Bunge Guerrico Mariano y otro c/ Bilfinger Berger Bauaktiengesellschaft s/ ordinario

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala / Juzgado / Circunscripción / Nominación: D

Partes: Bunge Guerrico Mariano y otro c/ Bilfinger Berger Bauaktiengesellschaft s/ ordinario

Fecha: 2 de julio de 2024

Colección: Fallos

Cita: MJ-JU-M-153196-AR|MJJ153196|MJJ153196

Voces: SOCIEDADES COMERCIALES - PERSONALIDAD JURÍDICA - INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA - RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLANTE POR LAS OBLIGACIONES DE LA CONTROLADA - DAÑOS Y PERJUICIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Para poder atribuir responsabilidad a la controlante por los daños y perjuicios causados por los representantes de la controlada, es necesario primero peticionar la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Sumario:

1.-La representación legal, conforme a su origen, se la clasifica en voluntaria y en legal o necesaria. La representación legal o necesaria es la que nace por imperio de la ley. En las sociedades anónimas, la representación de la sociedad corresponde a uno o más directores, designados por la asamblea de accionistas (art. 255 , LGS).

2.-La representación voluntaria, en cambio, depende únicamente de la voluntad del interesado, encaminado a otorgarla.

3.-El instrumento originario de donde deriva toda representación de las personas jurídicas son sus estatutos. El mandato puede originarse directamente en ellos o bien indirectamente, si surge de lo dispuesto por las asambleas, directorios o representantes legales que lo hubieran otorgado, de acuerdo con poderes derivados de aquéllos.

4.-La representación orgánica o legal de la sociedad difiere de la representación voluntaria o convencional, en tanto aquellos no expresan su propia voluntad, sino que son portadores de la voluntad de la persona jurídica. Es como si ésta última obrara directamente, por sí, sin el auxilio de la representación.

5.-Cuando una persona jurídica participa en un negocio por medio de un órgano calificado para ello, la figura del órgano absorbe la del representante, y el negocio es estipulado por la persona jurídica a nombre propio. En cambio, cuando una persona jurídica se vale de un representante diverso del órgano, investido del respectivo poder, el negocio lo estipula dicho representante, en nombre de otro, es decir, de la persona jurídica. Por ello la representación voluntaria, queda regulada por las normas del mandato civil o comercial (CCivCom.: 1869 o CCiv.: 223 ) según sea el caso.

6.-La ley 19.550 concibió a la representación societaria como una representación orgánica , esto es, no acotada por las restricciones inherentes a todo mandato , sino comprensiva de todo acto que el representante social hiciera en nombre de la sociedad siempre que no fuera notoriamente extraño al objeto social (LGS 58 ).

7.-El régimen nacional recepta la teoría del órgano, en virtud del cual se atribuye como actos propios de la sociedad a todas aquellas conductas humanas, voluntarias y lícitas, realizadas por quienes conforman sus diferentes órganos deliberativos, ejecutivos, administrativos, de control o de representación.

8.-Ni todas las personas cuyas conductas son imputadas a la sociedad configuran órganos de ésta, ni todas las personas que integran la organización tienen ese carácter. Los empleados de una sociedad desarrollan conductas imputables a la sociedad e integran su organización, pero ni de uno ni del otro ángulo son parte de los órganos de la sociedad. Lo mismo sucede con los mandatarios de la sociedad, con las personas cuyos actos son atribuidos a la sociedad por tolerar esta una situación de apariencia de representación.

9.-La diferencia entre órgano y representante es medular, pues mientras que este último tiene el campo de actuación limitado al contenido de la procura, el primero expresa la voluntad del ente y, por lo tanto, su ámbito es mucho más amplio, pues sus actos se imputan siempre a la persona jurídica cuando obra como tal, tanto en la esfera de lo licito como en la de lo ilícito.

10.-Las personas jurídicas, son plenamente responsables por los actos de sus administradores mientras actúan en las esferas de sus competencias.

11.-Para poder atribuir responsabilidad a la controlante por los daños y perjuicios causados por los representantes de la controlada, los actores debieron peticionar en primer término la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica en los términos del art. 54 párr. tercero de la ley societaria y recién una vez determinada su procedencia (y siempre que se cumplieran los recaudos para ello) podría analizarse su responsabilidad desde la órbita del encuadre legal planteado.

12.-La ley 22.903 de reforma de la ley de sociedades, introdujo un tercer párr. al art. 54, que bajo el acápite inoponibilidad de la personalidad jurídica , prevé que cuando la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que lo hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados .

13.-El texto de la norma se adecua jurídicamente a la razón misma del reconocimiento de la personalidad que no puede servir para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto por el art. 1 de la Ley 19.550, es decir, que la norma introducida por la Ley 22.903, recoge con relación a la noción y naturaleza de la persona societaria, el abuso del derecho y la desestimación de la personalidad, como nuevas realidades sobre la personalidad societaria, los grupos de sociedades y la teoría de la penetración -levantamiento del velo-.

14.-El art. 54, tercer párr., de la ley 19.550 consagra una acción cuyo efecto es imputar directamente a ciertos sujetos la responsabilidad civil derivada de una actuación de la sociedad que el legislador reputa contraria a derecho (por perseguir fines extrasocietarios, o ser un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o bien frustrar derechos de terceros). Y para lograr ese efecto, la acción se vale de un vehículo determinado, a saber, la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria.

15.-Los sujetos sobre quienes se puede cernir la imputación diferenciada de responsabilidad en los términos del art. 54 in fine de la ley 19550 son, según los expresos términos de la ley, exclusivamente dos: los socios y los controlantes de la sociedad . Tales son los legitimados pasivos de la acción indicada en la propia letra del art. 54, tercer párr. .

16.-La comprensión de la palabra socios , referida en primer término por la norma del art. 54 tercer párr. de la ley 19550, no ofrece dificultades interpretativas. Se trata de aquellos que han hecho posible la actuación ilegítima o extrasocietaria, sin importar si son mayoritarios o minoritarios, en tanto la responsabilidad de los socios puede verificarse tanto por acción como por omisión y sin importar si son controlantes o no, como también lo ha advertido mayoritariamente la doctrina.

17.-En cuanto a los controlantes , que son los sujetos referidos en segundo término por el art. 54, tercer párr. de la ley 19.550, se entiende por tales quienes ejercen sobre la sociedad un control interno e indirecto o por interpósita persona (ya que el control interno directo vincula conceptualmente al socio, y su situación, entonces, está aprehendida por el caso de legitimación pasiva citado anteriormente), y también a quienes ejercen sobre la sociedad un control externo por vínculos contractuales o relaciones económicas determinadas, de conformidad con lo previsto por el art. 33 de la ley 19.550.

18.-Los socios pueden ser terceros perjudicados por la actuación de la sociedad. Se tratará como en el caso, de los socios minoritarios que no controlan la sociedad y ellos son los terceros respecto de la misma y la ley no hace distinciones entre terceros socios o no socios.

19.-El ámbito material de aplicación del art. 54 in fine de la ley 19550 está dado cuando la actuación de la sociedad encubre fines extrasocietarios, lo cual debe ser entendido como la persecución de fines que son contrarios al objeto establecido en el contrato social y que tienden a lograr intereses particulares, o cuando la actuación de la sociedad constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

20.-La desestimación de la personalidad jurídica tiende a impedir que, en casos extremos, la personalidad se use como pantalla legal para la frustración del derecho, pero no sirve para hacer (sin el debido fundamento) tabla rasa con la personalidad del ente jurídico, o para confundir invariablemente su individualidad con la de quienes lo integran, por lo que debe emplearse con una gran dosis de prudencia y de manera excepcional.

21.-No existe disposición legal que autorice la atribución automática a la controlante de los actos realizados por la controlada, pues la sociedad es un sujeto de derecho, con entidad jurídica diversa y distinta de los socios que la integran. Y, si bien el art. 54, LGS. admite excepciones a tal principio, la desestimación de la personalidad societaria debe ser utilizada cuidadosamente, pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla, circunstancia que no fue la que inspiró el nacimiento de tal remedio jurídico.

22.-Tratándose de los controlantes y socios, la función jurídica de la personalidad es justamente aislar a los derechos, obligaciones y responsabilidad de la sociedad -en cuanto persona jurídica- de su potencial imputación a los socios e integrantes de los órganos societarios y si bien es cierto que el concepto de dependiente, en el contexto de las normas sobre responsabilidad extracontractual, tiene mayor extensión en su aplicación contemporánea que la que tenía tradicionalmente, entiendo que no lo es al punto de servir de base para la desestimación de la personalidad de la controlada y la extensión de sus responsabilidades a la controlante.

23.-La desestimación de la personalidad societaria basada en la responsabilidad por el hecho del dependiente solo es viable en los supuestos de ejercicio abusivo de ese control por desvío del interés social, en cuyo caso se aplican las reglas específicas que rigen esa hipótesis y no las derivadas de o vinculadas con el art. 1113 del CCiv.

24.-En el caso los actores no han propuesto una demanda con los alcances de la Ley 19550:54, párr. 3°, que en definitiva permita descorrer el velo societario para imputar responsabilidades a los socios o controlantes , pues aún cuando el reclamo de daños y perjuicios adicional siempre es procedente, pues tiene su origen en un hecho ilícito que es el que da lugar a la desestimación de la personalidad, y permite imputar el reclamo pecuniario a otras personas distintas de la sociedad, a todos los cuales en conjunto se les está reclamando un resarcimiento, lo cierto es que la inoponibilidad debe demandarse expresamente en la demanda ya que el Juez no puede aplicar un derecho que no le fue solicitado.

25.-Cuando se aborda la responsabilidad civil por el hecho ajeno, suele hablarse de responsabilidad indirecta, refleja o de rebote. Se quiere con ello significar que se impone a alguien la obligación de reparar los daños que otro ha causado. Lo que se toma en consideración es la autoría del daño.

26.-En la responsabilidad directa, el autor material del daño es, a su vez, el responsable de su reparación, en cambio en la indirecta la autoría del daño reposa sobre un sujeto distinto de quien, en definitiva debe asumir las consecuencias resarcitorias. Se trata, en rigor, de la responsabilidad civil por el hecho de un tercero, ya sea que se trate de un supuesto de responsabilidad extracontractual, o de la denominada responsabilidad del deudor por los terceros que introduce en el cumplimiento de sus obligaciones (ésta última responsabilidad llamada contractual indirecta) y de ahí que bien puede hablarse de una responsabilidad indirecta extracontractual y de otra contractual.

27.-La responsabilidad civil indirecta es aquella en que un sujeto responde por los daños causados por un sujeto distinto. Lo que caracteriza esta responsabilidad es la disociación entre el sujeto responsable y el sujeto causante del daño. De modo que uno es el sujeto que causa materialmente el perjuicio y otro aquel a quien se le imputa la responsabilidad por ese perjuicio (claro está sin desconocer también la eventual responsabilidad directa del autor material) y a esta responsabilidad se la ha denominado también responsabilidad refleja, indirecta o por el hecho del tercero.

28.-La responsabilidad del principal por los hechos del dependiente que establecía el art. 1113 del CCiv., vigente al momento en que se cometieron los hechos, constituye una excepción al principio general según el cual nadie puede ser responsabilizado sino por su hecho propio y para que pueda verse configurada esa responsabilidad debe analizarse en cada caso si se cumplen los supuestos que la sustentarían, a saber: a) la existencia de una relación de dependencia, b) la comisión de un hecho antijurídico por parte del dependiente, c) la existencia de un factor de atribución, d) el daño a un tercero y e) el nexo entre las funciones del dependiente y el hecho dañoso. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

Fallo:

En Buenos Aires, a los 2 días del mes de julio de dos mil veinticuatro, se reúnen los Señores Jueces de Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en autos "BUNGE GUERRICO MARIANO Y OTRO C/ BILFINGER BERGER BAUAKTIENGESELLSCHAFT sobre ORDINARIO", registro COM 9356/2003, procedente del Juzgado n° 17 del fuero (Secretaría n° 33) en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores Vassallo, Heredia y Garibotto.

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, Doctor Gerardo G. Vassallo dijo:

I. La sentencia de la anterior instancia suscripta el 12.5.2023 (fojas digitales, en adelante "Fsd" 1473) admitió parcialmente la demanda de daños y perjuicios promovida por los señores Mariano Bunge Guerrico y Hugo Eduardo Bunge Guerrico contra Bilfinger-Berger Bauaktiengesellschaft, y condenó a esta última a pagar a los primeros la suma de $ 1.334.432,06 con más intereses y costas.

Luego de definir que el litigio se resolvería conforme a las normas del Código Civil, por ser la normativa que se hallaba vigente a la fecha en que se sucedieron los hechos en debate, el magistrado destacó como premisa inicial, que los señores Bunge Guerrico promovieron la presente demanda procurando la reparación de los daños y perjuicios que dijeron haber padecido como consecuencia de la comisión de ciertos actos ilícitos y fraudulentos que imputaron a los directores de Ineco S.A., y que habrían sido cometidos en un estado de subordinación respecto de la controlante aquí demandada.Fundaron la presente acción en los términos del artículo 1113 del Código Civil.

Partiendo de tal encuadre fáctico y jurídico, el señor Juez concluyó, con apoyo en las constancias acompañadas de los autos "Ineco S.A. s/ administración fraudulenta", como del informe contable practicado en el marco de estos actuados, que fue debidamente acreditada la realización de los hechos calificados por los actores como fraudulentos e ilícitos.

Pero también que la accionada era, al momento de la comisión de tales actos, controlante de Ineco S.A., y quien había designado a la totalidad de los miembros del directorio integrado por los señores Chiappe, Veldman, Stienhagen, Kosch y Driollet y Lange como suplente.

Destacó por lo demás, que el vínculo entre los directores y la demandada ha sido hasta reconocido por los propios administradores, tanto en la causa penal, como en el juicio de extensión de quiebra.

Concluyó, en suma, que habiéndose demostrada la ilicitud de los hechos llevados a cabo por los directores de Ineco S.A. designados por la demandada, en perjuicio de la sociedad y de los accionistas, ésta debe responder por los perjuicios ocasionados.

Una vez determinada la responsabilidad de la sociedad accionada, el Juez consideró procedente admitir el pago del resarcimiento pretendido por "daño emergente por la quiebra de Ineco S.A", otorgando por tal concepto la suma de $ 172.696,43 a favor del señor Mariano Bunge Guerrico y de $ 161.737,13 a favor de Hugo Bunge Guerrico.

También consideró procedente indemnizar a los actores por daño moral, el que mensuró en $ 500.000 para cada uno de los actores.

Rechazó, en cambio, los restantes rubros pretendidos por "daño por el cierre y posterior quiebra de Drabble Cereal S.A.", "lucro cesante" y "daño a la imagen".

Como también la pretensión de que se condene a la accionada al pago de cualquier suma que se deba abonar en los autos "Aseguradora de Créditos y Garantías S.A.c/ Bartolomé Somosa de SanchezZinny s/ ordinario" esto último en virtud de haberse decidido el rechazo de la demanda en el marco de tales actuados.

Finalmente dispuso imponer las costas del proceso a la demandada en su calidad de vencida.

II. Ambas partes se alzaron contra el pronunciamiento.

Los actores impugnaron la sentencia por estimar exiguo el importe otorgado para indemnizar el "daño emergente por la quiebra de Ineco S.A" y el daño moral, y por haber sido rechazados los restantes rubros resarcitorios peticionados. Los señores Mariano y Hugo Bunge Guerrico expresaron agravios mediante escrito que incorporaron el 5.7.2023 (fsd. 1494/1503), pieza que fue contestada el 3.8.2023 (fsd. 1513/1519).

La sentencia, como adelanté, también fue apelada por Bilfinger + Berger Bauaktiengesellschaft, quien se quejó, en prieta síntesis, por la responsabilidad endilgada en los términos del artículo 1113 del código civil, como también por la admisión del resarcimiento en concepto de "daño emergente por la quiebra de Ineco S.A" y daño moral en favor de su contraria.

Su recurso fue fundando con el escrito que acompañó digitalmente el 6.7.2023 (fsd. 1483/1493), el que mereció la contestación de sus contrarias el 31.7.2023 (fsd. 1506/1511).

III. Por evidentes razones de orden lógico en la exposición, comenzaré por el tratamiento de los agravios de la demandada, vinculados a la responsabilidad que le fue endilgada, para luego, y solo de ser confirmada la solución a la que se arribó en la instancia anterior, analizar los agravios relativos a cada uno de los rubros indemnizatorios. Aclaro que en caso de que exista un ataque de ambas partes sobre el mismo concepto, podrán conocerse sendos recursos simultáneamente.

Antes de ingresar en el tratamiento de las apelaciones, debo destacar que solo examinaré los aspectos que entienda relevantes y útiles para decidir, dejando de lado los que estime insustanciales.División que no constituye una infracción a la correcta función de juzgar, pues como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no están obligados a seguir a las partes en todos y cada uno de los planteos, sino solamente en aquellos que estimen pertinentes para la adecuada composición del litigio (CSJN, Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; etc.).

(a) Recurso de Bilfinger + Berger Bauaktiengesellschaf t A fin de aportar una mayor claridad respecto a las cuestiones que se encuentran actualmente a estudio de esta Alzada, entiendo útil comenzar recordando cuáles fueron los hechos que dieron origen a la controversia y que no se encuentran controvertidos o que han quedado debidamente probados.

En tal camino destaco que ambas partes coinciden al señalar que el día 25 de febrero de 1998, la empresa de origen alemán Bilfinger - Berger Bauaktiengesellschaft (desde aquí B+BB) celebró un contrato de compraventa de acciones con (entre otros claro) los accionistas aquí demandantes, adquiriendo mediante tal operatoria el 65% del capital accionario de Ineco S.A, sociedad que en aquel entonces se dedicaba a la construcción de obras de gran envergadura.

Pese a la venta de un porcentaje sustancial de su tenencia accionaria, los accionistas Hugo Bunge Guerrico y Mariano Bunge Guerrico, conservaron el 4,28% y 4,57% respectivamente del capital social.

Pero además de ello, y como explicaron en su libelo inicial, continuaron desempeñándose como directores de Ineco S.A.hasta el día 5.4.1999, momento en que fueron removidos de sus cargos.

Así quedó probado en estas actuaciones que en la asamblea de accionistas celebrada en la mencionada fecha fue decidido con el voto exclusivo de la controlante, reestructurar el directorio de Ineco S.A., reduciendo el mismo de una cantidad de nueve miembros a un total de cinco, como también remover del cargo a los señores Mariano y Hugo Bunge Guerrico y designar como integrantes del directorio a los señores Chiappe, Driollet, Koch, Veldman y Steinhagen y a la señora Dagmar Lange como directora suplente (fs. 1152/1156 y punto 4 del informe contable en fs. 970).

Asimismo quedó demostrado que el directorio decidió integrar el comité ejecutivo con los señores Chiappe, Driollet y Steinhagen, y que estos a su vez delegaron en la señora Dagmar Lange la dirección administrativa y financiera de la sociedad (fs. 971).

Destaco asimismo, que la demandada no cuestionó puntualmente la conclusión de la sentencia de grado, en punto a considerar acreditada la comisión de los hechos ilícitos por parte de ciertos funcionarios de Ineco S.A. y que fueron denunciados por los actores en su demanda. Recuerdo entonces que el señor Juez juzgó probadas las operaciones reprochadas a los administradores de la sociedad, entre ellas, la asignación de un destino distinto al acordado, de la tan importante suma de dinero que Ineco S.A. recibió como anticipo de Puerto del Centro S.A.; la insinceridad de los registros contables acerca de su imputación y la falta de respuestas sobre el verdadero destino que se le confirió, considerando que ello claramente ha configurado un perjuicio para la sociedad e indirectamente a los accionistas.

Para así decidir, se apoyó principalmente en cuanto surge de las constancias de la causa penal "Ineco S.A. s/ defraudación", que demuestran que "Ineco S.A. contrató una póliza de seguro de caución con Aseguradora de Créditos y Garantías S.A.por $ 3.495.000 (n° 616.257) para obtener un anticipo financiero de un comitente de una obra, Puerto del Centro S.A. y posteriormente otra póliza por la suma de $ 2.364.950 (n° 627.707).

Además, el Cuerpo de Peritos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictaminó que según los registros contables dichos fondos cobrados a Puerto del Centro S.A. como anticipo por parte de Ineco S.A. se aplicaron del siguiente modo: a) Préstamo de directores: $ 410.000; b) Pago a Serie Ingeniería S.R.L.: $ 248.233,46; c) Pago a Conhidro S.A. $ 544.641,56 y d) Materiales Puerto del Centro $ 551.187 (respuesta punto K; fs. 356/360 de la causa penal)".

"Se concluyó, en ese orden de ideas, que sólo el 15,77% del anticipo cobrado por Ineco S.A. se aplicó a la obra contratada (fs. 360).

Este concluyente dictamen coincide en un todo con el r elato efectuado en la demanda en punto al destino de los fondos dispuesto en el mes de mayo de 1999 cuando los accionantes ya no integraban el directorio de Ineco S.A., lo que brinda credibilidad suficiente al relato por ellos efectuado".

"Se colige de las constancias hasta aquí analizadas, que los fondos recibidos por Ineco S.A. como anticipo para la concreción de la obra contratada con Puerto del Centro S.A. no fueron aplicados al destino acordado, sino al supuesto pago a los proveedores Serie Ingeniería S.R.L. y Conhidro S.A. y al otorgamiento de préstamos a los directores".

Concluyó, con base en lo anterior, "demostrada la realización de los hechos calificados como fraudulentos e ilícitos por los actores".

Como adelanté ninguna de tales particulares conclusiones fueron atacadas por la apelante. De todos modos, puede advertirse de las copias certificadas de la causa "Ineco S.A. s/ defraudación" (obrantes en el sobre de documentación nro.9353/2003), que los señores Ramiro Hernández Gascón, Héctor César Chiappe y Dagmar Lange fueron responsabilizados en sede penal por el delito de administración fraudulenta.

Allí se tuvo por probada; (i) la existencia de un préstamo simulado a favor de los directores Lange, Driollet, Steinhagen y Chiappe por una suma de $ 103.948 para cada uno, (ii) el desvío de los fondos destinados a la cancelación de servicios facturados por las empresas Serie Ingeniería S.R.L. y Cohindro S.A., por las sumas de $ 247.795,81 y $ 544.641,45 respectivamente, los que fueron entregados junto con el supuesto préstamo a los directores, al apoderado de la sociedad Hernández Gascón, (iii) como también la efectiva utilización de los avales personales de los actores durante el periodo de 1998/1999 en los Bancos Mercantil, Francés, y Nazionale de Lavoro, sin perjuicio de que en tres periodos Ineco S.A. tuvo la oportunidad de cancelar los avales al tener saldos acreedores suficientes para pedir la restitución de dichos avales a las instituciones crediticias.

Delineado entonces el cuadro de situación de la controversia, el themadecidendum en esta Alzada ha quedado centrado en determinar si B+BB, en su condición de socio controlante de Ineco S.A., puede ser responsabilizada por los hechos ilícitos cometidos por los integrantes del órgano de administración de su controlada, en los términos del artículo 1113, del Código Civil.

Recuerdo para ello que al describir el objeto de la presente demanda los accionantes manifestaron que "la administración negligente y fraudulenta de Ineco S.A. en general y en particular los hechos dolosos que rodearon la contratación de las pólizas con Aseguradora de Créditos y Garantías S.A.y el destino de los fondos del anticipo financiero garantizado por esa compañía, fueron las causas de los daños sufridos y a soportar por los actores".

Así, dijeron que la administración que hicieron los dependientes de la demandada, de su controlada argentina fue temeraria habida cuenta que con un patrimonio menor y sin apoyo financiero expandieron su actividad constructiva, multiplicando el riesgo del negocio cuatro veces. Se originaron a partir de ello enormes pérdidas para los acreedores de la firma, para ellos mismos en su calidad de accionistas minoritarios y fiadores de Ineco S.A. y de sus cónyuges atento su carácter de eventuales fiadoras de la subsidiaria argentina de la multinacional alemana.

Dijeron además que de las pérdidas que se produjeron como consecuencia de los riesgos asumidos, hubo en la fase final de la administración previa a la presentación en concurso preventivo de Ineco S.A., un verdadero vaciamiento de la compañía, única explicación posible frente a la magnitud de los quebrantos.

Sostuvieron así, que la mala administración llevada a cabo por Bilfinger + Berger Bauaktiengesellschaft, que condujo al concursamiento y posterior quiebra de Ineco S.A., así como a su consecuente vaciamiento, les produjo numerosos perjuicios de índole patrimonial. Explicaron, en tal sentido, que frente a los diversos incumplimientos contractuales en que incurrió Ineco S.A., fueron demandados judicialmente ya que habían asumido la condición de fiadores de la empresa. Ello ocasionó que se trabaran medidas cautelares en su contra, con el consiguiente perjuicio que de ello se ha derivado.

Expresaron finalmente que, como consecuencia de la presunta fianza firmada en garantía de obligaciones de Ineco S.A. en su carácter de accionistas, fueron demandados por Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. por la suma de $ 2.517.434,12. Por ello reclamaron se les abonen las sumas de la eventual condena a dictarse.

Pretendieron además una reparación por; (i) el daño emergente por la quiebra de Ineco S.A.; (ii) daño emergente por el cierre de Drabble Cereal S.A.y su posterior quiebra; (iii) el lucro cesante por ocho años de trabajo profesional a partir de la traba de las medidas cautelares dispuestas en el marco de los autos "Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. c/ Bartolomé Somoza de Sánchez y otros s/ ordinario"; (iv) el daño de imagen y, finalmente, (v) el daño moral.

Tal como puede observarse de la breve síntesis efectuada, las pretensiones deducidas permiten distinguir, por un lado aquellas que se fundamentan en supuestos perjuicios padecidos en forma personal por los actores, y de otro aquellas que se sustentan en daños que, en principio, habría sufrido la sociedad, pero que los accionantes adujeron que debían serle reconocidos en forma personal a su parte (en la proporción de su participación social).

También se observa que, al fundar la totalidad del reclamo, aquellos imputaron el accionar de los integrantes del órgano de administración de Ineco S.A. directamente a la demandada en su condición de "controlante", al considerar que los primeros actuaron como "dependientes" de ésta última, solicitando por ello que los perjuicios derivados de esa actuación fuesen reconocidos a su parte que habría sido víctima de ese accionar.

En rigor, la parte actora expresó reiteradamente que la responsabilidad de la demandada, deriva de la responsabilidad del principal por el hecho ilícito de su dependiente y que se halla prevista en el segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil.

Por su parte, al resistir la pretensión, la accionada dijo que "el reclamo incoado no se adecúa a lo establecido por los arts.1109 y 1113 del Código Civil, no previéndose tampoco en la ley de Sociedades la acción contra quien eligiera a los directores".

Así, señaló que "No hay en el derecho positivo argentino norma que obligue al accionista por la conducta de los Directores que propuso para administrar la sociedad".

Concluyó que "los directores como dijera en varias oportunidades no eran dependientes de mi parte, sino porque tampoco en su proceder respondían a instrucciones de BILFINGER-BERGER, ni ella dirigía sus acciones ni estaba facultada para ello".

Siguiendo la misma línea argumental efectuada en su escrito de descargo, B+BB se quejó de lo decidido en la anterior instancia, señalando una vez más que "resulta improcedente condenar a mi parte por aplicación del artículo 1113 del texto citado".

Dijo en tal sentido que "no existe ninguna prueba que acredite que los integrantes del órgano de administración hayan sido dependientes de la demandada cuando actuaron como tales, ni tampoco antes de ese momento".

Sostuvo que "si los Sres. Bunge Guerrico accionistas de esa sociedad sintieron afectados sus derechos por las conductas de quienes en distinto momento ocuparon cargos de dirección, debieron haber habilitado el trámite previsto en los arts. 276 y 277 LS".

En tal estado de cosas y, considerando el particular encuadramiento legal de la acción aquí intentada, entiendo necesario comenzar efectuando algunas precisiones conceptuales sobre el supuesto general de responsabilidad indirecta por el hecho de los dependientes y la procedencia de su aplicación al sub lite en lo que resulte útil para la solución de la queja traída a conocimiento de este Tribunal.

Veamos.

Cuando se aborda la responsabilidad civil por el hecho ajeno, suele hablarse de responsabilidad indirecta, refleja o de rebote. Se quiere con ello significar que se impone a alguien la obligación de reparar los daños que otro ha causado.Lo que se toma en consideración es la autoría del daño.

Así en la responsabilidad directa, el autor material del daño es, a su vez, el responsable de su reparación, en cambio en la indirecta la autoría del daño reposa sobre un sujeto distinto de quien, en definitiva debe asumir las consecuencias resarcitorias (Pizarro, R., Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 6).

Se trata, en rigor, de la responsabilidad civil por el hecho de un tercero, ya sea que se trate de un supuesto de responsabilidad extracontractual, o de la denominada responsabilidad del deudor por los terceros que introduce en el cumplimiento de sus obligaciones (ésta última responsabilidad llamada contractual indirecta). De ahí que bien podemos hablar de una responsabilidad indirecta extracontractual y de otra contractual.

En una aproximación conceptual podemos decir que la responsabilidad civil indirecta es aquella en que un sujeto responde por los daños causados por un sujeto distinto. Lo que caracteriza esta responsabilidad es la disociación entre el sujeto responsable y el sujeto causante del daño. De modo que uno es el sujeto que causa materialmente el perjuicio y otro aquel a quien se le imputa la responsabilidad por ese perjuicio (claro está sin desconocer también la eventual responsabilidad directa del autor material). A esta responsabilidad se la ha denominado también responsabilidad refleja, indirecta o por el hecho del tercero (Bueres - Higthon, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t 3A, p. 469/470).

En suma, la responsabilidad del principal por los hechos del dependiente que establecía el artículo 1113 del código civil, vigente al momento en que se cometi eron los hechos, constituye una excepción al principio general según el cual nadie puede ser responsabilizado sino por su hecho propio. Para que pueda verse configurada esa responsabilidad debe analizarse en cada caso si se cumplen los supuestos que la sustentarían, a saber:a) la existencia de una relación de dependencia, b) la comisión de un hecho antijurídico por parte del dependiente, c) la existencia de un factor de atribución, d) el daño a un tercero y e) el nexo entre las funciones del dependiente y el hecho dañoso (Belluscio - Zannoni, Código Civil comentado, anotado y concordado, T. 5, 1º ed., Editorial Astrea, Bs. As., 1984, págs. 422/41).

En el caso, como ya se vio, los actos ilícitos descriptos por la sentenciante de grado, y que fueron comprobados en el marco de la causa penal fueron todos ellos cometidos por ciertos funcionarios de Ineco S.A.

Ya dije antes que los señores Ramiro Hernández Gascón, Dagmar Lange, y Héctor Chiappe, fueron responsabilizados en sede penal por el delito de administración fraudulenta.

Respecto de la función que desempeñaba cada uno de los mencionados en Ineco S.A., puede destacarse que según acta de asamblea del 5.4.1999, Héctor Chiappe era Presidente de la sociedad, mientras que Dagmar Lange ocupaba el cargo de directora suplente.

Sin embargo, también surge de la reunión de directorio asentada en el acta de fecha 14.5.1998, que tanto a la señora Lange como al señor Hernández Gascón les había sido otorgado un poder especial para que en "nombre y representación de Ineco S.A y en forma conjunta dos cualesquiera de ellos realicen trámites y operaciones bancarias y financieras (.) y en general otorgar cuantos más actos, gestiones y diligencias sean necesarias para el mejor cumplimiento del presente mandato, que para lo expresado les confiere las más amplias facultades, debiendo entenderse las precedentes como ejemplificativas y no taxativas" (fs.1180/1181).

Además de ello, fue señalado en el auto de elevación a juicio oral, con sustento en el dictamen pericial contable allí elaborado, que Hernández Gascón tenía intervención en todas las operaciones, por su función de gerente de finanzas de Ineco S.A., y era el interlocutor válido ante los Bancos, responsable del tema de garantías, además de tener firma autorizada ante estas entidades (fs. 1178, expte. 90634/1999).

Y por cierto, en el sentido de lo expuesto, fue reconocido por el propio mencionado en la declaración testimonial que prestó en estos autos, que trabajó en Ineco desde 1992 hasta 1999 y que el cargo que desempeñó era de gerente de finanzas (pregunta primera, segunda y tercera, fs. 1000).

Por su parte al prestar declaración indagatoria en sede penal, Dagmar Lange expresó que "empezó a trabajar en INECO en marzo del año 1998 como gerente de la administración, cargo en virtud del cual estuvo a su cargo organizar las estructuras administrativas de la firma INECO S.A. así como también la administración de las obras que esta firma llevaba a cabo" (fs. 578 v. en copias certificadas del expte. Nro. 90634/1999).

Y de hecho también observo que en el auto de procesamiento fue señalado que "En cuanto a los descargos esgrimidos por HERNANDEZ GASCON y LANGE, los mismos a mi modo de ver resultan insuficientes para enervar el grave estado de sospecha que acabo de describir, siendo que los nombrados dada su estrategia y preponderante posición en la estructura administrativa de la sociedad no podían desconocer -al igual que tampoco podía hacerlo el presidente CHIAPPE- el alcance de las operaciones que autorizaron" (fs. 585v., de la causa nro 90634/1999).

Ahora bien, como es sabido, la representación legal, conforme a su origen, se la clasifica en voluntaria y en legal o necesaria. La representación legal o necesaria es la que nace por imperio de la ley.En las sociedades anónimas, como es el caso de la controlada, la representación de la sociedad corresponde a uno o más directores, designados por la asamblea de accionistas (art. 255, LGS).

La representación voluntaria, en cambio, depende únicamente de la voluntad del interesado, encaminado a otorgarla. En el caso de autos, ese "interesado", es la sociedad controlada (Sánchez Uriarte Ernesto, Mandato y representación, p. 25 y ss.).

Entonces, el instrumento originario de donde deriva toda representación de las personas jurídicas son sus estatutos. El mandato puede originarse directamente en ellos o bien indirectamente, si surge de lo dispuesto por las asambleas, directorios o representantes legales que lo hubieran otorgado, de acuerdo con poderes derivados de aquéllos (Borda Guillermo A., Tratado de Derecho Civil - Parte General, t. I, p. 631, n° 697).

Lo anterior resulta relevante desde que la representación orgánica o legal de la sociedad difiere de la representación voluntaria o convencional, en tanto aquellos no expresan su propia voluntad, sino que son portadores de la voluntad de la persona jurídica. Es como si ésta última obrara directamente, por sí, sin el auxilio de la representación. Así pues, cuando una persona jurídica participa en un negocio por medio de un órgano calificado para ello, la figura del órgano absorbe la del representante, y el negocio es estipulado por la persona jurídica a nombre propio. En cambio, cuando una persona jurídica se vale de un representante diverso del órgano, investido del respectivo poder, el negocio lo estipula dicho representante, en nombre de otro, es decir, de la persona jurídica (Otaegui, J., Administración Societaria, Buenos Aires, 1979, p. 163, nº 37; CNCom. Sala A, "Banco Tornquist S.A. c/ Teneza S.C.A.", LL 1977-A, p. 432).

Por ello la representación voluntaria, queda regulada por las normas del mandato civil o comercial (CCiv: 1869 o CCom: 223) según sea el caso (Otaegui, J., Invalidez de actos societarios, Buenos Aires, 1978, p.370; Grispo, J., Tratado sobre la ley de sociedades comerciales - Ley 19.550, comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 602).

En rigor, la ley 19.550 concibió a la representación societaria como una "representación orgánica", esto es, no acotada por las restricciones inherentes a todo "mandato", sino comprensiva de todo acto que el representante social hiciera en nombre de la sociedad siempre que no fuera notoriamente extraño al objeto social (LGS 58).

En suma, el régimen nacional recepta la teoría del órgano, en virtud del cual se atribuye como actos propios de la sociedad a todas aquellas conductas humanas, voluntarias y lícitas, realizadas por quienes conforman sus diferentes órganos deliberativos, ejecutivos, administrativos, de control o de representación (Roitman H., Representación en la Sociedad Anónima, Revista del Derecho Privado y Comunitario, 6, pág. 277; CNCom, Sala A, 17/06/08, "Galindo Cáceres José Manuel c/ Córdoba 602 SA s/ Ejecutivo").

De lo dicho hasta aquí se sigue que, ni todas las personas cuyas conductas son imputadas a la sociedad configuran órganos de ésta, ni todas las personas que integran la organización tienen ese carácter. Los empleados de una sociedad desarrollan conductas imputables a la sociedad e integran su organización, pero ni de uno ni del otro ángulo son parte de los órganos de la sociedad. Lo mismo sucede con los mandatarios de la sociedad, con las personas cuyos actos son atribuidos a la sociedad por tolerar esta una situación de apariencia de representación (Cabanellas de las Cuevas, G., Derecho societario -Parte general, Los órganos societarios, T.4, página 18, Buenos Aires, 1996).

La diferencia entre órgano y representante es medular, pues mientras que este último tiene el campo de actuación limitado al contenido de la procura, el primero expresa la voluntad del ente y, por lo tanto, su ámbito es mucho más amplio, pues sus actos se imputan siempre a la persona jurídica cuando obra como tal, tanto en la esfera de lo licito como en la de lo ilícito (Gagliardo, M, Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, página 681, Buenos Aires, 1994).

De estas normas surge que las personas jurídicas, son plenamente responsables por los actos de sus administradores mientras actúan en las esferas de sus competencias.

Pero amén de la clara diferencia existente entre uno y otro supuesto, lo que se colige de lo expuesto es que en ambos casos los actos ilícitos ejecutados por tales representantes, podrán ser imputados a la sociedad, ya sea como un acto propio de la misma o bien por la responsabilidad indirecta por el hecho de los terceros o de sus dependientes.

Y en tal inteligencia, no es posible sostener válidamente, como lo hacen los demandantes que los funcionarios de Ineco S.A. hubiesen ejecutado los actos ilícitos denunciados, como "dependientes" de la controlante.

En definitiva, todos los actos que los actores reputaron de ilícitos y que fueron materia de investigación en el marco de las actuaciones penales, fueron ejecutados en representación de Ineco S.A., pudiendo ser en todo caso, esta última la responsable de aquellos ilícitos.

Y de hecho, no soslayo que tanto Héctor Chiappe (socio accionista fundador de la controlada) como Ramiro Hernández Gascón ya cumplían funciones dentro de Ineco S.A.mucho tiempo antes de la venta del paquete accionario a B+BB, lo que echa por tierra la premisa de que se trataran de dependientes de la citada.

Lo cierto es que, para poder atribuir responsabilidad a la controlante por los daños y perjuicios causados por los representantes de la controlada, los actores debieron peticionar en primer término la declaración de "inoponibilidad de la personalidad jurídica" en los términos del art. 54 párr. tercero de la ley societaria y recién una vez determinada su procedencia (y siempre que se cumplieran los recaudos para ello) podría analizarse su responsabilidad desde la órbita del encuadre legal planteado.

Recuerdo aquí que la ley 22.903 de reforma de la ley de sociedades, introdujo un tercer párrafo al artículo 54, que bajo el acápite "inoponibilidad de la personalidad jurídica", prevé que cuando "la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que lo hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

Vale decir que el texto de la norma se adecua jurídicamente a la razón misma del reconocimiento de la personalidad que no puede servir para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 19.550 (conf. Exposición de motivos de la Ley 22.903, cap. I, secc.VI, 3), es decir, que la norma introducida por la Ley 22.903, recoge con relación a la noción y naturaleza de la persona societaria, el abuso del derecho y la desestimación de la personalidad, como nuevas realidades sobre la personalidad societaria, los grupos de sociedades y la teoría de la penetración -levantamiento del velo- (en esta línea de ideas: Verón, Alberto Víctor; "Sociedades Comerciales.Actualización Leyes 22.903 y 22985"; Buenos Aires 1984, p. 34).

En rigor, como bien explicó mi estimado colega, Dr. Heredia, en su voto en los autos "Merlo, Juan Manuel c/ Ponce, Diego Martín y otros s/ despido" del 25.2.08, ".el art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550 consagra una acción cuyo efecto es imputar directamente a ciertos sujetos la responsabilidad civil derivada de una actuación de la sociedad que el legislador reputa contraria a derecho (por perseguir fines extrasocietarios, o ser un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o bien frustrar derechos de terceros). Y para lograr ese efecto, la acción se vale de un vehículo determinado, a saber, la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria (no del tipo social, como alguna doctrina ha creído)".

"Pues bien, los sujetos sobre quienes se puede cernir esa imputación diferenciada de responsabilidad son, según los expresos términos de la ley, exclusivamente dos: los "socios" y los "controlantes" de la sociedad".

"Tales son los legitimados pasivos de la acción indicada en la propia letra del art. 54, tercer párrafo".

"La comprensión de la palabra "socios", referida en primer término por la norma, no ofrece dificultades interpretativas. Se trata de aquellos que han hecho posible la actuación ilegítima o extrasocietaria, sin importar si son mayoritarios o minoritarios, en tanto la responsabilidad de los "socios" puede verificarse tanto por acción como por omisión (conf. Roitman, H., ob. cit., t. I, p. 722); y sin importar si son controlantes o no, como también lo ha advertido mayoritariamente la doctrina (conf. Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, ps. 1033/1034, n° 4.5; Martorell, E., Los grupos económicos y las sociedades, Buenos Aires, 1991, p. 27; Fortín, P., Reflexiones sobre el control (o dominio) de sociedades, ED 138-867; López Raffo, F., El corrimiento del velo societario - Alcances del art. 54, último párrafo, de la Ley de Sociedades Comerciales, Buenos Aires, 2005, p.131. Distinguiendo la situación de los socios minoritarios, véase:Cabanellas de las Cuevas, G., Derecho Societario - Parte General, Buenos Aires, 1994, t. 3, p. 98/99).

"En cuanto a los "controlantes", que son los sujetos referidos en segundo término por el art. 54, tercer párrafo, se entiende por tales quienes ejercen sobre la sociedad un control "interno" e "indirecto" o por interpósita persona (ya que el control interno directo vincula conceptualmente al socio, y su situación, entonces, está aprehendida por el caso de legitimación pasiva citado anteriormente), y también a quienes ejercen sobre la sociedad un control "externo" por vínculos contractuales o relaciones económicas determinadas, de conformidad con lo previsto por el art. 33 de la ley 19.550 (conf. López Raffo, F., ob. cit., p. 133; Roitman, H., ob. cit., t. I, ps. 724/726; Molina Sandoval, C., ob. cit., p. 137; Cabanellas de las Cuevas, G., ob. cit., t. 3, p. 99)".

En rigor, esta norma autoriza la aplicación de esta solución en los supuestos de uso abusivo de la personalidad jurídica, en detrimento de los derechos de terceros afectados por la utilización abusiva. Por cierto excepcionalmente, también se ha entendido que los socios pueden ser terceros perjudicados por la actuación de la sociedad. Se tratará como en el caso, de los socios minoritarios que no controlan la sociedad. Ellos son los terceros respecto de la misma y la ley no hace distinciones entre terceros socios o no socios (Roitman H., Ley de Sociedades comentada y anotada.

Buenos Aires, 2006, t. I. p. 720; Molina Sandoval, C., La desestimación de la personalidad jurídica societaria Buenos Aires, 2002, p.102).

Así, el ámbito material de aplicación del artículo 54, en lo que aquí interesa, está dado cuando la actuación de la sociedad encubre fines extrasocietarios, lo cual debe ser entendido como la persecución de fines que son contrarios al objeto establecido en el contrato social y que tienden a lograr intereses particulares, o cuando la actuación de la sociedad constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

Pero además, la desestimación de la personalidad jurídica tiende a impedir que, en casos extremos, la personalidad se use como pantalla legal para la frustración del derecho, pero no sirve para hacer (sin el debido fundamento) tabla rasa con la personalidad del ente jurídico, o para confundir invariablemente su individualidad con la de quienes lo integran, por lo que debe emplearse con una gran dosis de prudencia y de manera excepcional (Verón, A., Obra y tomo citado, página 32).

Comparto, en tal sentido, la tesis según la cual no existe disposición legal que autorice la atribución automática a la controlante de los actos realizados por la controlada, pues la sociedad es un sujeto de derecho, con entidad jurídica diversa y distinta de los socios que la integran. Y, si bien el artículo 54, LGS admite excepciones a tal principio, la desestimación de la personalidad societaria debe ser utilizada cuidadosamente, pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla, circunstancia que no fue la que inspiró el nacimiento de tal remedio jurídico (CNCom, Sala B, "Noel, Carlos c/ Noel y Cía. S.A. s/ Sumario", del 13/6/91; id, "Casademont, Paul A. y otro c/ TalentumThinkTank Ltd.y otro", del 30/6/05).

En rigor, tratándose de los controlantes y socios, la función jurídica de la personalidad es justamente aislar a los derechos, obligaciones y responsabilidad de la sociedad -en cuanto persona jurídica- de su potencial imputación a los socios e integrantes de los órganos societarios.

Y si bien es cierto que el concepto de dependiente, en el contexto de las normas sobre responsabilidad extracontractual, tiene mayor extensión en su aplicación contemporánea que la que tenía tradicionalmente, entiendo que no lo es al punto de servir de base para la desestimación de la personalidad de la controlada y la extensión de sus responsabilidades a la controlante.

En definitiva, la desestimación de la personalidad societaria basada en la responsabilidad por el hecho del dependiente solo es viable en los supuestos de ejercicio abusivo de ese control por desvío del interés social, en cuyo caso se aplican las reglas específicas que rigen esa hipótesis y no las derivadas de o vinculadas con el artículo 1113 del Código Civil (Cabanellas de las Cuevas, G., "Derecho Societario, la personalidad jurídica societaria", Buenos Aires, t. 3, p. 377). De todos modos, ya dije antes que en el caso los actores no han propuesto una demanda con los alcances de la Ley 19550:54, párr. 3°, que en definitiva permita descorrer el velo societario para imputar responsabilidades a los "socios" o "controlantes".

Es que aun cuando el reclamo de daños y perjuicios adicional siempre es procedente, pues tiene su origen en un hecho ilícito que es el que da lugar a la desestimación de la personalidad, y permite imputar el reclamo pecuniario a otras personas distintas de la sociedad, a todos los cuales en conjunto se les está reclamando un resarcimiento. Lo cierto es que la inoponibilidad debe demandarse expresamente en la demanda ya que el Juez no puede aplicar un derecho que no le fue solicitado (Roitman, H., Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada, Buenos Aires, 2006, t. I, p.732).

En definitiva, no puede de oficio el Juez introducir esta acción, pues la aplicación de la regla "iuranovit curia" no es fundamento bastante para agregar acciones o defensas que las partes no han propuesto, ya que ello violaría el derecho de defensa en juicio -CN: 18- y el principio de congruencia procesal (Molina Sandoval, C., "La desestimación de la personalidad jurídica societaria", Buenos Aires, 2002, p. 143, n° 61; Ferrer, G., "La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en la relación de empleo en negro", RDPC, t. 2000-1 (Sociedades Anónimas), p. 203, espec. cap. IV).

De allí que variar la calificación de la acción con base en aplicar la facultad que concede al magistrado aquél principio, no importa sólo un cambio de encuadre legislativo, sino que hace a la naturaleza de la pretensión, lo cual es inadmisible.

Por lo expuesto hasta aquí, propiciaré admitir el recurso de la demandada, con el efecto de revocar la sentencia de grado y disponer el rechazo de la demanda.

IV. Por las razones expuestas, si los apreciados colegas del Tribunal comparten mi postura, deberá revocarse la sentencia apelada, quedando rechazada la demanda.

Las costas, en ambas instancias, propongo que sean distribuidas en el orden causado, en atención a las particularidades que exhibe el expediente, sumado al tiempo transcurrido desde la promoción de la presente demanda y a que los actores pudieron tener la convicción de que les asistía razón en su reclamo en atención a la acreditada ilicitud de los directores cuya "dependencia" los actores atribuían a la aquí demandada (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal).

Así voto.

El señor Juez de Cámara Pablo D. Heredia adhiere al voto que antecede.

V.Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Revocar la sentencia apelada, quedando rechazada la demanda.

(b) Distribuir las costas en ambas instancias en el orden causado, en atención a las particularidades que exhibe el expediente, sumado al tiempo transcurrido desde la promoción de la presente demanda (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal).

(c) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto sean fijados los de la instancia anterior.

(d) Notifíquese electrónicamente.

(e) Cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas n° 15/2013 y 24/2013), y vencido el plazo fijado por el cpr 257, devuélvase la causa tanto en su soporte físico y en su soporte electrónico, junto con los exptes venidos ad effectum videndi, y la documentación correspondiente.

Firman únicamente los suscriptos en atención a encontrarse vacante la vocalía n° 12 (RJN art. 109).

Pablo D. Heredia

Gerardo G. Vassallo

Horacio Piatti

Secretario de Cámara.