

SENTENCIA NUMERO: 147. CORDOBA, 27/11/2023.

Los vocales de esta Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial se reunieron a los fines de dictar sentencia, en presencia de la secretaria autorizante, conforme lo establecido en el Acuerdo Reglamentario N° 1629, Serie “A” del 6/6/2020 y sus complementarios; en estos autos caratulados: **“AQUILINO, FAVIO HERNÁN C/ FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE OBRA EDIFICIO AVELLANEDA IN PREMIUM Y OTROS - ABREVIADO - CUMPLIMIENTO/RESOLUCIÓN DE CONTRATO” (Expte. N° 6668793)**, venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de 41° Nominación, a cargo del juez Roberto Lautaro Cornet quien, mediante Sentencia 67, dictada el día 31/5/2022, resolvió: “...I) *Hacer lugar parcialmente a la demanda entablada por el Sr. Favio Hernán Aquilino DNI N° 27.263.026 en contra del Fideicomiso de Administración de Obra Edificio “Avellaneda In Premium”, a fin de que responda con los bienes fideicomitados y, en forma personal, contra Inverco Inversiones en Construcción S.A., y condenarlos a pagar al actor, en el término de diez (10) días de que la presente quede firme la suma de pesos setenta y ocho mil setecientos cincuenta (\$78.750) con más sus intereses, de conformidad a lo dispuesto en el considerando respectivo. II) Hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva incoada por los herederos del Sr. Sebastián Carranza DNI N° 25.758.441 y, en consecuencia, rechazar la demanda en todo cuanto pretende en relación al prenombrado y al Sr. Luis Clemente Carranza DNI N° 8.653.295. III) Las costas en relación a la pretensión en contra del fiduciario del Fideicomiso de Administración de Obra Edificio “Avellaneda In Premium” y de Inverco S.A. en forma personal, se imponen a ambos patrimonios en un 60% y, el 40% restante, a la actora. IV) Las costas por el rechazo de la demanda en contra de los Sres. Sebastián Carranza y Luis Clemente Carranza, están a cargo del actor vencido. IV) Regular los honorarios profesionales de los Abs. Gabriel Hernán López y Antonio E. de Francesca, en conjunto y proporción de ley, en la suma de ochenta y un mil ochocientos veintiuno con 74/100 (\$81.821,74). V) Regular los honorarios del Ab. Sebastián Vanella Godino en la suma de pesos trescientos sesenta mil quinientos treinta y ocho con 05/100 (\$360.538,05). VI) Regular los honorarios del perito contador oficial, Maximiliano Donghi, en la suma de pesos catorce mil doscientos treinta y uno con 68/100 (\$14.231,68), a cargo del fiduciario del Fideicomiso de Administración de Obra Edificio “Avellaneda In Premium” y de Inverco S.A....”.*

El tribunal, en presencia de la actuario, se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

- 1) ¿Es procedente el recurso de apelación de la parte actora?
- 2) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Realizado el sorteo de ley, la emisión de los votos resultó de la siguiente manera: Dres. Joaquín Ferrer, Leonardo González Zamar y Claudia Zalazar.

EL VOCAL JOAQUÍN FERRER A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO :

1) La expresión de agravios de la parte actora

El Sr. Favio Hernán Aquilino, expresa agravios, mediante sus apoderados, Dres. Gabriel Hernán López y Antonio Esteban De Francesca, conforme escrito digital del día 21/3/2023.

En primer lugar, se queja del fundamento del considerando V que refiere a que ni de la demandada ni de la carta documento adjunta se pueda seguir que existió un pedido de resolución por incumplimiento.

Afirma que precisamente en este punto debe aplicarse el derecho del consumidor que es de orden público, y concretamente pide la aplicación del art. 10 de la LDC, inc. c, que no exige requerimiento previo, estableciendo directamente que el incumplimiento faculta al consumidor a “*rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado...*”, y expresa que ello fue lo que el actor realizó al reclamar la restitución de lo pagado de manera judicial con más los rubros indemnizatorios.

Considera que el juez asume un estricto formalismo al insinuar que no surge la palabra textual de rescindir.

En segundo lugar, entiende que el juez incurre en contradicción al manifestar que es de aplicación la ley 24.240, y en especial toda norma favorable al consumidor, pero frustra su resarcimiento a pesar de la prueba de su buena fe.

En este sentido, reclama la responsabilidad solidaria e ilimitada de los demandados pues al tratarse el actor de un consumidor, asevera que deben regir las normas que más lo benefician en cuanto a extensión de la responsabilidad que prevé el art. 40 de L.D.C., armonizada con los arts. 54 última parte, 59 y 274 de la Ley de Sociedades y por último, afianzando lo dicho el CCCN, en su art. 144 prevé el marco que genera inoponibilidad de la personalidad jurídica, lo que fue rechazado por el juez.

Sostiene que su decisión soslaya que el consumidor es la parte débil de la relación y afirma que no se puede pretender que se convierta en un investigador del comportamiento de la empresa cargándole las pruebas al rigor máximo como prevé la ley de sociedades, sancionada en atención a tutelar otros factores que no son los mismos que tutela la LDC.

En definitiva, pide la extensión de la responsabilidad y condenar a todos los codemandados en autos a responder solidariamente por los daños y perjuicios sufridos por el actor.

Alega que se está ante un consumidor que ha sido estafado en su buena fe por una empresa con una posición dominante en la relación y es ahí donde uno espera que la ley 24240 actúa para equilibrar la relación y permitir que

este consumidor no vea frustrado su derecho de recuperar lo pagado puntualmente, haciendo responder a todos los responsables que participaron en la prestación del servicio.

En tercer lugar, critica el criterio de imposición de costas y considera que resulta excesivo condenar en costas al consumidor.

Considera que debe ser eximido de costas por su sola condición de consumidor, en función del beneficio del art. 53 de la LDC, citando jurisprudencia a su favor. Además, entiende que ello es así en función del art. 3 de la LDC, según la que, en caso de duda debe prevalecer la interpretación más favorable al consumidor y por ello, considera que todas las costas del juicio, incluidos los honorarios profesionales, están comprendidas en el beneficio.

En definitiva, solicita se haga lugar a sus quejas y se modifique la sentencia en tal sentido.

2) Las respuestas de los codemandados

Corrido traslado para contestar sus agravios, se los tiene por notificado en virtud del art. 112 del CPCC, y no los evacuan, los codemandados Fideicomiso de Administración de obra Edificio Avellaneda In Premium, Inverco Inversiones en Construcción S.A. y a Luis Clemente Carranza.

Por otro lado, la heredera del Sr. Sebastián Carranza, María Emilia Gómez, por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad Clemente Carranza, contesta el traslado con fecha 26/26/2023, solicitando el rechazo del recurso.

También responde el traslado el Asesor Letrado Civil y Comercial de Sexto Turno: Dr. Carlos Mauricio Romagnoli, con fecha 20/7/2023, pidiendo su rechazo.

Finalmente, la Fiscalía de Cámaras emite dictamen con fecha 10/8/2023, opinando por el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia en todas sus partes.

3) La cuestión a resolver

En función de las quejas del apelante, se sigue que las cuestiones a decidir en esta instancia refieren, por un lado, si la demanda del actor importa una petición de resolución contractual y en consecuencia, si procede la restitución de las sumas abonadas por el Sr. Aquilino, ante la interpretación y aplicación del derecho del consumidor. Por otro lado, la extensión de la responsabilidad a los directores de la sociedad fiduciaria, con fundamento en el art. 40 de la LDC, 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades y el art. 144 del CCCN. Finalmente el criterio de imposición de costas dispuesto en primera instancia, que pide sea eximido por su calidad de consumidor.

a. Las constancias de autos y cuestiones no controvertidas

De las constancias de autos (fs. 13/21) surge que el Sr. Aquilino firmó un contrato de “Designación de fiduciante, beneficiario e incorporación al fideicomiso...” con Inverco S.A. (quien actuó a través de Santiago

Carranza, apoderado del Director: Sebastián Carranza poder acreditado en escritura a fs. 21 y siguientes), en su calidad de fiduciaria del “Fideicomiso Avellaneda Premium In”. Allí se constituyó al actor como beneficiario de la unidad funcional N° 10 “A”.

Cabe destacar que los demandados tanto en primera instancia como en esta sede se encuentran rebeldes, a excepción de los sucesores del Sr. Sebastián Carranza, director de la fiduciaria Inverco S.A.

Al respecto, no se cuestiona en esta instancia que el monto principal solicitado por el actor en su demanda equivale a los pagos realizados a fin de obtener la entrega del departamento que justificó el contrato celebrado.

Por su parte, quedó firme la aplicación de las normas y principios que rigen el derecho del consumidor, por tratarse el actor de un consumidor y el resto de los demandados sujetos que constituyen el polo proveedor en sus diferentes formas de participación en el negocio. Esto fue confirmado tanto por la Fiscalía de Primera Instancia (quien opinó el 22/3/2022) como por la interviniente ante esta alzada (dictamen del 10/8/2023).

En este marco, el juez resolvió admitir parcialmente la demanda en contra del fideicomiso a fin de que responda con los bienes fideicomitidos y, en forma personal, contra Inverco Inversiones en Construcción S.A., y los condenó a pagar al actor los montos definidos en concepto de pérdida de chance y daño moral, e impuso las costas en relación a la pretensión en contra del fiduciario del Fideicomiso de Administración de Obra Edificio “Avellaneda In Premium” y de Inverco S.A. en forma personal, a ambos patrimonios en un 60% y, el 40% restante, a la actora; y respecto al rechazo de la demanda en contra de los Sres. Sebastián Carranza y Luis Clemente Carranza a cargo del actor vencido.

b. La resolución contractual

La primera queja del Sr. Aquilino consiste en el rechazo de la condena por el pago de las sumas de dinero que constan en los recibos, que el juez justificó en que no se trataba de daños y perjuicios sino de los montos abonados por el actor, quien no solicitó la resolución del contrato.

En especial, alega que el reclamo de los montos exactamente abonados – que hacen a la totalidad de las cuotas a su cargo- importa el ejercicio del derecho a la resolución contractual, que en función del art. 10 bis inc. “c” de la LDC no requiere emplazamiento previo ni formula sacramental alguna.

Al respecto, el actor es un consumidor en los términos del art. 1 de la LDC y 1092 del CCCN, y habiéndose producido el incumplimiento –no cuestionado en esta sede- grave y reprochable a la fiduciaria del fideicomiso, podía ejercer cualquiera de las alternativas que el art. 10 bis de la LDC pone a su disposición, a saber: *“El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:*

a) *Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;*

b) *Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;*

c) *Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.*

Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

Si bien del escrito de la demanda, no se lee de manera expresa el pedido de “*rescindir*” o resolver el contrato, tal pretensión surge indubitable del reclamo del Sr. Aquilino, cuando solicitó la restitución de las sumas abonadas como precio del inmueble a adquirir (\$523.308), detallando incluso el modo y fecha de los pagos (ver fs. 2) y acompañando al efecto prueba de cada uno de los pagos con los recibos correspondientes (obrantes a fs. 26/61).

De tal modo, si bien el actor englobó su reclamo como de daños y perjuicios, al pretender ese monto se advierte, sin duda alguna, que se refiere por un lado a la restitución de las sumas abonadas, y por el otro a la “*pérdida de chance*” y “*daño moral*”, que estos incumplimientos le causaron.

Sin perjuicio del intercambio epistolar previo, en sede judicial se reclamaron exclusivamente las consecuencias del incumplimiento total del demandado, aclarando que el fiduciario había abandonado la obra definitivamente (fs. 2) pese al emplazamiento y la “*...marcada amplitud del beneficiario por escuchar alguna solución, pero pese a ello, el fiduciario permaneció en silencio*” (fs. 3).

En consecuencia, la única interpretación viable del reclamo es que el actor quiere la restitución de la totalidad del precio abonado en concepto de la unidad funcional que nunca se le entregó, que son los efectos de la resolución contractual que importa, precisamente, volver las cosas al estado anterior al contrato incumplido, restituyéndose las partes aquello que se hubieran entregado en función del negocio.

Al respecto, el art. 1079 del CCCN dispone que la resolución contractual tiene efectos retroactivos entre las partes, y el art. 1080 señala: “*Restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes. Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente*”.

Finalmente, si alguna duda quedaba, la primera queja del actor radica precisamente en que demandó a fin de solicitar la resolución del contrato y

la restitución de las sumas abonadas, con más los daños y perjuicios, con fundamento en el art. 10 bis inc. c de la LDC.

Por todo lo expuesto y sin violar el principio de congruencia (art. 330 del CPCC) por resultar la resolución contractual una pretensión clara y razonable en función del contenido de las pretensiones del actor en la demanda, corresponde admitir este agravio.

Quedó firme la decisión del juez respecto a tener por acreditado y cierto el incumplimiento en la entrega de la unidad que correspondía al Sr. Aquilino, incluso más allá de la fecha acordada 21/9/2016 y hasta la inspección ocular en la que el magistrado constató que la obra estaba sin terminar. En concreto, decidió: *“Frente al incumplimiento de las obligaciones a cargo del fiduciario que endilga la parte actora, en particular, **la falta de entrega en término del inmueble de que se trata, con la correlativa paralización de la obra, aun cuando la prueba del pago, en el caso, pesa sobre el deudor –una vez probada la existencia de la obligación y su causa-, de las constancias de autos surge sobradamente acreditado el incumplimiento. Repárese nuevamente que, a más de no ser negado, de las posiciones 7 y 11 de la confesional ficta, surge reconocido el abandono de la construcción, así como la fecha de la mora (septiembre 2016), siendo confirmada la falta de entrega con la inspección judicial de fecha 25/11/21 (<https://youtu.be/tdA4ecj7bAo>) donde el suscripto pudo constatar que ni siquiera se ha llegado a construir el décimo primer piso que corresponde a la Unidad Funcional que se obligó a entregar el fiduciario al Sr. Aquilino”***.

En consecuencia, existiendo incumplimiento grave: falta de entrega de la unidad acordada y siendo imputable a la fiduciaria, tal como quedó firme, corresponde admitir la resolución contractual unilateral por parte del Sr. Aquilino, conforme lo autoriza actualmente el art. 1078 inc. b del CCCN (art. 1204 del CC).

Cabe destacar especialmente que el contrato celebrado entre las partes, prevé expresamente la facultad de resolver el contrato por diversas causales o incumplimientos, pero en todos los casos sólo se constituye como una facultad del fiduciario, pero en ninguna oportunidad por parte del fiduciante –beneficiario (consumidor), lo que resulta lógico al tratarse de un contrato de adhesión a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por el fiduciario (proveedor).

Ello sin lugar a dudas importa una práctica abusiva (art. 1096 del CCCN y art. 37 inc. b de la LDC) pues, importan restricción de los derechos del consumidor y amplían los derechos de la otra parte.

De todos modos, tanto el código anterior como el actual se prevé la posibilidad de resolución tácita ante incumplimiento por una de las partes, tal el caso de autos.

Adviértase que ninguno de los demandados, a excepción de los sucesores del director de la S.A. que ejercía como fiduciaria del fideicomiso, Sr. Sebastián Carranza, comparecieron a juicio, rechazaron los hechos alegados, o se opusieron en el grado ni en esta instancia a la resolución, ni mucho menos ofrecieron prueba que haga a su derecho.

En definitiva, estamos ante un supuesto de resolución tácita unilateral por parte del fiduciante – beneficiario – consumidor, ante un incumplimiento definitivo y absoluto de su deudora y con los requisitos para justificarla.

A igual resolución se arriba de la simple facultad que tiene el actor, en su calidad de consumidor, de solicitar la resolución contractual, con fundamento en el art. 10 bis, inc. c de la LDC, que dispone: “*Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado*” siempre dejando a salvo el derecho de reclamar también los daños y perjuicios como expresamente lo consagra la norma.

En consecuencia, en función del art. 1078 inc. f) del CCCN y 1204 del CC, la resolución judicial se produjo de pleno derecho con la interposición de la demanda, produciendo entre las partes efecto retroactivo al día del contrato, debiendo las partes restituirse lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir (art. 1080 del CCCN) teniendo el cumplidor derecho a reclamar los daños y perjuicios, tal como lo reclama el actor.

En función de lo expuesto, procede admitir el reclamo del Sr. Aquilino, y condenar a la restitución de las sumas de dinero abonadas, por un total de pesos quinientos veintitrés mil trescientos ocho (\$523.308) –pago del precio de la unidad no entregada-, con más intereses desde que cada monto fue abonado (recibos obrantes a fs. 26/61).

En relación a la tasa de interés, corresponde abonar la determinada por el juez en la sentencia (tasa pasiva del BCRA con más el 2% nominal mensual), hasta el 31/12/2022 y desde el 1/1/2023 hasta su efectivo pago la tasa pasiva del BCRA con más el 3% nominal mensual, de conformidad al criterio establecido por el TSJ en función del reciente fallo del Tribunal Cimero a través de su Sala Laboral, en Sentencia 128 de fecha 1/9/2023, en autos “Expte. SAC: 3281572 – Seren Sergio Enrique c/ Derudder Hermanos SRL. - Ordinario– -Despido”.

c. La responsabilidad personal y solidaria de los socios de la fiduciaria

La segunda queja del apelante se centra en la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva, y el consecuente rechazo de la demanda, en contra de los directos de Inverco - Inversiones en Construcción S.A., Sres. Sebastián Carranza DNI N° 25.758.441, hoy sus herederos y Luis Clemente Carranza, DNI N° 8.653.295.

Fundamenta su petición en la responsabilidad solidaria del art. 40 de la LDC, así como en los arts. 54, 59, 274 de la LS, y también en el art. 144

del CCCN, alegando la necesidad el corrimiento del velo societario y pretendiendo que se los condene personal, solidariamente e ilimitadamente. Cabe aclarar que los hechos por los que pretende que los directores de la sociedad anónima, que era fiduciaria, sean condenados es por la falta de entrega en término de la unidad comprometida y el abandono definitivo y total de la obra, sin solución a su problema.

Al respecto, el juez entendió que la inoponibilidad de la persona jurídica, prevista en el art. 54 de la LS, es un supuesto excepcional, y que el actor realizó un planteo genérico sin detallar cuál habría sido la o las conductas de los directores que evidencien el uso abusivo de la personalidad jurídica en el caso.

El magistrado aclaró que una cuestión es achacar que el fiduciario, en tal calidad Inverco S.A., haya obrado en forma culposa – a través de sus representantes, generando un incumplimiento obligacional apto para generar daños al actor, los que fueron probados, por lo que, hizo responder a la sociedad en forma personal, ampliando la garantía patrimonial que por aplicación de la figura del fideicomiso, estaba limitada a los bienes fideicomitidos que titulariza el fiduciario; pero que otra cuestión es pretender el corrimiento del velo societario en relación a los directores de la sociedad anónima fiduciaria en los términos del art. 54 y siguientes de la Ley 19.550 y art. 144 CCC, situación que aseveró exige de mínima un relato circunstanciado y prueba de la maniobra tendiente a la consecución de fines extrasocietarios, o que se la utilice de instrumento para violar la ley, el orden público o frustrar derechos de terceros, lo que entendió no se configuró ni acreditó en el caso.

La Sra. M. Emilia Gómez, por derecho propio y en representación de su hijo Clemente Carranza, en cuanto herederos del codemandado en carácter de director de Inverco S.A., el causante Sebastián Carranza, consideran que la resolución luce ajustada a derecho y debe confirmarse.

En definitiva, en esta instancia procede determinar si los directores de Inverco S.A., fiduciaria del fideicomiso, resultan responsables o no por la falta de entrega de la unidad funcional al actor, en los términos de los arts. 54, 59 de la LS, art. 144 del CCCN y art. 40 de la LDC.

Si bien la ley 24.240 consagra en el art. 40 de la LDC ante vicios o riesgos de la cosa o prestación de servicio, la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la cadena de producción y comercialización, en el caso concreto, se pretende la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica: S.A que ejerció como fiduciaria del fideicomiso, haciendo extensible a sus directores su responsabilidad, lo que conlleva un análisis más profundo del tema.

Insisto, la S.A. ya fue condenada (cuestión firme) a indemnizar al actor a título personal por el incumplimiento en la entrega del departamento y sus daños, y la pretensión recursiva pretende la extensión de dicha

responsabilidad a los directores de aquella a título personal, de forma solidaria e ilimitadamente: Sres. Luis Clemente Carranza y Sebastián Carranza –hoy sus sucesores-.

También cabe poner de relieve que quedó firme no sólo el incumplimiento en la terminación y entrega del departamento al Sr. Aquilino por parte del fideicomiso, la responsabilidad por el incumplimiento en la construcción y abandono de la obra por parte de la fiduciaria: Inverco Inversiones en Construcción S.A., sino también que la empresa: “...no prestó colaboración para el esclarecimiento de los hechos, en tanto su conducta reticente impidió a la parte actora diligenciar la pericial contable ofrecida (vid. Auto N° 414 del 30/08/21); y lo que resulta dirimente aquí en orden a la prueba de la no culpa que tenía a cargo es que precisamente Inverco S.A., estaba en mejores condiciones de probar los extremos que invierten las presunciones en contra, es decir, acreditar su obrar conforme el estándar de conducta exigido por la norma (art. 6 L.F.)... responda Inverco S.A. por los perjuicios supra analizados haciendo abstracción de la escisión patrimonial entre los bienes fideicomitidos que titulariza y los que forman parte de su patrimonio personal, atento su obrar culposo en el desempeño del cargo”.

Ahora bien, en relación a la responsabilidad de los directores de la S.A. debemos recordar que el art. 54, tercer apartado, de la ley 19.550 dispone: “**Inoponibilidad de la personalidad jurídica.** La actuación de la sociedad que 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 la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Al respecto, contrariamente a lo dispuesto por el juez, comparto la opinión de Martorell (quien a su vez citó a Borda) respecto a que a pesar que los jueces siempre afirman que la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica es de excepción, debe ser a la inversa, pues: “... si se ha violado la ley, si es un simple recurso para afectar a terceros, etcétera no puede ser que su aplicación sea en forma excepcional, por el contrario lo que si debe ser excepcional es que encontrándose acreditado el hecho pueda ser confirmado por autoridad judicial...” (cfr. Martorell, Ernesto E., La inoponibilidad de la personalidad jurídica al fiduciario que actúa de manera ilícita o anti-funcional, La Ley, 13/3/2017).

El autor citado explicó que la teoría de la inoponibilidad implica la “virtual” desaparición de la impermeabilidad patrimonial del ente, permitiendo la persecución directa de quienes actuaron de modo reprochable, tanto con motivo del ejercicio de su poder en la toma de decisiones, como en la ejecución de las mismas por la sociedad de que se trate, lo que destaca: “...puede ocurrir en el seno de la fiduciaria con

respecto al manejo del emprendimiento fiduciario a su cargo y/o en las sociedades satélites fraudulentamente interpuestas en el torno negocial”.

Por su parte, en el art. 59 de la LS se regula la diligencia y responsabilidad de los administradores societarios en los siguientes términos: **“Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.**

Además de la normativa societaria específica, el CCCN incorporó la inoponibilidad de la persona jurídica de manera expresa en el art. 144, que dispone: **“La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.**

Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados” (el destacado me pertenece).

La doctrina especializada en la materia, que comparto (cfr. Martorell, op. cit., Moro, Nuevos horizontes en materia de responsabilidad de administradores societarios, RCCyC 2022 (junio), 76), reconoce que se trató de una ampliación del ámbito de aplicación anteriormente sólo prevista en la LS, al eliminar la palabra “mero” del art. 54 de la LS, admitiendo su vigencia en supuestos donde la actuación tenga por objetivo violar la ley y/o los principios generales del orden público o buena fe, o la frustración de derechos de cualquier persona.

Concretamente, Moro sostiene, con criterio al que adhiero, que los terceros, por caso consumidores, pueden invocar por vía de la acción individual del art. 279 de la LS, una actuación reñida con el cartabón del art. 59 de dicha normativa. El autor explicó que la acción individual del tercero es aquella que procura la reparación de los daños padecidos por un hecho ajeno al contrato de sociedad y que requiere los presupuestos de la responsabilidad civil, siendo que la ponderación de la culpa (art. 1721 del CCCN) se realiza a la luz un patrón abstracto: *“la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios”*, y precisamente allí afirma se encuentran las dificultades de la determinación de la responsabilidad de los administradores societarios (cfr. Moro, E., op. cit.).

En el caso de autos, nos encontramos ante un supuesto en donde los fiduciarios realizaron sus aportes al fideicomiso, en particular el Sr. Aquilino abonó la totalidad del monto comprometido contractualmente y al vencimiento del término para la entrega de la unidad que como beneficiario

le correspondía, ello no ocurrió, encontrándose la obra paralizada y sin terminar, lo que lo obligó a iniciar acciones legales en defensa de sus derechos, luego de haber intimado a la fiduciaria a que le brinde una solución al problema, sin obtener respuesta alguna.

En consecuencia, los directores de la sociedad que ejercía como fiduciaria, administraban esos fondos ajenos, en función de la especial confianza (arts. 776, 1067 y 1674 del CCCN) que le fue depositada, que les imponía, por un lado, el deber de cumplir con la labor encomendada y por otro, rendir cuentas del uso de los fondos (arts. 858/863 y especialmente el art. 1675 del CCCN), máxime ante el conocimiento que existían fiduciarios que eran consumidores, que se encontraban en condiciones de vulnerabilidad especial, tal como el caso del Sr. Aquilino.

En relación a la especial confianza depositada en el fiduciario, la ley expresamente resalta esa cualidad que es tenida en cuenta al momento de la contratación y en función de ello replica la regla de actuación del art. 59 de la LS e impone la responsabilidad solidaria, al establecer en el art. 1674 del CCCN lo siguiente: “*Pauta de actuación. Solidaridad. El **fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él***” (el destacado me pertenece).

Si bien la norma refiere al fiduciario, reitero, ya condenado en primera instancia, considero que en el caso en particular, los directores de la S.A. que ejercían dicha calidad resultan igualmente responsables a título personal y solidariamente, tal como lo pretende el actor.

Cabe aclarar que existen circunstancias especiales que imponen un mayor rigor en el análisis de la cuestión y que justifican la decisión que propongo. En primer lugar, tanto el Sr. Luis Clemente Carranza como Sebastián Carranza, eran los directores del Inverco S.A., lo que no se encuentra controvertido.

De las constancias de autos surge que existió un pedido de quiebra de Inverco S.A. y que conforme al exhorto diligenciado a fs. 167, fue rechazado mediante sentencia del 18/12/2017.

Ahora bien, conforme surge de la carta documento remitida por Inverco al actor, con fecha 25/10/2019, éste fue citado a una asamblea extraordinaria que tenía como orden del día –entre otros- el tratamiento de la aceptación de la renuncia de la S.A. como fiduciaria y la declinatoria a aceptar como suplente por parte del Sr. Luis Clemente Carranza.

Por su parte, ninguno de los demandados acreditó haber cumplido la obligación de rendir cuentas en función de la delicada administración de fondos ajenos que desempeñaban, que podría dar razón o justificar la falta de entrega de la unidad que debía ser adjudicada al actor, o bien, el abandono de la obra en construcción objeto del fideicomiso.

Además, salvo los herederos del Sr. Sebastián Carranza, ninguno de los demandados, que son proveedores profesionales y que se encuentran en mejores condiciones jurídicas, de información, de probar, etc., comparecieron a juicio, tal como da cuenta el certificado de fs. 193, con las consecuencias jurídicas que sus actos implican.

Finalmente, tal como ya se señaló en párrafos anteriores, resulta por demás reprochable que en oportunidad del diligenciamiento de la prueba pericial contable ofrecida por el Sr. Aquilino, la empresa Inverco no brindó la colaboración necesaria para el cumplimiento de tal fin, impidiendo su producción, lo que no puede sino ser considerado como un obrar contrario a la buena fe que rige en el proceso, y que además, en función del art. 53 de la LDC, importa una presunción en su contra.

De todas las circunstancias especiales expuestas, se puede presumir con alto grado de certeza que la fiduciaria no cumplió con el deber que impone el art. 1674 del CCCN, y que sus directores no pueden ser extraños a este accionar ajeno a los fines sociales y al objeto de la contratación, pues – reitero- se encuentra acreditada: la falta de entrega en término del departamento que debía ser entregado al Sr. Aquilino en 2016, la paralización de la obra sin fundamento, razón o excusa alguna durante el transcurso de los años, ni siquiera en esta sede, la renuncia anticipada al ejercicio de su calidad de fiduciario, la falta de rendición de cuentas, la falta de colaboración procesal.

Todas este accionar permite presumir (art. 316 del CPCC) maniobras de vaciamiento del patrimonio fideicomitido (falta de entrega, abandono de obra, falta de rendición de cuentas, renuncia al cargo, etc.) que habilitan la extensión de la responsabilidad no sólo a la sociedad fiduciaria, sino también a sus directores por este obrar.

Al respecto, Boquín explicó -si bien respecto a reclamos laborales, pero aplicables al caso de autos- que: *“Es una lamentable realidad que muchas sentencias laborales no pueden en definitiva ejecutarse y menos aún cobrarse pues cuando llega el mandamiento de embargo la sede social se encuentra vacía, cerrada o abandonada, o bien otra empresa (real o aparente) funciona en el mismo predio que la condenada en sede laboral, desarrollando el mismo objeto y generalmente con los mismos activos, infraestructura y recursos humanos que su antecesora. En estos casos entendemos que puede existir un vaciamiento o transvasamiento que permite extenderle la responsabilidad a los socios, administradores y controlantes de la sociedad originalmente condenada”*.

La autora citada explicó que el vaciamiento importa la desaparición total o parcial de los activos, sin que los administradores brinden explicaciones satisfactorias y conforme a derecho del destino de ellos, y concluyó que tanto en el caso del vaciamiento como en el transvasamiento: *“...existe una desaparición fáctica de la sociedad obligada a los fines de evitar hacer*

frente a sus pasivos” (cfr. Boquín, Gabriela, F., Acciones de responsabilidad de los administradores sociales. Distintos aspectos relevantes a la cuestión, Nuevas doctrinas judiciales en materia de sociedades comerciales editado por la Fundación para la Investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, pág. 345, SAIJ: DACF100018).

En función de ello, las constancias de la causa y los hechos en que se funda permiten presumir, maniobras de vaciamiento de la sociedad Inverco S.A., que impiden al fiduciario consumidor obtener la reparación de su reclamo de ésta y que justifica la valoración y responsabilidad de sus directores.

De tal modo, entiendo aplicable al caso el art. 54 de la ley de sociedades, en cuanto dispone la inoponibilidad de la persona jurídica pues la actuación de la sociedad (Inverco S.A.) encubrió la consecución de fines extrasocietarios constituyendo un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe y para frustrar derechos de terceros, en este caso el derecho de propiedad del Sr. Aquilino, su confianza, la protección de sus intereses económicos, el derecho a la información y al trato digno (éstos últimos derechos constitucionales en su calidad de consumidor), por lo que la responsabilidad se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados, es decir, los directores Sres. Luis Clemente Carranza y Sebastián Carranza –hoy sus sucesores.

Aclaro que aun interpretando restrictivamente la norma citada –como propugna cierta doctrina y jurisprudencia-, la responsabilidad de los directores, solidaria e ilimitada se justifica sin dudas –con mayor amplitud- en el art. 144 del CCCN que impone el principio de la inoponibilidad de la persona jurídica cuando su actuación esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, y que expresamente dispone que la responsabilidad se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Al respecto, Martorell explicó, en términos que comparto, que en el ámbito del fideicomiso ocurren fraudes que: *“... obligan a los particulares a extremar todos los recaudos para evitar ser timados si uno se involucra con un fideicomiso, y a los jueces a ser especialmente creativos y severos frente a la necesidad de sancionar, cuando esta figura es utilizada por los “pillos” para medrar...son numerosísimos los emprendimientos inmobiliarios estructurados bajo la forma del fideicomiso en los cuales, amparándose en las limitaciones y blindajes que genera la figura, quienes han sido los verdaderos autores del “vaciamiento” del patrimonio fideicomitado y has estafado a los fiduciantes, pretenden salir airosos y dejar como único responsable de sus pillerías a un fiduciario*

absolutamente insolvente” (cfr. Martorell, E., La inoponibilidad de la persona jurídica del fiduciario que actúa de manera ilícita y antifuncional, La Ley, 13/10/2017, pág. 11, el destacado me pertenece).

El autor citado concluyó, tal como considero que ocurre en el caso de autos, que la utilización abusiva o antifuncional de la figura societaria para perjudicar, constituye en definitiva una categoría específica del abuso del derecho, prohibida por los arts. 9, 10, 279, 332 y 1061 del CCCN, o lisa y llanamente una figura de control corporativo que permite aplicar los arts. 54 de la LS o 144 del CCCN, que no puede tolerarse.

De tal modo, los directores aquí demandados violaron la obligación legal de conducirse con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59 de la LS y art. 1674 del CCCN) por lo que deben responder por los daños causados a terceros (como un consumidor) por los actos de su gestión, es decir, conforme explicó Moro, se trata del “*círculo de responsabilidad extrasocietaria*”, que incluye la acción individual del tercero (art. 279 de la LS) a fin de conseguir la reparación de los daños padecidos por un hecho ajeno al contrato de sociedad, cuya responsabilidad se realiza a la luz del patrón abstracto de la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios (cfr. Moro E., op. cit., pág. 13).

El autor citado aclaró que: “...*la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica no importa per se, una condena indemnizatoria que se traslada a los integrantes de la sociedad...dependiendo de cuáles sean las características puntuales del uso desviado para cuya concreción se utilizó la sociedad. La consistencia de la sanción última que recaerá sobre los socios dependerá de cuál haya sido la situación fáctica que motivó la desestimación de la personalidad societaria...la teoría del corrimiento del velo societario contemplado en el art. 54 de la LSC y desestimarse la personalidad diferenciada importa desplazar la imputación de un acto: lo que antes era imputable a la sociedad (condena indemnizatoria, quiebra, sanción fiscal, etc.) ahora deviene imputable a sus socios*” (cfr. Moro, Emilio, El corrimiento del velo societario frente a daños causados a consumidores y violación a la ley de defensa del Consumidor, en: Tratado de Derecho del Consumidor, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, pág. 395).

El autor citado destacó que si el instituto se aplica a áreas menos rozadas con el orden público, no podía hacerse esperar su viabilidad en el derecho del consumidor ante violaciones a la LDC y causación de daños en las relaciones de consumo (cfr. Moro, E. El corrimiento del velo, op. cit., pág. 398).

Por todo lo expuesto, considero justo y razonable en el caso concreto, en función de las circunstancias y actuación de los responsables de la administración de Inverco S.A., es decir, sus directores: Luis Clemente Carranza y Sebastián Carranza –hoy sus sucesores-, declarar la inoponibilidad de la persona jurídica y hacer extensiva su responsabilidad

de manera solidaria e ilimitada, con fundamento en las normas citadas en este considerando y especialmente en los arts. 54 tercer párrafo y 59 de la LS, arts. 144 y 1674 del CCCN.

En consecuencia, el agravio se admite y procede condenar solidaria e ilimitadamente a los Sres. Luis Clemente Carranza y Sebastián Carranza – hoy sus sucesores- a pagar al Sr. Aquilino el resarcimiento ordenado.

d. El criterio de imposición de costas de primera instancia

En función de lo aquí decidido, y de la modificación del criterio del juez de grado, procede revocar el criterio de imposición de costas de la sentencia, las que se imponen en su totalidad a todos los demandados por resultar vencidos, art. 130 del CPCC.

La decisión anterior torna abstracto el planteo del actor referido a la extensión del beneficio de justicia gratuito previsto en el art. 53 de la LDC, mediante el cual, conforme el criterio de esta Cámara, se llegaría a igual resultado, es decir, no se impondrían las costas al consumidor, aun cuando resultare vencido, excepto temeridad o malicia.

En síntesis, se revoca el criterio de imposición de costas de primera instancia y se cargan en su totalidad a los demandados por resultar vencidos, art. 130 del CPCC, en función de lo cual, el juez deberá practicar nuevas regulaciones de honorarios por las modificaciones adoptadas en esta resolución.

e. La admisión del recurso

En función del desarrollo de los diversos agravios esgrimidos por el actor, se concluye en la admisión de su recurso de apelación, y se modifica la sentencia, incluyéndose en la condena a pagar al actor, de manera solidaria e ilimitadamente, a los Sres. Luis Clemente Carranza y Sebastián Carranza –hoy sus sucesores-, además de los rubros ya firmes, la restitución de las sumas de dinero abonadas, por un total de pesos quinientos veintitrés mil trescientos ocho (\$523.308) –pago del precio de la unidad no entregada-, con más intereses desde que cada monto fue abonado y hasta su efectivo pago.

En relación a la tasa de interés, corresponde abonar la determinada por el juez en la sentencia (tasa pasiva del BCRA con más el 2% nominal mensual), hasta el 31/12/2022 y desde el 1/1/2023 hasta su efectivo pago la tasa pasiva del BCRA con más el 3% nominal mensual.

Por su parte, se revoca el criterio de imposición de costas de primera instancia y se cargan en su totalidad a los demandados por resultar vencidos, art. 130 del CPCC, en función de lo cual, el juez deberá practicar nuevas regulaciones de honorarios por las modificaciones adoptadas en esta resolución.

4) Las costas

Atento la admisión del recurso las costas se imponen a la parte demandada por resultar vencida, art. 130 del CPCC.- Los honorarios de los letrados de

la parte actora, Dres. Gabriel Hernán López y Antonio Esteban De Francesca, habida cuenta la labor desempeñada en esta instancia y la complejidad de la causa, se establecen en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del punto medio de la escala del art. 36 de ley 9459.- Los honorarios del letrado de los sucesores del Sr. Sebastián Carranza, Dr. Sebastián Ignacio Vanella Godino, se establecen en el treinta por ciento del mínimo de la referida escala.

Con más IVA de corresponder.

La base regulatoria estará definida por aquello que haya sido materia de discusión en la alzada, teniéndose presente el mínimo para recursos ordinarios de 8 Jus, tal como expresamente lo dispone el art. 40 de la L.A.

Por lo expuesto, a la primera cuestión voto por la afirmativa.

EL VOCAL LEONARDO GONZÁLEZ ZAMAR A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO : Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal preopinante.

LA VOCAL CLAUDIA ZALAZAR A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO : Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer.

EL VOCAL JOAQUÍN FERRER A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO :

Propongo:

1º) Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora, en contra de la Sentencia 67, de fecha 31/5/2022.

2º) Modificar la resolución de primera instancia y extender la condena, de manera solidaria e ilimitadamente, en contra de los Sres. Luis Clemente Carranza y Sebastián Carranza -hoy sus sucesores-, al pago de los rubros ya firmes con más la restitución de las sumas de dinero abonadas, por un total de pesos quinientos veintitrés mil trescientos ocho (\$523.308) –pago del precio de la unidad no entregada-, con más intereses desde que cada monto fue abonado y hasta su efectivo pago, a la tasa pasiva del BCRA con más el 2% nominal mensual hasta el 31/12/2022 y desde el 1/1/2023 hasta su efectivo pago la tasa pasiva del BCRA con más el 3% nominal mensual.

3º) Revocar el criterio de imposición de costas de primera instancia e imponerlas en su totalidad a los demandados por resultar vencidos, art. 130 del CPCC.

4º) Imponer las costas de esta alzada a la parte demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los letrados de la parte actora, Dres. Gabriel Hernán López y Antonio Esteban De Francesca, en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del punto medio de la escala del art. 36 de ley 9459 y los del Dr. Sebastián Ignacio Vanella Godino, en el treinta por ciento del mínimo de la referida escala. Con más IVA de corresponder. La base regulatoria estará definida por aquello que haya sido materia de discusión en la alzada, teniéndose presente el mínimo para recursos ordinarios de 8 Jus, tal como expresamente lo dispone el art. 40 de la L.A.

EL VOCAL LEONARDO GONZÁLEZ ZAMAR A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO : Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal preopinante.

LA VOCAL CLAUDIA ZALAZAR A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO : Que adhiere en un todo al voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer. Por el resultado de la votación precedente

SE RESUELVE : 1º) Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora, en contra de la Sentencia 67, de fecha 31/5/2022. 2º) Modificar la resolución de primera instancia y extender la condena, de manera solidaria e ilimitadamente, en contra de los Sres. Luis Clemente Carranza y Sebastián Carranza -hoy sus sucesores-, al pago de los rubros ya firmes con más la restitución de las sumas de dinero abonadas, por un total de pesos quinientos veintitrés mil trescientos ocho (\$523.308) -pago del precio de la unidad no entregada-, con más intereses desde que cada monto fue abonado y hasta su efectivo pago, a la tasa pasiva del BCRA con más el 2% nominal mensual hasta el 31/12/2022 y desde el 1/1/2023 hasta su efectivo pago la tasa pasiva del BCRA con más el 3% nominal mensual. 3º) Revocar el criterio de imposición de costas de primera instancia e imponerlas en su totalidad a los demandados por resultar vencidos, art. 130 del CPCC. 4º) Imponer las costas de esta alzada a la parte demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los letrados de la parte actora, Dres. Gabriel Hernán López y Antonio Esteban De Francesca, en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del punto medio de la escala del art. 36 de ley 9459 y los del Dr. Sebastián Ignacio Vanella Godino, en el treinta por ciento del mínimo de la referida escala. Con más IVA de corresponder. La base regulatoria estará definida por aquello que haya sido materia de discusión en la alzada, teniéndose presente el mínimo para recursos ordinarios de 8 Jus, tal como expresamente lo dispone el art. 40 de la L.A. Protocolícese, hágase saber y bajen.

Texto Firmado digitalmente por:	FERRER VOCAL Fecha: 2023.11.27	Joaquin DE	Fernando CAMARA
	GONZÁLEZ ZAMAR Leonardo Casimiro VOCAL Fecha: 2023.11.27	DE	CAMARA
	ZALAZAR VOCAL Fecha: 2023.11.27	Claudia DE	Elizabeth CAMARA