



GEMMO ARGENTINA S.A. c/ MORENO, Alberto

Eduardo s/ tercería de dominio

(CNCiv., Sala "B", 6 de marzo de 2001)

Buenos Aires, Marzo 6 de 2001.

Y VISTOS:

Y CONSIDERANDO:

Apelan GEMMO ARGENTINA S.A. y Alberto Eduardo Moreno Yadarola la resolución de fs. 157/160 sosteniendo sus agravios, respectivamente, en los memoriales de fs. 114/120 y fs. 180/184.

Sólo es respondido el traslado del primero a fs. 186/190.

I.- Es materia de recurso de GEMMO ARGENTINA S.A., el rechazo de la tercería promovida a fs. 63/66, respecto de los fondos embargados por el Dr. Alberto Moreno Yadarola en los autos caratulados "Moreno, Alberto c/ Cometal S.p.A. s/ cobro de sumas de dinero" (expte. Nº 92.609/95 que se tiene a la vista), actuaciones en las que la nombrada solicitara el levantamiento de embargo decretado sobre toda suma que tenga a percibir de AEROPUERTOS 2000 S.A.

Debe señalarse en primer término que a fs. 894/895 el sentenciante de la causa rechazó el embargo sin tercería promovido por Gemmo Argentina S.A., donde se introdujo en la consideración de cuestiones que en parte reiteró al emitir el decisorio que ahora se impugna.

Aún más, al resolver a fs. 1110/1119 del expte. Nº 92.609/95, el pedido de nulidad de la notificación de la sentencia dictada con fecha 3 de diciembre de 1999, y



articulado por GEMMO IMPIANTI S.p.A., extensamente se pronunció respecto de la cuestión que ahora motiva las quejas de la inincidentista.

Este decisorio, al confirmar el Tribunal a fs. 1162/1163, el rechazo de la nulidad de la notificación mencionada, se encuentra firme.

De allí que atendiendo a lo expuesto, se advierta, que los argumentos traídos por la apelante de fs. 99, contra la resolución que rechazó la tercería de dominio, constituyen -en lo sustancial- una reiteración de los ya vertidos con antelación en autos "Moreno, Alberto Eduardo c/ Cometal S.p.A. s/ cobro de sumas de dinero".

II.- Es así que en el memorial de fs. 114/120 se critican los argumentos del magistrado de la causa el que, donde se remite a los datos en oportunidad de emitir el decisorio del 2 de febrero de 2000 en los autos citados, en anterior párrafo, introduciéndose en el análisis de la teoría del "disregard of legal entity".

Sostiene la sociedad recurrente que se ha procedido a embargo los fondos de su propiedad por una supuesta deuda de GEMMO IMPIANTI S.p.A., resaltando la situación de autos completamente diversa de la que prevé el art. 54 in fine de la L.S., ya que ésta extiende la responsabilidad a los socios o controlantes y no a la sociedad controlada (la recurrente). Por tal razón el precepto en que funda el Sr. Juez a quo su fallo, no resulta aplicable al caso de autos.

Agrega, que si no se prueban los extremos que refiere la citada preceptiva legal no puede aplicarse la teoría de la penetración de la personalidad jurídica y que el control societario o los cargos que desempeña el Sr. Salvatore Muzone en Gemmo Impianti S.p.A. y en Gemmo Impianti S.A., en nada habilitan para afirmar que ambas conforman una misma sociedad.

Que la creación de GEMMO ARGENTINA S.A. tuvo por objeto la creación de una sociedad que se dedique a realizar reparación, mantenimiento, equipamiento para plantas e instalaciones de aeropuertos, entre otras actividades en la República



Argentina, lo que no guarda relación entre la supuesta deuda que Gemmo Impianti S.p.A., mantendría con el Dr. Moreno Yadarola.

III.- Es sabido que el legislador ha asignado personalidad jurídica, y con ello la calidad de sujeto de derecho, a las sociedades, solamente como un recurso técnico implementado para posibilitar la actuación conjunta y diferenciada, frente a los terceros, de los miembros que la componen.

Ya en nuestro Código Civil, se asignó a las sociedades, (sean civiles o comerciales), el carácter de "persona jurídica" (art. 33, inc. 2), esto es, un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30), por el modo y la forma en que la propia ley determine (art. 31).

Es dentro de tal contexto, que la ley 19.550 vino a ratificar el carácter de sujeto de derecho de las sociedades comerciales, enfatizando que ello es sólo con el alcance establecido por la ley (art. 2).

Aún cuando la inclusión de tal norma pudo aparecer -en una primera apreciación- como una reiteración, habida cuenta del reconocimiento de tal carácter que se formulaba en la legislación civil, ella fue reiteradamente defendida sobre la base de la remarcada limitación de los alcances de la personalidad que allí se establece (ver "Exposición de Motivos" de la ley 19.550).

Este efecto de considerar a la sociedad como un ente distinto y diferenciado de quienes lo componen exige que el uso de tales recursos jurídicos lo sea a los únicos fines previstos por la ley y no otros (art. 2º, ley citada).

Por otra parte el Código de Comercio en su art. 282 y el art. 1 de la citada normativa, exige que para que la sociedad pueda ser considerada tal, ésta debe tener por objeto la producción de bienes o servicios.

Tanto sociedades civiles como comerciales han sido utilizadas con fines distintos a aquéllos que el legislador tuvo en miras al establecer su constitución y ulterior



funcionamiento. Doctrina y jurisprudencia sobre la materia refieren la existencia de sociedades comerciales constituidas con objetos tales como quebrantar el régimen de la sociedad conyugal, eludir responsabilidad fiscal, violar el régimen de la legítima hereditaria, etc.

Sobre este uso contrario es que se elaboró "la teoría de la penetración de la personalidad", tanto en el derecho nacional como en el comparado (Suárez Anzorena, Carlos en "Cuadernos de Derecho Societario", de Zaldívar, Enrique y otros Tomo I, pág. 162, punto 8.11.2.3)

Este mecanismo consiste en la superación o el corrimiento de la forma jurídica para imputar las consecuencias del obrar de la sociedad no a ésta, sino a sus socios o a quienes conformaron o impusieron la voluntad del ente para fines distintos de los queridos por el legislador. Así también para arribar al patrimonio, voluntariamente desmembrado, del verdadero dueño de los bienes que aparezcan titularizados -sólo formalmente- por la persona jurídica.

Sólo se trata de declararla inoponible o ineficaz frente a quienes se ven perjudicados por la utilización abusiva o disvaliosa de la estructura social (art. 54 in fine de la ley 19.550).

La desestimación no lleva a la privación de la personalidad del ente; el efecto general es la atención de la realidad interna de la persona a los efectos de la norma, pero aquella sigue existiendo (conf., Suárez Anzorena, Carlos, op. cit., pág. 162, nro. 8.11.2.1).

La solución del problema relativo a cuándo puede prescindirse del rasgo esencial de la persona jurídica, que es la separación radical entre la sociedad y sus socios, depende de que la persona jurídica actúe sin apartarse de los fines en atención a los cuales el Derecho la ha creado. La *disregard doctrine* no niega la existencia de la persona jurídica, sino que la preserva en la forma en que el ordenamiento la ha concebido ("Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles", Edit. Abril, Barcelona, 1958, pág. 133 y 135).



La norma en cuestión realiza una imputación de responsabilidad a los socios o controlantes, cuando "la actuación" de la sociedad haya sido llevada a cabo, entre otros, supuestos, para violar la ley, el orden público, la buena fe o los derechos de terceros.

La teoría jurisprudencial anglosajona del *disregard of legal entity*, tiene como finalidad o justificación la búsqueda de la justicia material del caso concreto. Esto es, el conocimiento exacto de la realidad que subyace bajo la apariencia jurídica de la sociedad, con un objetivo último y necesario, cual es el evitar que dicha apariencia societaria, creada o existente, defraude la ley, los intereses legítimos de terceros, o el interés público. ("Levantamiento del velo societario. Actualidad en la Jurisprudencia de sentencias del Tribunal Supremo de España", publ., en Rev. La Ley del 17 de marzo de 2000).

Respecto de esta teoría, que -como se dijo- ha ido consolidándose a través de la jurisprudencia de nuestros Tribunales, se ha dicho que debe ser aplicada prudencialmente y atendiendo a los casos y circunstancias concretas, y ello con el fin de impedir la inseguridad jurídica, privando de efectos al beneficio de la responsabilidad limitada.

En la situación jurídica originada por la reunión en una sola mano de todas las acciones de una sociedad, que legalmente no es causa de disolución de la misma, es más fácil penetrar este abuso, pues el socio único tiende a comportarse como si los bienes de la sociedad fuesen suyos.

En tal sentido en forma reiterada y unánime la Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal, ha sostenido que la denominada teoría de la penetración o de la prescindencia de la personalidad jurídica, constituye un recurso excepcional que debe aplicarse con sumo cuidado y sólo cuando de las circunstancias particulares del caso pueda inferirse con total certeza que se ha abusado del esquema societario para alcanzar fines contrarios a la sociedad o los designios de la ley (CNCom., Sala A, "Banfi Vda., de Corallo c/ Corallo, Cufaro y Cia. S.A.", del 20/04/81); por ende,



para que sea aplicable el art. 54 de la LS, deben existir pruebas concluyentes respecto de situaciones excepcionales que dicho artículo contempla a fin de prescindir de la personalidad jurídica (CNCom., Sala A, "Aplategui, Alberto c/ Sucesión D'Angelo, Roberto s/ ord., incidente de liquidación societaria", 22/2/91 (La Ley 1992-C, 330).

Existe por otra parte, consenso en la doctrina nacional en el sentido que la aplicación de la teoría de la inoponibilidad "no implica que se anule la personalidad societaria o que deba disolverse la sociedad, las demás relaciones tanto intra como extra societaria permanecen inalteradas. No existe, por lo tanto, peligro ni daño para los demás sujetos de la relación organizativa societaria como ajenos a ésta o terceros, que no encuentran debido tratamiento, en la normativa societaria (Filippi, Laura y García, Oscar, "Personalidad Jurídica e inoponibilidad. Reflexiones desde esta orilla", publ., en Rev. La Ley, del 30/05/2000).

En los autos "Empresa Bartolomé Mitre S.A., en Khalil, Jorge O. c/ Martínez, Alberto D. y otro" (CNCom., Sala B, 24/08/79, voto del Dr. Morandi) se ha dicho que la prescindencia de la personalidad jurídica sólo puede admitirse de manera excepcional cuando estamos en presencia de un supuesto en el cual a través de ella se han buscado o se han logrado fines contrarios a la ley. Solamente cuando queda configurado un abuso de la personalidad jurídica puede llegarse al resultado de equiparar la sociedad con el socio. Sólo en esta hipótesis será lícito atravesar el velo de la personalidad jurídica para captar la auténtica realidad que se oculta detrás de ella con la finalidad de corregir el fraude... (La Ley, 1979-D, 267).

IV.- Si se verifica -como en el caso, la existencia de una sociedad controlada como lo es GEMMO ARGENTINA S.A., de la cual, la italiana GEMMO IMPIANTI S.p.A., posee 11.999 acciones de sus 12.000, (lo que equivale al 99,99... % de su capital social), el descorrimiento del velo societario se impone en la medida que lo contrario importaría avalar un proceder que podría resultar fraudulento a los intereses de terceros. Por otra parte, si se atiende a las razones que llevaron a la sociedad italiana a decidir la constitución de una con limitación de responsabilidad en el país, de seguirse los postulados de la incidentista, se estaría omitiendo valorar



lo que luce incuestionable. GEMMO IMPIANTI S.p.A., es la única dueña de GEMMO ARGENTINA S.A., por lo que, los ingresos que ésta pueda obtener por el desarrollo de la actividad mercantil en el país, en definitiva pertenecen a la primera, su real destinataria.

Sella la cuestión a decidir, las palabras pronunciadas por el Sr. Salvatore Muzone, presidente de ambas sociedades, al plantear la necesidad de constituir una sociedad en el país con limitación de responsabilidad para aprovechar las oportunidades comerciales en el mismo (ver fs. 1100/1101 del expte. Nº 92.609/95), así como las demás consideraciones dadas ante el Consejo de Administración de GEMMO IMPIANTI, que fueran finalmente aprobadas.

Frente al tercero demandado en esta incidencia, la constitución de la sociedad argentina, resulta fraudulenta a sus intereses y violatoria de derechos constitucionales.

En consecuencia con lo expuesto, corresponde confirmar en lo que ha sido materia de agravios, con costas a la vencida (art. 69, 1er., párr., del Código Procesal), la resolución apelada de fs. 157/160.

V.- Agravia al recurrente de fs. 160 el rechazo dispuesto en el fallo apelado del pedido de aplicación de sanciones.

En tal sentido sostiene que debió aplicarse de oficio la preceptiva del art. 103 del Código Procesal, así como la del art. 45 del citado cuerpo normativo.

Este Tribunal ha sostenido que la sanción procesal no es una reprimenda ética; es una medida que aplica el juez en ejercicio de sus poderes o potestades (la denominada coertio, o posibilidad de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de la administración de justicia para descalificar la conducta genéricamente advertida como temeraria o maliciosa, o señalada en cualquiera de las disfunciones específicas, (Consortio de Propietarios Av. Montes de Oca 551/53 c/ Marsero, Carlos Alberto s/ ejecución de expensas, del 16/04/97).



No se pretende turbar ni limitar ningún derecho de los justiciables, más tampoco cabe tolerar el ejercicio abusivo e indiscriminado de los mismos, puesto que la defensa de éstos, tal como surge del art. 18 de la Constitución Nacional, es una garantía amplísima, pero ello no significa que, en aras de su mejor ejercicio, se convierta al proceso en una suerte de continuos e infundados planteos dilatorios cuya falta de razonabilidad no se puede ignorar si se las juzga con regla mínima de prudencia.

Las actitudes con significación procesal observada por los litigantes durante la tramitación del juicio pueden ser valoradas por el tribunal desde distintas ópticas, pudiendo eventualmente dar lugar a sanciones de carácter pecuniario si se trata de actitudes violatorias de los deberes de buena fe y lealtad procesal.

Por lo tanto la utilización de facultades procesales con el deliberado propósito de obstruir el desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión, es violatoria de tales deberes, (CNCom., Sala C, "Crédito Liniers c/ Urefia, Luis, 23/7/85; íd., íd., 15/4/87, "Stabile, Salvador c/ Cageao Automotores S.A".)Y no es que se trata de censurar aquellas conductas que traducen la habilidad, destreza o aptitud defensiva de la parte y que constituyen armas lícitas dentro del principio de contradicción; mas, cuando tal conducta excede ampliamente el límite del derecho de defensa en juicio, con la finalidad última de dilatar la solución, se franquea entonces la garantía tutelada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En la especie, aún cuando el tercerista no haya aportado ahora a su planteo más elementos de convicción de que los ya dados en anterior presentación, (ver fs. 870/873 del expte. Nº 92.609/9), y que la promoción del presente, resulta acorde con la preceptiva del art. 104, tercer párrafo del Código Procesal, habrá de mantenerse el rechazo de la aplicación de sanciones requerida con fundamento en los arts. 45 y 103 del mismo cuerpo normativo.



VI.- En consecuencia y a mérito de expuesto, SE RESUELVE: Confirmar en lo que ha sido materia de apelación de ambas partes la resolución de fs. 157/160. Costas de Alzada a cargo del tercerista vencido (art. 69, 1er. párrafo del Código Procesal).

VII.- La base regulatoria en la especie, conforme lo dispone el art. 34 del Arancel; surge de la comparación entre el monto reclamado en el proceso principal y el comprometido en la tercería, debiendo seleccionarse el monto menor, sobre el cual, además, deberá practicarse una reducción porcentual.

En consecuencia, por aplicación de la mecánica enunciada y teniendo a la vista los autos principales (expte N° 92.609/95), se considerará como base del cálculo la suma pretendida en el presente incidente, sobre la cual se abonó la tasa de justicia a fs. 1, que luego de practicada la ya mentada reducción porcentual, arroja cantidad de PESOS CIENTO SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS (\$ 167.476).

VIII.- Por ello, y ponderando asimismo, la labor desarrollada, apreciada por su trascendencia jurídica, eficacia, extensión, calidad, el resultado obtenido, recurso de apelación interpuesto por altos a fs. 109 ác. II, lo dispuesto por los arts. 6, 7, 12, 34 y concs. de la Ley de Arancel N° 21.839, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 24.432, se modifican las regulaciones contenidas en la sentencia obrante a 97/98vta., fijándose en PESOS NUEVE MIL DOSCIENTOS QUINCE (\$ 9.215) los emolumentos del Dr. Alberto Eduardo Moreno Yadarola, por su actuación por derecho propio, considerando lo decidido por la CNCiv. en pleno, el 5/3/93, in re "Zambrano, Luis M. c/ Cabral, Oscar y otro" (El Derecho, T° 152 pág. 237, La Ley T° 1993-B, pág. 395, J.A. T° 1993-11, pág 477; Secretaría de Jurisprudencia CNCiv., sum 0002763) y la consecuente inaplicabilidad del art. 9 de la norma arancelaria; determinándose en PESOS NUEVE MIL DOSCIENTOS QUINCE (\$ 9.215) la retribución correspondiente a la Dra. Patricia María Marchetti por su actuación como letrada patrocinante del demandado vencedor en la presente contienda.

X.- Por la tarea desplegada ante esta Alzada se regulan en PESOS (\$), en conjunto, los honorarios del Dr. Moreno Yadarola y de la Dra. Marchetti, que



deberán abonarse en igual plazo que el determinado a fs. 98 vta. para los de primera instancia (conf. arts. 14, 49 y concs. del Arancel).-

Notifíquese y oportunamente devuélvanse las actuaciones conjuntamente con sus agregados a primera instancia.

FÉLIX R. DE IGARZABAL - GERÓNIMO SANZO - LUIS LÓPEZ ARAMBURU ♠