



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 18 de febrero del año 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SINDICATURA DE ORFIVA S.A. C/ ROMERO JOSE LUIS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)"**, (JNQCII1 EXP N° 1272/2008), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La actora y los demandados Romero y Elosegui interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 2.055/2.073 vta., que rechaza la demanda y la reconvención formulada por Natural Agri S.R.L., con costas por su orden.

a) La parte demandada se agravia por la distribución de las costas del proceso.

Dice que sostener como fundamento para la imposición de costas el rechazo de la reconvención planteada por uno de los terceros es un argumento ajeno a su parte, la que obtuvo una sentencia a su favor.

Sigue diciendo que tampoco es consistente el argumento de que la actora pudo creerse con razón suficiente para litigar, ya que del correcto análisis de las constancias del presente expediente, como así de aquél en el que tramitó el concurso y luego quiebra de Orfiva S.A. surge que la actora ha promovido una acción dibujando un relato insostenible.

Destaca que la sindicatura y sus patrocinantes conocían a la perfección el expediente de concurso, devenido en quiebra, por lo que conocían los informes aprobados por la sindicatura concursal. Agrega que, por ende, conocían que esos informes no señalaban hechos o conductas de los demandados y de los órganos de conducción que pudieren serle reprochados por haber sido cometidos dolosamente.

Afirma que las causas del desequilibrio económico eran atribuibles: a) a la situación creada por las medidas macroeconómicas, por un lado, y b) a la decisión equivocada del directorio de pagar la fruta a los socios a precios fuera de toda lógica, lo que hizo que la empresa se endeudara bancariamente.

Sostiene que la actora conocía que el endeudamiento era absoluto, que todos los bienes muebles e inmuebles estaban prendados o hipotecados a los bancos acreedores y que, por ello, el acceso al crédito en busca de capital de trabajo, estaba cerrado, aún antes del ingreso del demandado Romero a la empresa; que en la búsqueda de ese capital de trabajo, la decisión de buscar un inversor extranjero era una de las posibilidades, por no decir la única; que la constitución de JUCOAR S.A. fue oportuna y beneficiosa, que el desmoronamiento de estas iniciativas no fue fruto del factor interno, sino que resulta del ingreso de jugos al mercado mundial provenientes de China; que la quebrada no tenía el control de JUCOAR S.A.

Manifiesta que todo ello hace que la parte actora nunca pudo creerse con derecho a demandar como lo hizo.

Enumera constancias que no pudieron ser pasadas por alto.

Cuestiona también que la presenta sea una causa compleja, y que no exista valor económico, toda vez que la sindicatura determinó el monto de los perjuicios.

b) La parte actora se agravia sosteniendo que la sentencia de grado viola la manda del art. 163 del CPCyC.

Dice que la a quo adelanta su postura jurídica, desacreditando lo argumentado por su parte, previo a tratar la relación suscita de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio y previo a la consideración por separado de las cuestiones objeto de la litis.

Sigue diciendo que los aspectos formales de la sentencia se hallan enunciados en el art. 163 del CPCyC, en los incisos 1 y 2, y los sustanciales en los incisos 3 a 8; y su inobservancia acarrea la nulidad de la sentencia, dado que violenta la garantía de defensa, no solamente su infracción, sino también adelantar el derecho aplicable antes de conocer cuál es el objeto del juicio y los hechos que constituyen la relación jurídica. Cita jurisprudencia.

Insiste en que la aplicación de la ley precede a la motivación del fallo, transformando a la sentencia de primera instancia en arbitraria.

En segundo lugar se queja por lo que entiende una arbitraria apreciación de la prueba.

Señala que la jueza de grado ha omitido considerar y desvalorizado prueba sustancial que hace a la responsabilidad directa del demandado Romero en el proceso de deterioro patrimonial, por uso y abuso. Indica a continuación esos elementos probatorios.

Similares consideraciones realiza respecto de la responsabilidad del demandado Elosegui, y de los terceros Natural Agri S.R.L. y Aguas de la Patagonia S.A.

También formula queja por el encuadramiento jurídico dado por la jueza de grado.

Aclara que su parte planteó una acción reparatoria estrictamente concursal, la del art. 173 de la ley 24.522, y la nominada en el art. 175 del mismo ordenamiento: la acción social de responsabilidad de la ley de sociedades 19.550, regulada en los arts. 276, 277 y 278.

Sostiene que la acción social no requiere como factor de atribución el dolo, ya que el art. 173 de la ley 24.522 regula una acción típicamente concursal contra representantes, administradores y mandatarios que dolosamente permitieron o facilitaron la insolvencia del deudor, en tanto que el art. 175 de la LCQ incorpora la acción social de responsabilidad del art. 274 de la ley 19.550 y habilita, en caso de quiebra, su ejercicio al representante del concurso, o sea el síndico, y en esta última acción el factor de atribución es el dolo o la culpa.

Vuelve sobre omisiones y déficits en la valoración de la prueba.

c) La parte actora rebate los agravios de la demandada a fs. 2.144/2.146 vta., y lo mismo hacen los demandados apelantes respecto del memorial de su contraria a fs. 2.148/2.167.

Los restantes demandados no contestaron el traslado del memorial de la actora.

II.- Ingresando en el tratamiento de los recursos de apelación de autos, he de comenzar el análisis por las quejas planteadas por la parte actora.

La actora cuestiona, en primer lugar, la validez formal de la sentencia de grado por haberse alterado el orden previsto en el art. 163 del CPCyC, considerando que ello afecta garantías constitucionales.

Fuera de esta generalización, la parte actora no individualiza concretamente cuál sería el derecho afectado por la alteración del orden previsto en el art. 163 del CPCyC, cuál es la afectación o perjuicio concreto que la estructura que la jueza de grado ha dado a su sentencia le ocasiona.

Ello, por sí solo, es suficiente para desechar este agravio dado que el art. 172 del CPCyC requiere, para la procedencia de la nulidad que quién la peticione exprese el perjuicio sufrido y el interés que procura subsanar con la declaración de nulidad, extremos que en autos se encuentran incumplidos.

No obstante ello, tampoco encuentro configurado el vicio que denuncia la recurrente.

El art. 163 del CPCyC contiene requisitos formales y sustanciales de la sentencia.

Roland Arazi y Jorga A. Rojas señalan que de acuerdo con la forma en que está estructurada esta norma, los incisos 1°, 2° y 9° vendrían a constituir los requisitos extrínsecos o formales de la sentencia, esto es la mención del lugar y fecha, el nombre y apellido de las partes, y la firma del juez; mientras que el inciso 3° vendría a representar los resultados, los incisos 4° y 5° los

considerandos, y finalmente los incisos 6°, 7° y 8° el fallo o parte dispositiva de la sentencia (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 810).

La apelante critica que la jueza de primera instancia, en sus Considerandos, haya desarrollado primero el derecho en abstracto, para después referirse a las cuestiones litigiosas y la fundamentación de la decisión que se adopta. Y ello, en realidad, no configura ningún vicio del resolutorio recurrido.

Conforme lo pone de manifiesto Marcelo López Mesa, con cita de jurisprudencia, *"La circunstancia de que el Sr. Juez comience su sentencia anticipando el resultado que tendrá el litigio no importa determinar que de antemano se encuentra condicionado a fallar de determinada forma. La técnica utilizada, si bien puede ser observada por el apelante, no significa más que el avance del resultado a la luz del análisis lógico efectuado luego del estudio de la causa, lo que deberá poner de relieve luego, cuando partiendo de la solución explique los motivos fundantes de la misma e indique las razones que lo llevaron a tal conclusión, permitiendo recrear a los interesados y eventualmente a otro juez el camino intelectual seguido a fin de comprobar o desechar la existencia de fallas en el mencionado análisis, eje del decisorio"* (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...", Ed. La Ley, 2012, T. II, pág. 437/438).

Y en autos, ni tan siquiera la jueza de grado ha adelantado el resultado de la litis, ya que solamente ha hecho un encuadramiento jurídico de la controversia a la luz de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial y la

aplicación de la ley en el tiempo; como así también ha caracterizado las acciones intentadas, de acuerdo con las disposiciones legales que las reglan, lo que de ninguna manera puede ser entendido como un quiebre de la estructura lógica de la sentencia. Antes bien, se trata de delimitar el marco legal y doctrinario dentro del cual va a dar solución al litigio.

Adviértase que con posterioridad a este encuadramiento legal, la sentencia apelada desarrolla cuidadosamente los distintos aspectos de la controversia, distinguiendo las responsabilidades imputadas; luego evalúa la prueba, y concluye en que no pueden subsumirse las conductas acreditada en autos en el supuesto que la norma sanciona, y rechaza la demanda.

De lo dicho se sigue que la sentencia de grado respeta los requisitos de los incisos 4° y 5° del art. 163 del CPCyC.

En consecuencia, se rechaza el presente agravio.

III.- La restante queja de la actora refiere al factor de atribución que requieren las acciones entabladas, y a la valoración del material probatorio.

La parte actora ha promovido dos tipos de acciones diferentes. Por una parte, las previstas en el art. 173 de la LCQ, y por otra, la contemplada en el art. 175 de la LCQ, que refiere al sistema de responsabilidad de los administradores que estructura la ley 19.550, aplicable también a los órganos de contralor.

La acción de responsabilidad concursal prevista en el art. 173 de la LCQ tiene como objetivo la indemnización

de los perjuicios causados y, en el caso de los terceros, además el reintegro de los bienes que aún tengan en su poder. Conforme lo explican Julio César Rivera, Horacio Roitman y Daniel Roque Vítolo, *"Cualquier daño no es resarcible por vía de la acción concursal. Se debe entender por daños causados al concurso (quiebra) la sustracción de bienes del activo que constituían la prenda común de los acreedores, sin el correspondiente contravalor, pudiendo extenderse también a operaciones ruinosas, créditos con elevada tasa de interés, y cualquier otra que importe en definitiva un agravamiento de la responsabilidad patrimonial...Esta limitación obedece a que éstos son los únicos daños que al concurso le interesa resarcir, como medio para lograr la reconstrucción del patrimonio del deudor, proteger el interés general y satisfacer el interés particular de los acreedores. De todo otro daño debe intentarse su resarcimiento por los medios normales que el Derecho ha instituido..."* (cfr. aut. cit., "Ley de Concursos y Quiebras", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, T. IV, pág. 143).

El factor de atribución en este tipo de acciones, las previstas en el art. 173 de la LCQ, es el dolo.

Francisco Junyent Bas y Luis Facundo Ferrero señalan que la ley 24.522 no dejó margen para debates, restringiéndose definitivamente la figura a la sanción de las conductas dolosas de sus autores. Ello así porque admitir la culpa como conducta imputable implicaría la posibilidad de revisar todas las operaciones efectuadas por la sociedad fallida en el período de cesación de pagos, con más el año adicional y cuyo plazo de prescripción no se computase desde que los hechos sucedieron sino desde que la declaración de quiebra pasa en autoridad de cosa juzgada. Además provocaría

la inseguridad en las transacciones comerciales, que precisan para su eficacia principios informadores claros, plazos breves de impugnación y celeridad en el trámite y certeza rápida de su eficacia y firmeza definitiva (cfr. aut. cit., "Alcances y delimitación del dolo en la acción concursal de responsabilidad. Incidencia del proyecto de Código Civil y Comercial unificado", LL AR/DOC/1346/2013).

Que el dolo es factor de atribución para la acción prevista en el art. 173 de la LQC ya no se discute, en tanto la redacción dada al artículo por la ley 24.522 superó la disputa existente bajo el régimen de la ley 19.551, desechando la culpa como factor de atribución.

Distinta es la situación de la acción a la que alude el art. 175 de la LCQ, ya que aquí el factor de atribución es la culpa, entendida, por aplicación del art. 59 de la ley de sociedades, como la conducta contraria al obrar leal y diligente de un buen hombre de negocios (cr. Rivera-Roitman-Vítolo, op. cit., pág. 165), en tanto el art. 274 de la ley 19.550 que determina cuando se genera la responsabilidad ilimitada de los directores de la sociedad -y que se canaliza a través de la acción social de responsabilidad del art. 276 de la ley de sociedades-, reza: *"Los directores responden solidaria e ilimitadamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación a la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave"*.

Fernanda Soria destaca la mayor severidad de la acción concursal frente a la prevista en la ley de sociedades: *"Aquella exige dolo y tiene una tipificación de*

la conducta reprochable: sólo puede ser responsabilizado aquél que con su actuación hubiera producido, facilitado, permitido, agravado o prolongado la insolvencia. Podría decirse entonces que, aún cuando se trata siempre de un único régimen de responsabilidad, es decir que no modifica el régimen general en materia de responsabilidad civil, la acción regulada en el estatuto concursal toma un aspecto determinado de la realidad, apuntando a ciertas y determinadas conductas.

"Por su parte, la acción social contempla un cartabón que incluye como factor de atribución la culpa, llegando incluso para algún autor a admitirse la culpa leve en abstracto. De allí que algunos autores postulan la necesidad de recurrir al régimen societario, que permite -de modo menos exigente- hacer efectiva la reconstitución o recomposición del patrimonio social, frente al mecanismo más riguroso que trae la ley falencial..." (cfr. aut. cit., "Algunas pautas a tener en cuenta a la hora de promover acción de responsabilidad en sus dos variantes, concursal y societaria", JA 2014-IV, pág. 71).

En base a este marco conceptual es que he de analizar la valoración que del material probatorio ha hecho la jueza de grado.

IV.- Conforme lo desarrollaré seguidamente, entiendo que debe confirmarse el rechazo de la demanda.

Comienzo la fundamentación de lo dicho por la acción prevista en el art. 173 de la LQC.

Tal como lo sostiene Jorge Daniel Grispo, la diferencia entre la acción de responsabilidad concursal o falencial y las establecidas en el ordenamiento societario

radica en que éstas últimas procuran la reparación del daño causado a la sociedad, independientemente de que ellos hubieran contribuido a la cesación de pagos o a cualquier débito patrimonial de aquella, en tanto que la acción de naturaleza concursal tiende a reparar los daños derivados de una acción perjudicial que originó la quiebra de la sociedad. Asimismo resulta menester acreditar el dolo en la conducta dañosa y la relación causal entre la conducta y el daño (cfr. aut. cit., "La acción social de responsabilidad y la quiebra de la sociedad", LL 2011-F, pág. 791).

No existiendo previsión alguna en la ley de concursos y quiebras, el dolo debe ser entendido en los términos del derecho civil, el que, de acuerdo con la manda del art. 1.072 del Código de Vélez Sarsfield -vigente a la fecha de los hechos- importa la ejecución a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro.

Es notorio que la acción prevista por el art. 173 de la LCQ es más restringida y estricta -en cuanto a su procedencia- que la acción societaria. Ello así porque en esta última se persigue hacer efectiva la responsabilidad por mal desempeño del cargo, tanto por actos ilícitos violatorios de la ley, los estatutos y los reglamentos, como por cualquier otro daño producido (abuso de facultades o culpa grave), por lo que puede existir esta responsabilidad sin fraude y sin compromiso de la responsabilidad patrimonial de la sociedad o su insolvencia.

En tanto que en la acción concursal, insisto, la sanción es para las conductas dolosas que tienden a la insolvencia o a la afectación negativa de la responsabilidad del deudor.

Entiendo que en autos no se encuentran reunidos los extremos que permitan hacer efectiva la manda del art. 173 de la LCQ. En primer lugar porque la misma demanda presenta un déficit en su fundamentación: no individualiza actos concretos ejecutados por los demandados, con la colaboración de los terceros, sino que realiza un resumen de lo sucedido en la sociedad fallida con antelación al decreto de quiebra y con posterioridad a él, lo que impide o dificulta encontrar un caso específico en que aparezca acreditado el dolo y la relación causal con la insolvencia o su agravamiento.

Por otra parte, y conforme surge de los informes periciales elaborados por el Gabinete Técnico Contable del Poder Judicial en el trámite penal, la insolvencia de la empresa fallida encuentra su principal causa en el endeudamiento bancario y la imposibilidad de afrontar esos pagos, incluso habiendo mediado su refinanciación.

A fs. 506/513 de la causa penal, que tengo a la vista, la perito se refiere al informe del art. 39 de la LCQ elaborado por el síndico del concurso preventivo de Orfiva S.A., el que indica que las deudas comerciales impagas tienen fechas 1994/1995 y que, como consecuencia de la acumulación de pasivos bancarios y la imposibilidad de afrontar los pagos, la concursada resuelve suscribir un convenio de refinanciación de deudas, con fecha 31 de enero de 1995, con los bancos Río de la Plata, Bansud, Francés, Quilmes, y Provincia del Neuquén, acordándose un plan de pago de ocho cuotas anuales con vencimiento la primera de ellas el día 31 de julio de 1996; pero al vencimiento de la primera cuota

Orfiva no tenía capacidad financiera para afrontar su cancelación.

Destaca esta pericia que ya en fecha 14 de diciembre de 1995, por acta de asamblea general extraordinaria, se considera el estado de iliquidez de la empresa para hacer frente a los compromisos bancarios y comerciales. Y a partir de este momento se comienza a desarrollar una serie de negocios para tratar de salir de esa situación, lo que no se logró, presentándose en concurso preventivo, el que desembocó en la quiebra decretada el día 16 de junio de 2006 por incumplimiento del acuerdo preventivo.

Justamente el reproche que se hace a los demandados y terceros, en los términos del art. 173 de la LCQ, refiere a los negocios iniciados a partir de esta asamblea extraordinaria cuando, en mi opinión, el estado de impotencia financiera ya estaba configurado, siendo nuevamente reconocido en la asamblea extraordinaria del 22 de octubre de 1997, que es cuando la sindicatura del concurso preventivo aconseja fijar la fecha de cesación de pagos.

De ello se sigue que es dudoso que exista relación causal entre el supuesto daño y la insolvencia.

Y, por otra parte, no se encuentra acreditado en autos que el inicial estado de impotencia económica se hubiera agravado como consecuencia de estos negocios ni tampoco se ha acreditado el dolo de los demandados y terceros, siendo carga de la parte actora acreditar estos extremos.

Coincido en este aspecto con la jueza de grado en cuanto al déficit probatorio que presenta esta causa, en

lo que refiere a la acción del art. 173 de la LCQ, fundamentalmente a lo que hace al informe pericial contable de autos, que era un medio probatorio clave, dado el carácter eminentemente técnico de la cuestión de fondo.

La jurisprudencia ha resuelto que *"para la procedencia de la acción de responsabilidad civil prevista en el art. 173 de la ley 24.522 debe acreditarse un obrar doloso en el sentido del derecho civil -acto ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar a la persona o los derechos del otro-, que tenga relación de causalidad con la situación patrimonial del fallido y produzca un daño consistente en la insuficiencia del activo para satisfacer íntegramente a los acreedores"* (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala A, "Bratar S.A. c/ Rocca", 20/8/2009, LL AR/JUR/36491/2009; ídem., Sala E, "Rotográfica Argentina S.A. c/ Llenas y Cía. S.A.", 13/4/2011, LL AR/JUR/20922/2011; Cám. 4ª Apel. Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria Mendoza, "Síndico en Club Y.P.F. Mendoza s/ quiebra...", 8/10/2013, LL AR/JUR/64010/2013).

Los testimonios de autos, como los obrantes en la causa penal, dan cuenta de daciones en pago (con bienes que después fueron recuperados por el concurso), y de órdenes o conductas que daban y tenían los demandados Elosegui y Romero, pero ello, en su mayor parte son apreciaciones subjetivas de los deponentes, sin respaldo en otras pruebas; es la visión que los testigos tuvieron en ese momento, pero ello no quiere decir que tal apreciación sea cierta y falta, como ya lo señalé, el correlato documental o pericial a efectos de tener por ajustada a la realidad esa versión subjetiva de los testimonios.

Incluso considerando que no hiciera falta aquél respaldo documental o pericial, los dichos de los testigos son poco precisos, aludiendo a baja de la actividad, disminución de la planta de personal, vaciamiento de la empresa, pero sin mayores detalles o datos, por lo que resultan insuficientes para acreditar el daño y, menos aún, el dolo de los demandados.

Por lo dicho es que se ha de confirmar el resolutorio recurrido en lo que hace al rechazo de la acción intentada con fundamento en el art. 173 de la LCQ.

IV.- Veamos ahora la acción prevista por el art. 276 de la ley 19.550, la que, conforme la norma del art. 274 de la misma ley, solamente involucra a uno de los demandados, el señor Elosegui, dado su condición de integrante del directorio -con cargo de vicepresidente- de la sociedad fallida.

Daniel Roque Vítolo dice que las pautas generales fijadas en el artículo 274 de la ley 19.550 remiten a la disposición general sobre responsabilidad de los administradores, respondiendo los directores solidaria e ilimitadamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59 -actuación con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios-, así como por la violación a la ley, el estatuto y el reglamento, y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Enumera el autor citado los supuestos de responsabilidad que derivan de esta manda legal: *"a) Mal desempeño del cargo. El administrador debe cumplir con las funciones que le son propias, y debe hacerlo tal como lo señala el parámetro de evaluación incorporado por el artículo 59: obrar con lealtad y la*

diligencia de un buen hombre de negocios. Si no lo hace, incurre en responsabilidad por los daños causados...el factor de atribución de la conducta es de carácter específico y subjetivo, derivado de su comparación respecto de un estándar -también de apreciación subjetiva-...

"b) Violación de la ley, el estatuto o el reglamento. Este es un supuesto absolutamente objetivo de responsabilidad pues se materializa por la mera violación de la ley, el estatuto o el reglamento por parte del director, sin que deba tenerse en cuenta -ni resulte relevante- si ha existido culpa o dolo. Registrada y comprobada la violación, ante la presencia del daño, el mismo debe ser resarcido por la responsabilidad que le adjudica la ley a la conducta.

"c) Daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Este es el tercer supuesto previsto por la ley...El dolo consiste en ese obrar deliberado, a sabiendas y a conciencia, con la clara intención de dañar los derechos de otro. El abuso de facultades se configura cuando, o bien el administrador se excede -con conocimiento y en forma deliberada- en sus atribuciones para actuar en nombre de la sociedad o al disponer de actos de administración, o bien cuando practica o comete actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones. Finalmente, se entiende por culpa grave algo más que la mera negligencia, en la medida que se trata de un concepto que podría definirse como *inconducta no deliberada pero imputable al despliegue de la misma sin atender a los cuidados más elementales, conforme a la naturaleza propia del acto de que se trate y a las circunstancias particulares del caso*" (cfr. aut. cit., "Sociedades Comerciales", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, T. IV, pág. 558/559).

De acuerdo con la pericia contable obrante a fs. 1.161/1.172 de la causa penal, mediante acta de directorio n° 780, de fecha 13 de julio de 1995, se designa gerente general de la sociedad Orfiva al demandado Romero, para que "coordine todas las áreas de la empresa, participando y haciendo ejecutar las decisiones que este cuerpo adopte, siendo asimismo el nexo entre dichas áreas y la dirección de la empresa". En la misma acta consta también la distribución de los cargos del directorio de Orfiva S.A., recayendo en el demandado Elosegui la asignación de la vicepresidencia, cumpliendo funciones de director ejecutivo.

Surge también del informe pericial referido que la sociedad Jucoman S.A. era controlada por Orfiva S.A., que estaba radicada en Mendoza y desarrollaba la misma actividad industrial que su controlante, contando el demandado Romero con un poder amplio de administración otorgado por la primera de las sociedades nombradas. Respecto de la sociedad Jugos Concentrados Argentinos S.A., el demandado Romero formó parte de su directorio, primero, y después aparece, en el año 2000, como presidente de la referida sociedad.

La perito contadora del Poder Judicial especifica también que el demandado Romero, en el año 2004, es apoderado de la sociedad Natural Agri S.R.L.

A fs. 1.146/1.154 obra la absolución de posiciones del demandado Elosegui, quién reconoce que sabía que el demandado Romero cumplía funciones en Natural Agri S.R.L., aunque dice desconocer en qué cargo (respuesta a la posición n° 38), como así también que en el año 2004 ya no estaba en la empresa (respuesta a las posiciones nros. 37 y 42), y que en su último tramo de participación en la empresa,

con posterioridad al cramdown, fue solamente accionista (respuesta a la posición n° 22).

También destaco de la prueba confesional, que el demandado Elosegui ha reconocido que la constitución de Jugos Concentrados S.A. tuvo como objetivo evitar embargos de los acreedores de Orfiva S.A., dado el nivel de endeudamiento que esta sociedad presentaba a mediados de la década de 1990 (respuesta a la posición 13); como así también que suscribió el acta de asamblea extraordinaria nro. 55 donde se deja constancia que la creación de Jugos Concentrados S.A. es para preservar la operación comercial de la agresión patrimonial de los acreedores de Orfiva S.A., aunque aclara que no fue un mecanismo creado por Orfiva, sino generado por el exportador que financiaba a Orfiva para poner a resguardo el financiamiento (respuesta a la posición n° 14).

De lo dicho se sigue que la actuación del demandado Elosegui solamente puede ser analizada con relación a la suscripción de los contratos de fazon con Jugos Concentrados S.A. y de maquila con Natural Agri S.R.L., no surgiendo de la prueba aportada a la causa que de estas contrataciones se derivaran daños concretos para Orfiva S.A.

Si bien pareciera que los precios acordados en los contratos eran bajos y que no se habría pagado por la utilización de marcas registradas por Orfiva S.A. en el último de los negocios señalados, los datos que aporta la prueba incorporada a la causa carecen de la precisión necesaria como para imputar negligencia o culpa grave al director Elosegui. Más aún, cuando el informe de la sindicatura del concurso preventivo señala que con el contrato de fazon se acrecentó la actividad de Orfiva S.A. e,

incluso, aconsejó continuar con esa contratación, aunque introduciendo alguna cláusula de ajuste de precio.

En realidad, tengo para mí, que la actuación reprochable, a la luz del art. 59 de la ley 19.550, ha sido la del demandado Romero, quién ha tenido intereses contrapuestos con la sociedad Orfiva S.A. -de la cual fue gerente-, pero no se ha acreditado el dolo en su conducta -y por ello no puede progresar la demanda a su respecto-, ya que actuó como administrador de la sociedad pero no fue integrante del directorio o, cuanto menos, este extremo no se encuentra probado en autos.

En tanto que la vía elegida por la sindicatura no es apta para condenar al demandado Romero tomando como factor de atribución la culpa, no he de avanzar en el análisis de la conducta del mismo desde este vértice.

Conforme lo dicho es que tampoco puede prosperar la demanda en los términos del art. 274 de la ley 19.550.

V.- Resta por analizar la apelación de los demandados Elosegui y Romero respecto de la imposición de las costas del proceso.

Nuestro ordenamiento procesal consagra, como regla general, el principio objetivo de la derrota como pauta para distribuir las costas del proceso (art. 68, CPCyC).

Indudablemente la parte actora reviste la condición de vencida.

Ahora bien, tal como lo habilita el segundo párrafo del art. 68 citado, puede el juez hacer excepción a esta regla, dando razones de su proceder.

La jueza de grado ha entendido que por la complejidad de la materia debatida en estas actuaciones, lo sucedido en el trámite de la quiebra y la confusión de la actuación en la planta industrial, justifica que las costas sean impuestas en el orden causado.

No comparto esta decisión.

La jurisprudencia tiene dicho que la eventual complejidad de los temas debatidos no puede constituir fundamento suficiente para exceptuar la regla del art. 68 del CPCyC, si ambas partes litigaron en igualdad de condiciones respecto del tema central alrededor del cual giró la controversia (cfr. CSJN, "Dirección General de Fabricaciones Militares c/ Banco Mercantil Argentino", sentencia del 13/6/1989; Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala B, "Oeste Salud S.A. c/ Maternidad del Sagrado Corazón y Medisis UTE", 16/4/2007, LL AR/JUR/7293/2007).

En autos la parte actora conocía de la complejidad de las cuestiones propuestas, pero también contaba con elementos suficientes como para afrontar esta complejidad en atención a su actuación como funcionaria del proceso falencial; e igual sucede con los demandados, en tanto director y gerente de la sociedad fallida, por lo que no encuentro motivo para eximir parcialmente en costas a la accionante.

Por tanto, las costas por la actuación de los demandados Romero y Elosegui son a cargo de la parte actora.

En cuanto al valor económico comprometido en autos, si bien la parte actora ha denunciado un monto del perjuicio, entiendo que el mismo es estimativo, ya que el objeto de la litis fue la recomposición del patrimonio de la

empresa fallida, debiendo estarse, entonces al saldo insoluto de la quiebra.

VI.- Por ello, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y hacer lugar al recurso de apelación de la demandada.

En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio recurrido, imponiendo las costas a la parte actora respecto de la actuación de los demandados Elosegui y Romero, y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

Difiero la regulación de los honorarios profesionales por la actuación ante la Alzada para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 2.055/2.073 vta., imponiéndose las costas a la parte actora respecto de la actuación de los demandados Elosegui y Romero, y confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a cargo de la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales por la actuación ante la Alzada para cuando se cuente con base a tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSÉ I. NOACCO - Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria