. a Henderson & Cia. S.A.

En el único aspecto en que entiendo asistiría razón a la recurrente, es en cuanto al incumplimiento contractual derivado de afectar parte del pago realizado por Tienda Inglesa al pago de deudas no exigibles. Es claro de los términos de la cesión de créditos en garantía que tales créditos garantizan deuda exigible (cláusula QUINTO, a fs. 133). Por ello no se comparten las consideraciones de la Sede en el sentido de que el Banco podía afectar lo cobrado al pago anticipado de deuda.

Sin embargo, dado que conforme lo dispuesto por el artículo 270 del C.G.P., en la resolución de un recurso de casación: "No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia", tampoco corresponde recibir este agravio.

Y ello porque se pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de dar suma de dinero, los cuales conforme al artículo 1348 del Código Civil únicamente pueden ser resarcidos con los intereses moratorios correspondientes.

Gamarra enseña observa respecto del artículo 1348: "Estamos ante una norma excepcional, ya que contiene varias derogaciones al derecho común... El daño está cuantificado por la Ley con un monto invariable (en la condena a los intereses legales)... La evaluación que realiza el art. 1348 es 'forfaitaire'; ninguna de las partes puede discutirla, y 'el acreedor no tiene que justificar pérdida alguna'... Ambas reglas (liquidación invariable y exoneración de prueba) están unidas por un fundamento común, que remonta a la obra de Pothier: 'como los diferentes daños y perjuicios que pueden resultar del retardo en el cumplimiento de esta especie de obligación, varían al infinito, y

que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos por una especie de un tanto alzado, a un tanto fijo'... el daño resarcible está representado única y exclusivamente por el interés legal; esto surge del texto cuando dice que 'los daños y perjuicios... no consisten sino en la condenación a los intereses legales.'" (Jorge Gamarra, "Responsabilidad Contractual - I. El incumplimiento", Fundación de Cultura Universitaria, 1996, págs. 272, 273 y 274).

En la misma línea señala Caffera "en las obligaciones dinerarias el incumplimiento siempre es temporal porque, por definición, en una obligación dineraria el cumplimiento tardío siempre es posible....Como consecuencia, si el incumplimiento sólo puede ser temporal el único tipo de daño que se puede presentar es el daño moratorio...aunque se probaren, no pueden exigirse otros daños que los liquidados convencionalmente o legalmente bajo la forma de los intereses moratorios. Esta norma impide que el acreedor aunque haya sufrido más daños que los cubiertos por los intereses moratorios pueda reclamarlos, incluso aunque los pruebe" (Cf. Gerardo Caffera, "Responsabilidad Civil Contractual. Introducción a su estudio en el Derecho uruguayo", Fundación de Cultura Universitaria, 2010, págs. 137 y 139). Atento a que en el caso se pretendió algo distinto: el resarcimiento del importe del valor llave de la empresa Los Surcos, el incumplimiento invocado no puede ser resarcido como se pidió, lo que implica ir a igual dispositivo que en la impugnada, por diversos fundamentos.

VII) Agravio derivado de la infracción del artículo 184 del C.G.P., por apartamiento injustificado del dictamen pericial.

El informe del perito surge agregado a fs.567 a 594 (y su ampliación con aclaraciones a fs. 614 a 622).

A fs. 537 vto. surge que en autos se dispuso la realización de una pericia contable a efectos de "...realizar el análisis de la documentación agregada al escrito de la parte demandada de fs. 517 y siguientes, y con relación a la intimación solicitada por la parte actora... en particular realizando análisis de la cuenta y crédito de la parte actora con relación a la Institución demandada... En particular:"

1) El establecimiento del monto a que ascendía la línea de crédito a la parte actora.

2) Cómo fue la operativa con relación al cobro de facturas de fecha 5/1/2010 de Tienda Inglesa.

3) Con relación a la facturación de la fecha señalada (5/1/2010): cuándo se realizó efectivamente el cobro de las mismas: la acreditación, la utilización y en particular si del producido se procedió a cancelar créditos no vencidos.

4) Durante el tiempo transcurrido entre el día de cobro de las facturas correspondientes y su acreditación, dónde permaneció el dinero correspondiente a dicha operativa.

5) Establecer si además de facturas correspondientes a Tienda Inglesa, eran depositados en la cuenta ingresos provenientes de cobros realizados a otras empresas, y si existían cheques diferidos.

6) Si hubo movimientos en la cuenta posteriores a su suspensión; si los hubo: cuáles fueron y hasta qué fecha.

Como surge de lo anterior, el objeto del encargo era preciso, y busca determinar ciertos hechos con asistencia de contador.

No se trata de un perito arbitrador.

Ello debe tenerse presente al considerar las expresiones contenidas en el capítulo 3.7 del informe pericial "Otras consideraciones a tener en cuenta sobre el objeto de la pericia". Dicho capítulo contiene referencias, "puntos llamativos" los llama el Sr. Perito, consistentes en apreciaciones que a mi juicio nada aportan a la resolución de este caso. Resalto los siguientes, por ser reiterados en las conclusiones:

- En el lit. "d" se expresa "Tampoco se observa que BANDES haya querido refinanciar la deuda de LOS SURCOS S.R.L. y reestructurar su forma de pago, para que pueda hacer frente a la cancelación de sus pasivos." (sic, fs. 512). El Banco demandado no es una institución de fomento, es una entidad privada movida por el lícito afán de lucro; no puede esperarse que financie por más de lo que se obligó, menos a quien no tiene capacidad de pago.

- Se refiere como algo significativo que pocos meses antes de que el Banco decida no dar más crédito se había ampliado la línea de crédito (fs. 591, literal "a"). No advierto lo llamativo. La crisis de Los Surcos se da luego de ampliada la línea de crédito. Si se revisan los estados de cuenta, es claro que la situación de Los Surcos S.R.L. al ampliarse la línea de crédito era distinta de la situación que se enfrentó en diciembre de 2009. Como viene de verse, no se trata de que el Banco "decidió no dar más crédito", sino que, ante un cambio negativo en la situación financiera del cliente, agotados los fondos comprometidos en la línea de crédito pactada, y al amparo de lo previsto contractualmente se descontó menos de lo que el cliente aspiraba.

- Se expresa (lit. "c"): "Se realiza la decisión de no dar más crédito en plena zafra", la ausencia de crédito tiene que ver con el agotamiento de los fondos pactados.

- En el lit. "e" hay una referencia a los propios problemas financieros que tendría el Banco, señalando como fuente un reportaje de un medio venezolano. No advierto qué relación tiene eso con el objeto de la pericia, o del proceso. El Banco sigue abierto al día de hoy, pero aunque así no fuera, reitero: no advierto qué relación tiene la afirmación el objeto del proceso, ¿qué se quiere decir (y no se dice claramente)? ¿Que el Banded omitió acreditar el 5 de enero de 2009 \$U 669.594,75 con la finalidad de solucionar sus propios problemas financieros del orden de los US\$26:000.000?

Es el Tribunal actuante quien califica jurídicamente los hechos y determina si se verificó el incumplimiento contractual pretendido en autos.

En definitiva, con los apuntes señalados, coincido con la parte demandada en que la sentencia recurrida no se apartó de las conclusiones del informe pericial. Basta revisar la sentencia en tal sentido. A su vez, si se repasan las conclusiones del Sr. Perito (Capítulo 4 de su informe a fs. 592 y 593), ninguna es contradicha por la Sala actuante, al contrario, son la base de su pronunciamiento.