

## Contrato De Locacion De Obra Incumplimiento Reduccion De Clausula Penal Responsabilidad De Los Socios Por Actividad Societaria

### JURISPRUDENCIA

En Buenos Aires, a 30 de mayo de dos mil

trece, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa "VIGNOLO IGNACIO contra PROYECTO A4 SRL Y OTROS sobre ordinario", registro n° 34.200/2008 procedentes del JUZGADO N° 22 del fuero (SECRETARIA N° 44), donde está identificada como expediente nro. 050642 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: Dieuzeide, Heredia, Vassallo. 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 Dieuzeide dice: 1. Que corresponde conocer en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia definitiva dictada en fs. 1115/1124 que hizo lugar parcialmente a la demanda. La expresión de agravios de la codemandada Proyecto A4 S.R.L. fue agregada en fs. 1160/1163 y contestada por su contraria en fs. 1185/1187. Los agravios de la actora fueron expresados en fs. 1189/1193 y contestados por Proyecto A4 S.R.L. y por Mariano Martín Pagano en fs. 1200/1202 en forma conjunta. a) Los antecedentes del proceso fueron adecuadamente descriptos en la sentencia apelada, sin perjuicio de lo cual se considera útil efectuar una reseña de sus presupuestos de hecho: I) Con fecha 23.08.06 la actora suscribió un contrato de locación de obra por medio del cual encomendó a Proyecto A4 S.R.L. la construcción de una vivienda familiar en la localidad de Benavidez, Provincia de Buenos Aires. II) El precio de la obra fue establecido en la suma de \$ ... y debía abonarse mensualmente a medida que aquella iba avanzando, la cual tenía como plazo de finalización el de ciento ochenta días. III) Proyecto A4 S.R.L. mostró muchas demoras en la terminación de la obra por lo que la actora decidió rescindir el contrato, terminar la construcción por su cuenta y promover demanda por daños y perjuicios por la suma \$ ..., con más intereses y costas. b) La sentencia de primera instancia admitió la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Mariano Martín Pagano, Guillermo Carlos Mestre, Diego Martín Spinogatti y Sebastián Miguel Piovi y en consecuencia rechazó la demanda con costas a la actora. También rechazó la reconvencción deducida por Proyecto A4 S.R.L., con costas. Condenó finalmente a esta última a pagar a la actora la suma de \$ ... con costas. Para arribar a dicha decisión la señora juez de grado sostuvo que: I) La indemnización por rescisión del contrato sólo puede ser reclamada a la sociedad, sin que los socios queden obligados personalmente por las consecuencias del obrar atribuido a esa persona jurídica, porque en razón del régimen aplicable al tipo societario de que se trata, no quedan obligados en forma personal. Señaló en este sentido que la parte actora no produjo ninguna prueba tendiente a demostrar un uso desviado de la personalidad jurídica que habilitare a imputar directamente a los socios por abuso de la personalidad societaria en los términos del art. 54 de la ley 19.550. II) En el caso, existían elementos suficientes como para establecer que la obra no fue concluida en el tiempo y formas convenidos de acuerdo con las pruebas pertinentes, por lo que juzgó que el actor tenía derecho a no pagar el precio y ponerle fin al contrato. III) La multa por demora en la entrega de la obra de acuerdo con la cláusula 6.15 del pliego de bases y condiciones generales era del uno por ciento (1%) por día de paralización, considerándola excesiva y por cuanto con su aplicación se configuraría un aprovechamiento leonino y ofensivo a la moral y a las buenas costumbres, lo que llevó a que la señora magistrada de grado de acuerdo a las facultades que le confiere el c.civ.: 656 a morigerar dicho porcentaje, reduciéndolo al diez por ciento (10 %) de la suma reclamada (\$ ...). IV) Se encuentra acreditado que la obra fue concluida por otra empresa, que las tareas faltantes para concluirla se estimaron en la suma de \$ ... -puesto que el actor no acreditó el importe efectivamente abonado-, por lo que la señora juez de la anterior instancia estableció dicha suma en concepto de reintegro de gastos incurridos para concluir la obra. Asimismo admitió el importe de las cuotas del contrato de seguro que debió abonar el actor con motivo de su prórroga. V) Juzgó que el daño moral es una lesión a los sentimientos personales o la tranquilidad anímica y que en el caso no se puede configurar dicho supuesto por el mero incumplimiento de un negocio comercial en tanto la frustración o cumplimiento defectuoso está dentro del campo de las previsibles vicisitudes o alternativas propias del tráfico mercantil. c) La codemandada Proyecto A4 S.R.L. al expresar agravios refirió los siguientes: I) Que la sentencia no fue congruente con la prueba presentada, señalando que el actor reconoció la falta de pago de las facturas sin existir constancia de los reclamados. Agregó que la demora en la construcción se debió a la no percepción de aquellos pues no se contó con el dinero para proseguir la obra. II) Que la rescisión contractual fue ilegal y que la señora juez ¿a quo? no tuvo en cuenta la falta de pago, resaltando que nadie que se encuentra en mora puede constituir en ella a la contraparte y mucho menos rescindir el contrato. III) Que se rechazó la reconvencción y que tanto la sentencia como la pericia realizada confunden el concepto de ¿cobrado? con el de ¿facturado?. Asimismo criticó que no se ponderó que las facturas incluían ¿adicionales? que no estaban

incluidos en el precio del contrato. Por tal razón es que cuando se hizo la cuenta, se concluyó erróneamente que las facturas excedían el noventa por ciento (90%) del precio del contrato, pese a que no se había llegado al noventa por ciento (90%) de la ejecución de la obra.

d) Las críticas que produjo la parte actora pueden sintetizarse de la siguiente manera: I) Que la sentencia morigeró erróneamente la cláusula penal establecida en el contrato que preveía el uno por ciento (1%) por cada día de atraso, reemplazándola por el diez por ciento (10%) por todo el período de demora. II) Que el señor Juez de grado rechazó la indemnización solicitada en concepto de daño moral con fundamento en que dicho rubro no se configura por el mero incumplimiento de un "negocio comercial" entendiéndose que esa posibilidad está dentro del campo de las previsibles vicisitudes o alternativas propias del tráfico mercantil, sin tener en cuenta que el contrato de obra celebrado entre las partes es de naturaleza civil. Hizo referencia al decreto 1285/58, sustituido por ley 23.637 con respecto a la competencia e indicó que la competencia del fuero comercial no cambia la naturaleza jurídica del contrato, ni del actor. Agregó que no se persiguió en aquel fin de lucro alguno, sino que la casa cuya construcción se encargó a la demandada era para ser habitada por él y su familia y las aflicciones espirituales producidas pueden inducirse claramente de los hechos invocados y acreditados en la causa, descriptos por el apelante. III) Que se admitió erróneamente la excepción de la falta de legitimación pasiva interpuesta por los socios demandados, ya que se acreditó que la sociedad no contaba con el capital suficiente para afrontar su giro y falta de objeto social, sin embargo la juez presumió que su parte conocía dicha situación al momento de contratar. Reiteró que quedó demostrado que el actuar de la sociedad demandada haya tenido por fin limitar su responsabilidad personal en perjuicio de terceros, en tanto esta sociedad fue creada con un capital muy inferior a los contratos que tomó y a las eventuales consecuencias que podría tener su incumplimiento y que los socios actuaron indirectamente a través de ella a sabiendas de que podrían usarla como escudo para limitar sus responsabilidades.

2. Los hechos que surgen de los medios de prueba del proceso y que considero relevantes a los fines de resolver el mérito de los recursos interpuestos son:

a) En fs. 916/918 se encuentra la declaración testimonial de Marcelo Damián Faiden mediante la cual expresó -en lo que aquí interesa referir- que: I) Tuvo a su cargo el proyecto y la dirección de la obra, y a medida que esta fue avanzando empezaron a suscitarse distintos incumplimientos, todos ellos descriptos y firmados por ambas partes en el libro de órdenes (resp. 2 y 3). II) Una vez autorizados los pagos, los tiempos se acordaban entre el comitente y el contratista. Agregó que "a su entender" la obra se atrasó por la falta de personal suficiente y algunas impericias descriptas y firmadas en el libro de órdenes, y que en varios momentos se realizaron observaciones y se solicitaron correcciones sobre trabajos que se consideraron incorrectamente realizados (resp. 6, 7 y 8). III) No estaban finalizadas las instalaciones de electricidad, gas, agua fría y caliente, aire acondicionado y calefacción. Tampoco estaban terminados los pisos, los cielos rasos de yeso se estaban desprendiendo, no estaba finalizado el revestimiento exterior de la casa, la impermeabilización de los techos y la pintura. Estimó que al momento de paralizarse la obra estaba en un ochenta por ciento (80%) de su realización y que faltaban dos meses de trabajo.

b) En fs. 1044/1048 se encuentra agregado el informe pericial presentado por el arquitecto Rinaldi, en el cual se refirió que: I) El contrato con la empresa constructora se rescindió en noviembre de 2007 y de acuerdo con los trabajos que se encontraban realizados la obra alcanzó un porcentaje de un setenta por ciento (70%) a un setenta y cinco por ciento (75%) del total convenido. II) Según la documentación la actora había abonado la suma de \$ ..., cifra que representaba aproximadamente el 92,9 % del presupuesto original, concluyendo en que se abonó más del valor que hubiese correspondido a la fecha de rescisión. III) Estimó que los trabajos faltantes de realización a fines de 2007 alcanzaban la suma de \$ ... IV) Los trabajos mal ejecutados y factibles de ser corregidos eran de mampostería, pisos, carpintería de obra y revestimientos. V) Los trabajos rehechos eran de impermeabilizaciones (membranas, carpetas impermeables, etc.), instalaciones (luz y gas), pintura. VI) El valor de los trabajos mal ejecutados y corregidos o rehechos, más los faltantes de ejecución los estimó en la suma \$ ..., pero no todos fueron ejecutados por el Arq. Morán. A los efectos de establecer una comparación debe ponderarse que dicho arquitecto presentó al propietario y éste aprobó, un presupuesto de mano de obra, que sumado al costo de los materiales "que tuvo a la vista" importaba un monto total de \$ ... Agregó el experto que todos estos datos fueron tenidos en cuenta al realizar la estimación de \$ ... para llevar a cabo los trabajos.

c) En fs. 309/335 obran las copias del Pliego de Bases y Condiciones Generales de la obra "Casa Vignolo", del cual se desprende -en lo que interesa referir- que: I) La obra debería estar completamente finalizada dentro de los ciento ochenta 180 días corridos. A este plazo de ejecución total de la obra, debería ajustarse el Plan de Trabajo General elaborado por el Contratista Principal, que sería el responsable de su coordinación. Los plazos particulares para cada Contratista Complementario, deberían ajustarse a este Plan General en cuanto concernía a las fechas de arranque y finalización de los trabajos (art. 6.5. Plazo de Ejecución). II) "La falta de cumplimiento de los plazos de entrega de los trabajos hará incurrir al contratista en mora automática y de pleno derecho" (art. 6.8 Mora). III) Si la obra se paraliza sin causa justificada, se aplicaría una multa equivalente al uno por ciento (1%) del monto del contrato por día de paralización (art. 6.15. Multas y Cargas, II).

d) En fs. 405/409 se encuentran copiadas cinco cartas documento dirigidas a los demandados, por medio de la que se los notificaba de la rescisión del contrato, motivada por en el incumplimiento de aquellos.

e) En fs. 412/428 lucen las copias de las facturas y los

recibos de pago, que totalizan un monto de \$ ... f) En fs. 426/447 obra el acta notarial mediante la cual se certificó el estado en el que se encontraba la obra el día 23 de enero de 2008. g) En fs. 843/901 Berkley Internacional Seguros S.A. contestó el oficio y adjunto la póliza de seguros contra todo riesgo de construcción, contratada por el actor. 3. De acuerdo con la forma en que los agravios fueron formulados a precio metodológicamente apropiado examinarlos en el orden en que fueron propuestos, comenzando por los de la parte demandada, para luego y en su caso seguir con los de la actora, destacando liminarmente que para considerar su fundabilidad el tribunal no está obligado a seguir a los litigantes en todos y cada uno de sus planteos sino solamente en aquellos que considere pertinentes para la correcta composición y decisión del conflicto (C.S.J.N. Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; etc.). a) En lo que concierne a los primeros dos agravios de la demandada cabe señalar que: I) Esta Sala adhiere a un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el c.p.c. 265, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por esa norma, con la garantía de la defensa en juicio de raigambre constitucional. Por lo tanto, el criterio de apreciación debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. En otras palabras, como principio general y para cumplir mínimamente con la exigencia de la citada norma, la expresión de agravios debe ser autosuficiente; es decir que dicha crítica razonada debe incluir la demostración de que los hechos fueron erróneamente establecidos por el juez indicando con cierta precisión mínima los elementos de prueba omitidos o desacertadamente apreciados. En cuanto al derecho aplicado, no debe limitarse a un mero disenso sino a la demostración del error jurídico con relación a los hechos del caso (CNCom., sala E, 6.8.86 "Aspersión A.P.I. S.A. c/ Parques Interama"; id., sala A, 28.9.06 "La Delicia F. F. S.A. c/ Pineiro Amadeo Alberto"; id., 28.9.06 "Homet F. c/ Transportes Metropolitanos Gral. San Martín S.A."; id., sala C, 24.6.94 "Koner S.A. s/ quiebra s/ inc. de intervención"; id., 5.8.85 "Molinas C. s/ concurso"; conf. Palacio L., "Manual de Derecho Procesal Civil", t. II, nro. 362.d., p. 132, ed. 1977). II) Pero también se ha dicho, en forma reiterada, que no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo en la misma por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, tal como ocurre en este caso donde el apelante no plantea otra cosa que una disconformidad con lo decidido en la anterior instancia, pero sin sustentarla en fundamento idóneo ni proporcionar razones jurídicas que justifiquen otra solución. En efecto: en el escrito de expresión de agravios la apelante no se hizo cargo de los fundamentos básicos -descriptos en el punto 2.b. precedente- concernientes a la valoración de la prueba que llevaron a la señora juez a hacer lugar a la pretensión. III) En ese marco conceptual tales imprecisiones, sumadas a la falta de indicación por parte de la demandada de los elementos de prueba que acreditarían el supuesto incumplimiento de la actora y la consecuente falta de derecho para ejercer la rescisión del contrato, permiten concluir en la insuficiencia recursiva de los dos primeros agravios reseñados en el punto 1.c. en los términos previstos por el c.p.c. 265, razón por la cual críticas deben ser declaradas desiertas. 4. El restante agravio de la demandada, se refiere al rechazo de la reconvencción. Sostuvo el apelante que confunden el concepto de cobrado con el de facturado, y que no se ponderó que las facturas incluían ?adicionales? que no se encontraban dentro del precio pactado. a) Del informe pericial arquitectónico surge que según la documentación, la actora había abonado la suma de \$ ..., cifra que representaba aproximadamente el 92,9% del presupuesto original, mientras que la demandada sólo había ejecutado el 70% o 75% del total de la obra (v. punto 2 b.). Es cierto que de las once facturas agregadas tres se refieren a conceptos titulados ?adicionales?, pero las restantes no tienen relación con la facturación de dichos trabajos sino con las tareas que surgían del contrato de obra y que tal como fue señalado por el experto mediante el informe pericial las sumas facturadas representaron casi 92,9% del total de la obra, por lo que la crítica sustentada en ese concepto carece de fundamento, sin que sea menester un mayor análisis. b) La demandada también se agravio de que la sentencia apelada confunde el monto facturado con el monto abonado. En este sentido debo resaltar que si bien le asiste razón, esta crítica no puede progresar pues, de los recibos agregados al expediente surge que las sumas abonadas representan casi un 80% del monto total de la obra que sigue siendo superior al de su ejecución. Además no puede dejarse de tener en cuenta que el plazo estipulado para la finalización de aquella era de ciento ochenta días, que aquella tuvo inicio el 10.10.06 y que al 28.11.07 (momento en que el actor notificó su decisión de rescindir el contrato por medio de la CD agregada en fs. 405), esta todavía no se había concluido, sumado a que muchos de los trabajos no se realizaron de acuerdo con las reglas del buen arte y presentaban defectos de tal magnitud que deberían ser rehechos totalmente. Coincido entonces con la señora Juez de la anterior instancia en que quedó claramente acreditado que el constructor no cumplió en legal forma la prestación a la que se encontraba obligado conforme con la cláusula primera del contrato y el Pliego de Bases y Condiciones Generales, teniendo en ese marco el actor derecho a rehusarse a pagar el saldo del precio. Estando acreditada la demora en la entrega de la obra y los incumplimientos alegados por la actora; teniendo en cuenta que el c.p.c. 377, párr.

2°, dispone que cada parte ?? deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción? sin establecer los hechos que debe probar con exclusividad cada parte, sino que indica a todos los litigantes que deberán probar los hechos que afirman, en tanto sean controvertidos y los que constituyan el presupuesto de hecho de la norma en que se basen (cfr. Leguisamón e., "La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas", Colegio Público de Abogados, temas de derecho procesal, revista de doctrina no. 2, p. 80); y que la demandada no probó los hechos en que se sustenta su pretensión como tampoco logró desvirtuar los invocados por su contraria, considero por lo tanto que no debe hacerse lugar al presente agravio y en consecuencia confirmar el rechazo de la reconvencción.

5. En lo que concierne a la morigeración de la cláusula penal establecida en el contrato celebrado por las partes, debo señalar que: a) El contrato establece que la falta de cumplimiento de los plazos de entrega de los trabajos haría incurrir al contratista en mora automática y de pleno derecho (art. 6.8 Mora). Si la obra se paralizaba sin causa justificada, se aplicaría una multa equivalente al uno por ciento (1%) del monto del contrato por día de paralización (art. 6.15. Multas y Cargas, II.). b) Debe tenerse en cuenta que las penalidades establecidas en los contratos no deben conducir -en caso de aplicarlas- a un resultado completamente desproporcionado con relación al objeto de su institución y a los fines tenidos en cuenta por los contrayentes al consagrarla, que no puede ser otro que el de establecer una sanción razonable que castigue el incumplimiento, y no una fuente desmedida de lucro (CNCom., Sala C, 28.5.91, "Truffa, Ernesto c/ Pérez, Guillermo s/ sumario"). c) El c.c.: 656 establece que: "Los jueces podrán, sin embargo, cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor." En este marco, el juez se encuentra suficientemente habilitado para revisar y adecuar a términos justos y razonables la cláusula penal que considere excesiva. Con lo cual teniendo en cuenta que el monto total de la obra era de \$ ..., que aquella fue ejecutada en un setenta por ciento (70%) y que si bien no fue concluida por la demandada se concluyó por cuenta del actor, la aplicación del 1% por cada día de paralización (que arrojaría un total de \$ ...) tal como surge del contrato deviene desproporcionada con relación al valor estipulado de la obra completa que se fijó en la suma de \$ ... Razón por la cual considero adecuada la reducción realizada por la señora juez de grado.

6. Con respecto a la crítica esbozada por el rechazo del reconocimiento del daño moral reclamado, cabe ponderar que: a) El señor juez de grado desestimó la reparación de este rubro sosteniendo que es una lesión a los sentimientos personales o a la tranquilidad anímica y que en el caso no se puede configurar dicho supuesto por el mero incumplimiento de un negocio comercial en tanto la frustración o cumplimiento defectuoso está dentro del campo de las previsibles vicisitudes o alternativas propias del tráfico mercantil. b) La parte actora fundó su crítica en que dicho incumplimiento no fue de un "negocio comercial" pues, el contrato de obra celebrado entre las partes fue de naturaleza civil y con aquel no se persiguió fin de lucro alguno, sino solamente la construcción de una casa para ser habitada por el suscripto y su familia. c) En este marco, debo señalar que si bien es cierto que el incumplimiento absoluto o parcial del contrato autoriza a solicitar además del cumplimiento o la resolución -según el caso-, el resarcimiento de los daños y perjuicios (conf. c.c. 1204 y c.com. 216 y 457), debe tenerse en cuenta asimismo que en la esfera contractual, excepto señaladas excepciones, el agravio moral no es presumible sino que se requiere para reconocer la indemnización pretendida que se acredite su existencia, y esto con independencia de si el contrato se encontró dentro de la órbita civil o comercial. Es que, la noción de daño moral se encuentra vinculada al concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, a las afecciones legítimas o a la tranquilidad anímica, que no son equiparables o asimilables a las meras molestias, dificultades o perturbaciones que pueda llegar a provocar un simple incumplimiento contractual, en tanto esas vicisitudes o contrariedades son propias del riesgo de cualquier contingencia comercial, sin perjuicio de que la contrato no persiga ningún fin de lucro para la actora. d) Por lo tanto la comprobación de la existencia del agravio moral derivado de la responsabilidad contractual encuentra un amplio marco en la legítima discrecionalidad que la ley otorga al órgano judicial, quien libremente apreciará su admisibilidad, debiendo proceder con estrictez en este ámbito (c.c. 522 y c.p.c. 165). En tal línea de razonamiento, ni todo supuesto de incumplimiento revelador de la culpa es suficiente para admitir el reclamo por agravio moral en los supuestos de responsabilidad contractual (CNCom., esta sala, 21.06.06 "Larche Isabel c/ Inter-Rep S.R.L. s/ ord."), ni cualquier afección anímica o lesión a los sentimientos de una persona puede ser admitido sino solo aquella que por su gravedad puede dar lugar a un verdadero perjuicio espiritual en detrimento de los derechos personalísimos del individuo y siempre, por supuesto, que por las circunstancias del caso pueda el incumplimiento contractual de que se trata provocar, según parámetros objetivos, esa reacción en el ánimo del perjudicado (esta sala, 13.05.08 "Sasso Nélide c/ Trottar S.A. s/ ord."; íd., 13.04.07 "Lazarte Antonio c/ Autocompra Plus Golden Car Automóviles s/ ord."; Llambías, J.J., op. cit., t. I, p. 353; Borda, G. "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, t.1, p. 195, nro. 175). e) De ese modo, atendiendo a la naturaleza de la relación habida entre las partes, la petición debe ser juzgada en forma restrictiva, resultando imprescindible para su admisión la prueba del daño, pues si bien es facultad de los jueces fijar su cuantía, aunque no resulte acreditada exactamente (c.p.c. 165), siempre debe probarse la realidad del perjuicio (CNCiv., sala D, 14.5.98 "Mora Rogelio c/ Analba S.A."; CNCom, sala D, 21.6.06 "Larche Isabel c/ Inter-Rep

S.R.L. s/ ord."), con excepción de aquellos pocos casos en que aquél es presumible de acuerdo con el normal suceder de los hechos, lo que aquí no acontece. Debe tenerse presente también que la apreciación del daño moral debe hacerse en concreto y no abstractamente, fundándose en las circunstancias personales de la víctima y del responsable y meritando el caso en particular y la índole del hecho generador de las consecuencias dañosas (cfr. Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños", T. V., cap. XV, pto. 3 e), pág. 227, ed. 1999). f) En consecuencia, ante la falta de prueba de la existencia concreta del daño moral invocado, este rubro debe ser desestimado, confirmándose en consecuencia la sentencia de la anterior instancia en este sentido.

7. Resta por último analizar el agravio de la actora en cuanto la sentencia admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los cuatro codemandados.

a) La ley 19.550:54 dispone que: "El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva. 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". La ley contempla dos posibilidades de procedencia: I) que la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios y; II) que la actuación de la sociedad constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros.

b) El examen de la configuración de dichos presupuestos debe hacerse con prudencia y respeto a la personalidad jurídica pues, la regla es su existencia que debe preservarse, y cuando el caso no puede ser solucionado por el conjunto del plexo jurídico, recién se podrá apelar al instituto en los casos en que esté comprobado efectivamente que la actuación de la sociedad sea un puro y simple instrumento para lograr el fin prohibido. En este aspecto, la doctrina judicial en materia comercial se muestra conteste en interpretar que el instituto de la inoponibilidad de las sociedades debe ser aplicado en forma prudente con criterio restrictivo y sólo en casos excepcionales, cuando las pruebas producidas permitan tal conclusión, sin que la sola existencia de la idea de control societario autorice la aplicación automática del instituto, en el entendimiento que tal remedio jurídico no puede traer consecuencias más desfavorables que aquellas que trata de contrarrestar (Roitman H. "ley de sociedades comerciales, comentada y anotada" art. 54, t. II, p. 173/179, ed. 2011).

c) Una forma de abusar de la personalidad en perjuicio de terceros es la de la capitalización insuficiente de la sociedad, que es la que sostuvo la actora como fundamento para solicitar la inoponibilidad de la personería jurídica. La regla del caso es que si una sociedad interviene en el comercio con capitales tan reducidos que resulta probable que los bienes disponibles no sean suficientes para atender a las deudas, no resulta equitativo que los socios puedan montar una estructura tan endeble que les permita evadir su responsabilidad individual, si en definitiva el patrimonio social no superó razonablemente tal capital inicial.

D) Ahora bien, de los elementos de prueba agregados a la causa no surge ninguno de los presupuestos de hecho que habilitan la aplicación de la norma mencionada, reparando en que la actora fue declarada negligente en la producción de la prueba pericial contable (v. fs.1073). Coincido además con la señora juez de grado en cuanto señaló que la sola circunstancia de que algunos de los socios hayan constituido otra sociedad no habilitan el descorrimiento del velo societario.

II) No habiéndose acreditado por ende que la celebración del contrato entre Proyecto A4 S.R.L. y el actor encubría fines extrasocietarios y tenía en miras la frustración de los derechos del actor, es decir que dicha sociedad fue utilizada como un mero recurso para frustrar tales derechos del actor, esta acción no puede prosperar. Sólo es aplicable esta teoría cuando de las constancias de la causa puede comprobarse, con una razonable certeza, que se ha abusado del esquema societario para alcanzar fines ilícitos, circunstancia que no se dio en el caso. Véase que tampoco se agregó prueba alguna que fundamenten las afirmaciones de la actora en cuanto a que la demandada tomó contratos por un monto muy superior a su capital y que lo hizo a sabiendas de que no podría cumplirlos. En este sentido, no basta para que proceda la desestimación de la personería jurídica que la sociedad hubiera sido constituida con un capital mínimo, pues siempre resta la posibilidad del incremento de su patrimonio a menos que se pruebe lo contrario.

III) Por lo tanto, este agravio también debe ser desestimado.

8. Por todo lo expuesto, normas y doctrina judicial y de los autores citadas, propongo al acuerdo rechazar los recursos interpuestos y en consecuencia confirmar la sentencia de la anterior instancia en todo cuanto fuera materia de agravio. Asimismo sugiero, por un lado, imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (c.p.c. 68) respecto del progreso de la acción y, por el otro -en cuanto a la actuación de fs. 1200/1202-, propongo imponerlas a la actora en lo que concierne a la excepción de falta de legitimación pasiva (c.p.c. 68).

Los señores Jueces de Cámara doctores Heredia y Vassallo adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Confirmar la sentencia de la anterior instancia en todo lo que fuera materia de agravio.

(b) Por un lado, imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (c.p.c. 68) respecto del progreso de la acción y, por el otro -en cuanto a la actuación de fs. 1200/1202-, imponerlas a la actora en lo que concierne a la excepción de falta de legitimación pasiva (c.p.c. 68).

(c) En virtud del interés

económico comprometido en el presente proceso, las etapas efectivamente cumplidas y evaluando las labores desarrolladas por su eficacia, extensión y calidad, se elevan a \$ ... (pesos ...) los emolumentos del letrado patrocinante de la parte actora Enrique Bruno Jakobs; a \$ ... (pesos ...) los honorarios de la letrada patrocinante de los co-demandados Mariano Martín Pagano, Guillermo Carlos Mestre, Diego Martín Spinogatti y Sebastián Miguel Piovi, Silvia Adriana Ríos por su actuación en representación de aquellos; y a \$ ... (pesos ...) los estipendios del perito arquitecto Jorge Antonio Rinaldi (arts. 6, 7, 11, 19, 37 y 38 de la ley 21.839, modif. por la ley 24.432; art. 478 c.p.c.). Por las labores realizadas ante este Tribunal de Alzada, regúlense en \$ ... (pesos ...) los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora Enrique Bruno Jakobs y en \$ ... (pesos ...) los honorarios de la letrada patrocinante de Mariano Martín Pagano, Guillermo Carlos Mestre, Diego Martín Spinogatti y Sebastián Miguel Piovi, Silvia Adriana Ríos por su actuación de fs. 1200/1202 (art. 14 de la ley 21.839). Notifíquese a las partes por cédula y una vez vencido el plazo del c.p.c.: 257, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Juan José Dieuzeide Pablo D. Heredia Gerardo G. Vassallo Julio Federico Passarón Secretario de Cámara Correlaciones: Taranto San Juan SA c/Ochoteco, Miguel A. s/ordinario - Cám. Nac. Com. - Sala B - 25/02/2013 Cita digital: