

"SRV & ASOCIADOS S.R.L. Y OTROS C/ VARTOLO, SERGIO ROBERTO S/ ORDINARIO" – CNCOM – SALA E - 27/12/2011

En Buenos Aires, a los 27 días del mes de diciembre del año dos mil once reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por: "S.R.V. Y ASOCIADOS S.R.L. Y OTROS C/ VARTOLO, SERGIO ROBERTO S/ ORDINARIO", en los que según el sorteo practicado votan sucesivamente los jueces Angel O. Sala y Miguel F. Bargalló. El doctor Caviglione Fraga no interviene por haber renunciado y ser aceptada su renuncia (Decreto P.E.N.1110/11, B.O. 27/07/11).-

Estudiados los autos, la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs.813/832?

El Señor Juez de Cámara Doctor Ángel O. Sala dice:

I- La sentencia de fs. 813/832 hizo lugar parcialmente a la demanda deducida por S.R.V. & Asociados S.R.L. contra Roberto Vártolo y, en su mérito, condenó a éste a abonar a la actora una suma en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados que tuvieron origen en haber realizado el demandado actividades en competencia con la sociedad. Paralelamente, desestimó la demanda -que en su carácter de presidente de la actora- interpuso Ernesto Raúl Caragliano por derecho propio.- Para resolver en el sentido indicado, el magistrado a quo comenzó por analizar si Sergio Vártolo incurrió en la conducta que le imputa su contraparte.-

Consideró con base en la prueba informativa y testimonial que éste dio inicio y **desarrolló actividades en competencia con la sociedad al desviar clientes de ésta a favor de la sociedad I.G.V. –que con el mismo objeto de S.R.V.- constituyó en forma simultánea. Preciso, así, que se violaron los principios y la normativa de la ley de sociedades referidos en los artículos 273, 157 y 59.-**

Luego, analizó los rubros indemnizatorios pretendidos por el actor. Estimó que de no haber actuado el demandado como lo hizo, Shell (cliente de la actora) habría seguido ligado a ésta, por lo menos por un lapso anual al que habían operado, es decir, un año. En relación con el desvío del cliente "Formatos Eficientes", en tanto no fue enviada la documentación requerida, meritúo las utilidades dejadas de percibir por S.R.V. durante ese lapso que ascendió de acuerdo con lo informado por el experto contable al 12,66%. Así, calculó dicha alícuota en relación con Shell sobre el importe que ésta informara como facturado por IGV desde abril de 2000 hasta abril de 2001 y en relación con Formatos Eficientes sobre la base de la facturación de SRV del año previo de conformidad con lo establecido en el art. 165 del Código Procesal. Al resultado emergente de estas sumas decidió que debían aditarse los intereses a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuentos a treinta días sin capitalizar, desde la fecha en que se interpuso la demanda hasta su efectivo pago.-

Puntualizó que la queja del demandado al manifestar que S.R.V. lleva sus libros de comercio desactualizados no resulta atendible pues éste era el coadministrador del ente hasta una fecha posterior a la registración de los últimos asientos, por lo que también él es responsable del defecto y por ende, no puede excusarse con base en tal circunstancia.-

Desestimó los rubros reclamados por la sociedad en concepto de daño a la imagen y pérdida de chance, pues éstos no fueron adecuadamente precisados ni explicados.-

En cuanto a la demanda que interpuso Ernesto Raúl Caragliano -no ya en representación de la sociedad sino por sí- mediante la cual reclamó que se le abonen sus honorarios como gerente, estimó que no pudo determinarse la incidencia que ocasionó la actuación de Vártolo sobre la imposibilidad de percibirlos o que haya existido una merma en su quantum.-

En cuanto al reclamo por distribución de dividendos, destacó que el actor en virtud de lo dispuesto en el art. 68 de la L.S. no puede accionar directamente al demandado por su cobro.-

II- Apelaron ambas partes. El actor expresó agravios en fs. 874/881, contestados en fs. 1059/62. El demandado en fs. 871/872, que no merecieron réplica de su contraria.-

El accionado afirma que lo resuelto respecto al quantum indemnizatorio por lucro cesante resultó contradictorio. Expuso que no existieron pautas precisas para determinarlo y se estableció un monto basado en informes y libros desactualizados. Dichas irregularidades no le son imputables, pues se ocasionaron con posterioridad a su retiro de la empresa. Impugna los daños generados luego de agosto de 2000 pues a partir de esa fecha renunció al cargo de gerente de S.R.V. y, por tanto, se encontraba autorizado a ejercer libremente su profesión. Arguye que el plazo de un año tomado como base para fijar la indemnización pretendida resulta arbitrario pues en el mercado en que se desarrollaba la sociedad no existen clientes cautivos o exclusivos. Por último se agravia de que se fijare en un 12,66% de la facturación el porcentual para determinar las utilidades sin documentación que así lo acredite.-

El accionante se agravia por la desestimación de los rubros daño a la imagen y pérdida de la chance. Indica que la conducta del accionado ocasionó a S.R.V. diversos perjuicios entre los que se encuentran la afectación de su imagen y prestigio dentro del mercado publicitario como la pérdida de chance comerciales referidas no solo a negocios con los propios clientes que el demandado desvió en forma dolosa sino también a la adquisición de nuevos clientes. Impugna la suma por la que procedió la demanda. Reseña que la alícuota del 12,66 % eran utilidades aproximadas que le quedaban a los socios

por el funcionamiento de la sociedad, pero ello no se condice con el daño causado a S.R.V. que se ha de valorar sobre el total de la facturación. En ese orden propone las cantidades en lo estimado en la prueba pericial contable y fijar en concepto de lucro cesante la suma allí establecida y otro tanto en concepto de daño a la imagen y pérdida de la chance.-

III- Se analizarán los capítulos indemnizatorios especificados en la sentencia de primera instancia, merituando que no fue enjuiciado por el demandado la responsabilidad por los hechos que se le imputan en la causa, es decir, realizar actos en competencia con la sociedad.-

IV- Ambas partes se agravan por los parámetros que fijó el juez para hacer lugar al lucro cesante.-

1- Lucro cesante.-

a) Este concepto consiste en la falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que el acreedor habría podido razonablemente obtener de no haberse producido el incumplimiento. El lucro cesante no se presume, por lo que corre a cargo de quien lo reclama su prueba (conf. Belluscio-Zannoni, "Código Civil comentado, anotado y concordado", t. II, pág. 720, ed. Astrea 1987), tratándose de un daño cierto, sólo puede ser reconocido cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa (López Mesa-Trigo Represas, "Tratado de Derecho Civil-Cuantificación del daño", Ed. La Ley, 2006, p. 77 y ss.). Así, se ha dicho que "...el lucro cesante consiste en ganancias dejadas de percibir sobre una base real y cierta y no sobre una pérdida probable (cfr. fallos reseñados por Llambías en la obra "Código Civil Anotado", t. II-A, comentario al art. 519, "Jurisprudencia", nros. 10 a 13, págs. 162, ed. 1989)..., ver asimismo esta Sala en "Rizzi, Luis Alejandro c/ Cía. de Teléfonos del Interior S.A. s/ sumario de 22.06.99").-

b) El tema concitó críticas de la accionante por la extensión del resarcimiento respecto del desvío como cliente de Shell.-

De acuerdo con lo que resulta del dictamen pericial (fs. 666) luego de producida la desviación del cliente de S.R.V. a favor de IGV, aquélla prolongó su vinculación con Shell por cuatro años. Por este lapso la actora –de no haber actuado su contraparte en competencia desleal- se privó de obtener ganancias con la aludida empresa. Empero, la demandante limitó la pretensión al término de dos años (ver escrito de demanda de fs. 180), por lo que por tal plazo es que corresponde fijar la extensión del resarcimiento por este concepto. En consecuencia, cabe estimar el agravio de S.R.V. y modificar la sentencia apelada en relación al tiempo a ponderar.-

c) En cuanto a la relación que mantuvo la demandada con Formatos Eficientes, que con su obrar habría privado de ganancias a la actora; corresponde revocar la sentencia apelada dado que no hay datos precisos para marcar el daño como lucro cesante. Claro que tal solución no empece la admisión del ítem como pérdida de la chance, según propondré. Tengo en consideración para adoptar este temperamento que la falta de contestación de oficio de Formatos Eficientes (ver fs. 691 vta.) impidió determinar con precisión la facturación que tuvo la demandada con esta empresa y ello imposibilita establecer con certeza jurídica su cuantificación.-

d) Para valorar el perjuicio con Shell fijada ya la extensión del resarcimiento, corresponde mantener como parámetro una alícuota del 12,66% sobre el total de la facturación, que resultó el porcentual de utilidad promedio de los últimos cinco años de actividad de la empresa damnificada, según cálculos producidos por el experto contable oficial (ver dictamen de fs. 670 que no mereciera objeción en el punto). Tal cifra luce objetiva y dado el prolongado tiempo de relevamiento valorado ajena a circunstancias coyunturales que perjudiquen a una parte en beneficio de la otra y atiende al concepto técnico jurídico de utilidad neta a ponderar en el rubro.-

2- Pérdida de la chance.-

a) Este daño ha sido caracterizado como la posibilidad de ganancias que resulta frustrada por el incumplimiento de una obligación o un hecho ilícito. Tal pérdida en sí misma, constituye un daño cierto que debe ser resarcido por quien lo provocó; empero la indemnización no se asimila al beneficio dejado de percibir, sino a la suma que determine el juez, de acuerdo a las probanzas que se aportaron a la causa y a la regla de la sana crítica (cfr. Belluscio -dir-, "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", t. II, Editorial Astrea, p. 716, in re esta Sala, "Pol, Claudio H. c/ Telniver S.A.", del 04-03-09).-

b) Al respecto, valoro que si bien en el escrito de demanda la fundamentación de tal concepto no luce mayormente desarrollado; sí se advierte que fue pretendido (ver fs. 180) y de las constancias obrantes en la causa aparece debidamente comprobado. Por lo demás, aprecio –a tenor del curso ordinario de las cosas- que el obrar del demandado afectó la posibilidad de obtener ganancias mediante el desvío de la clientela de la que se vio frustrada la demandante por la actitud irregular de su contraria.- Por eso considero que la merma alegada al accionar se presenta como "una probabilidad suficiente de beneficio económico que supera la existencia de un daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible" (Marcelo López Herrera, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Lexis Nexis, p. 138 y sus citas) y resulta, por tanto, indemnizable.-

c) En cuanto a Shell y de acuerdo con lo señalado en el apartado anterior en el sentido que la relación de ésta con la demandada se extendió por cuatro años (ver dictamen pericial de fs. 666); mas el límite de su pretensión respecto del rubro lucro cesante fue de sólo dos años; impone que por pérdida de chance la extensión del resarcimiento alcance el plazo de dos años más. Es decir, en cuanto a Shell corresponde modificar la sentencia apelada y fijar un plazo de indemnización de cuatro años (dos en concepto de lucro cesante y dos en concepto de pérdida de la chance); admitiendo los agravios del actor con esa limitación.-

d) Respecto de Formatos Eficientes –cliente de la actora desviada en beneficio de IGV-, si bien la falta de contestación del oficio mencionado impidió establecer con precisión la duración comercial que mantuvo ésta con la demandada, existieron otros elementos de convicción que permiten llevar a la conclusión que de haber continuado su vínculo con S.R.V. –que hasta el momento en que fue desviada estuvo ligada con la demandante por un año –ver fs. 401 y pericia de fs. 666- habría continuado con ella por lo menos durante un año más. Es decir, durante ese lapso el demandado al haber ejercido actividades en competencia con la sociedad, la privó de la posibilidad de obtener las ganancias que debe indemnizar por pérdida de la chance (art. 165 del Código Procesal).-

Parece oportuno indicar que fue la propia demandada quien dificultó la determinación de un término preciso al no concretar la realización del mentado oficio (fs. 666), que hubiera permitido decidir la cuestión con certeza. Esa actitud no puede beneficiarla a punto de negar resarcimiento de un daño que dentro de las pautas referenciadas queda configurado. Estas conductas asumidas durante el pleito no pueden premiarse. Estuvo en manos de la accionada ofrecer medios convictivos que ampararan su tesis, su incumplimiento sella la suerte de su posición.-

Por ello, corresponde desestimar el agravio del demandado.-

e) Para determinar la cuantificación del perjuicio por pérdida de la chance corresponde:

i) respecto de Shell y ante la imposibilidad de contar con pautas precisas establecer una alícuota del 12,66% sobre el total de la facturación con IGV, que resultó el porcentual de utilidad promedio de los últimos cinco años de actividad de la empresa damnificada, según cálculos producidos por el experto contable oficial (ver dictamen de fs. 670 que no mereciera objeción en el punto), durante el plazo antes señalado.-

ii) respecto de Formatos Eficientes: establecer también –ante la ausencia de elementos determinantes- una alícuota del 12,66% por similares fundamentos a los brindados en el punto anterior, sólo que por el término de un año. Este porcentual se aplicará sobre la facturación total de S.R.V., correspondiente al año anterior (ver dictamen de fs. 670 que no mereciera observación en el particular).-

f) El alcance de los plazos aquí expresados, durante los cuales podrían haberse extendido los contratos que tenía el actor con dichos clientes, no resulta desvirtuado por la renuncia del demandado en agosto de 2000 a la empresa reclamada, pues la indemnización deriva de los daños que ocasionó la ilícita conducta de aquél en competencia desleal ya descrita a punto que siguió negociando con ambas empresas luego de su alejamiento.-

Señálase, además, que la queja del demandado respecto a que el juez consideró en su sentencia constancias que surgen de libros desactualizados; tampoco tendrá favorable acogida, pues la renuncia a su cargo fue efectuada en agosto de 2000, es decir con posterioridad a que se discontinuaron las registraciones en los libros de comercio (ver pericial contable de fs.664/670). Por consiguiente, no puede invocar tales irregularidades –como así lo estimó el juez de grado- en tanto que en parte le eran imputables.-

V- En cuanto al daño a la imagen es de referir que no se asimila al daño moral que pueden sufrir las personas físicas, pues como ha sostenido el máximo Tribunal, su capacidad jurídica está limitada por el principio de especialidad -arts. 35 del Código Civil, y 2 de la ley 19.550-, y su finalidad propia es la obtención de ganancias -art. 1, ley citada-, por lo que todo aquello que pueda afectar su prestigio o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución de sus beneficios o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, dado que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales (conf. C.S.J., 22.03.90, "Kasdorf S.A. c/ Provincia de Jujuy y otro"; doctrina reiterada en fallo "De la Matta, Manuel H. y otro c/ Gas del Estado y otros", del 3.11.92 conf. esta Sala, "Taller Imagen y Sonido S.R.L. c/ Cantera Producciones de M. E. Goldberg y Alaniz J. M. s/ Ordinario" del 11.04.2005; ídem, "IPH S.A. c/ Bankboston N.A. s/ Ordinario" del 29.09.2005, "London Supply S.A.C.I.F.I. c/ Alimar S.A. y otros s/ ordinario", 05.03.2008 y "Agroindustrias Bonaerenses S.A. c/ Germaiz S.A. s/ ordinario", del 6.04.10).-

Las personas jurídicas o de existencia ideal pueden ser sujetos pasivos de perjuicios indirectos si son vulnerados sus derechos extrapatrimoniales como el buen nombre, la probidad comercial y su buena reputación, si repercuten desfavorablemente en el patrimonio (cfr. Jorge Bustamante Alsina, "Las personas jurídicas no son sujetos de daño moral", publicado en ED el 12.7.90).-

Así, la actividad en competencia que efectuó uno de los socios de S.R.V. (aquí demandado) y cuya responsabilidad no se encuentra controvertida provocó un daño a la imagen comercial de la firma, dado que los hechos que seguidamente se describen crearon dudas en los agentes del mercado acerca de la solvencia de la sociedad actora (en igual sentido, Sala C, 30.9.03, "Martínez Hermanos S.R.L. c/ Banco Francés S.A. s/ ordinario", fallo publicado en ED del 19.02.04). Y no solo en cuanto a su solvencia, sino también a su misma existencia.-

Véase que en la contestación de oficio de Omnigraphics Argentina, esta sociedad manifestó: "... tuvo conocimiento que S.R.V. y Asoc. S.A. dejaba de operar durante el año 2000 por comunicación efectuada por el Sr. Vártolo de que dicha sociedad cerraba sus puertas..." (ver fs. 600). Asimismo, contestación de oficio de Shell de fs. 613 en el cual se expuso que Sergio Vártolo informó durante el año 2000 que S.R.V. dejaba de operar..."-.

Esta conducta del demandado que con su obrar desvió clientes de S.R.V. a favor de la empresa que posteriormente constituyó, I.G.V. generó un perjuicio en la imagen comercial con indudable repercusión en la esfera patr de la primera de ellas que debe ser indemnizado.-

Tales clientes eran los más importantes y representativos de la empresa actora (ver dictamen pericial de fs. 664/670). Al retirarse de la sociedad llevándose los mejores clientes (ver carta documento de fs. 59) la dejó en un estado de inoperancia y afectación económico, administrativa y financiera. Fueron hechos que configuraron una maniobra dolosa y ocasionaron un daño a la imagen de la sociedad. Se generó la creencia de que la empresa no operaba más para llevarse a los más importantes clientes, condenándola a su desaparición.-

En tal sentido, es que corresponde, con base en un criterio de estimación prudencial del daño (cfr. CPR., 165) y teniendo en consideración el total de facturación anual de la actora (ver dictamen pericial de fs. 666 vta.), fijarlo en la suma de \$100.000. Dicha cantidad devengará intereses desde la fecha en que se interpuso la demanda –atento a que así fue peticionado en fs. 803 vta. y no fue materia de agravio- hasta el efectivo pago de acuerdo con las pautas que fijó el sentenciante de primera instancia.-

En mi parecer es admisible este capítulo de la apelación.-

VI- Por ello, propongo al acuerdo modificar parcialmente la sentencia apelada con los alcances que resultan de los considerandos IV y V precedente. Con costas de ambas instancias a la demandada sustancialmente vencida (cfr.art. 68 del Código Procesal).-

El Señor Juez de Cámara Doctor Miguel F. Bargalló dice:

Comparto los fundamentos vertidos por el Señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.-

Con lo que termina este Acuerdo, que firman los Señores Jueces de Cámara doctores Miguel F. Bargalló y Ángel O. Sala. Ante mí: Francisco Troiani. Es copia fiel del original que corre en fs..... del libro n°31 de Acuerdos Comerciales, Sala E. FRANCISCO TROIANI:
Secretario de Cámara

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: modificar parcialmente la sentencia apelada con los alcances que resultan de los considerandos IV y V precedente. Con costas de ambas instancias a la demandada sustancialmente vencida (cfr.art. 68 del Código Procesal). El doctor Caviglione Fraga no interviene por haber renunciado y ser aceptada su renuncia (Decreto P.E.N. 1110/11, B.O. 27/07/11). Notifíquese a las partes por cédula a confeccionarse por secretaría.-

Fdo.: MIGUEL F. BARGALLÓ - ÁNGEL O. SALA
FRANCISCO TROIANI, Secretario de Cámara