000760/2013

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil catorce, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"JONES, Carlos Alberto y otro c/ TRANSPORTES ALMANZORA S.A. s/ ORDINARIO", Expte. N° 760/13,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2, Secretaría N° 4 (Expte. N° 40/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs.542), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. ? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

La sentencia se dicta a fs.492/494vta. Hace lugar a la demanda de las coactoras Carlos Alberto Jones Márquez y Eduardo Jones Sociedad de hecho y condena a la parte demandada TRANSPORTES ALMANZORA SA a pagar a la parte actora la suma de $ 15.367,61, con más intereses. Por otro punto, rechaza la demanda interpuesta por las coactoras contra ARCAR S.A. En tercer punto impone las costas a los vencidos y regula honorarios de los profesionales intervinientes.

Apela la actora a fs.496 y por altos los honorarios regulados a la contraparte, el recurso se concede a fs.497. La demandada a fs.500/502, constituye nuevo domicilio y contesta la apelación de honorarios.

En los agravios las accionantes a fs.520/526vta., oponen que al demandar, sostuvieron la legitimación pasiva de Arcar S.A. por haberse operado la transferencia del fondo de comercio de la demandada a su favor, fundado en el art.11 Ley 11.867, señalan los fundamentos del fallo, considerando que efectúa un análisis superficial. Refiere la doctrina de Jorge Osvaldo Zunino, a propósito de la finalidad de dicha ley, la protección de los acreedores y considerando los elementos constitutivos, se encuentra acabadamente probado, que se operó la transferencia del fondo de comercio que explotaba Transportes Almanzora S.A. Sostiene que es un desacierto del fallo resolver desde el punto de vista de las sociedades. Con el autor que cita, sostiene que el concepto nuclear entiende que cuando el vendedor con motivo de la enajenación de ciertos elementos queda privado de los medios para continuar el giro, hay una verdadera transferencia a la que debe aplicarse la ley especial y habrá que ver que la venta no pretenda violar derechos de terceros. Sigue diciendo que a poco que se analicen las pruebas producidas en el expediente sobre diligencias preliminares, se concluye en tal presupuesto. Fundamenta en sucesivos incisos las razones indicativas que Arcar S.A. se constituyó originariamente con la denominación de Almanzora Renta A CAR S.A., continuó operando con el mismo giro comercial en la base de operaciones de ésta y señala elementos comunes de dicha actividad comercial, de uso para la actividad comercial

y continuidad del mismo personal; que la sentencia no aborda ninguna de las pruebas señaladas. Cierra entonces como fundamento que el primer elemento se encuentra configurado, ya que Transportes Almanzora S.A. perdía su capacidad de continuar el giro comercial. En punto b) de fs.524, resulta conexo con el precedente, que Arcar S.A. absorbió a la otra sociedad, la que quedó imposibilitada de continuar y sin clientela, disponiendo de esta la continuadora Arcar S.A. y en condiciones de proseguir el giro. Las subsiguientes argumentaciones giran alrededor de la misma cuestión, considerándose la existencia de una voluntad de transferencia y ceder el funcionamiento del negocio por parte de Almanzora S.A. y en tanto apropiación del fondo de comercio por parte de Arcar S.A., sin cumplir con lo recaudos de la Ley 11.687, trae como consecuencia la solidaridad de Arcar S.A. y afirma la recurrente, así debió resolverlo el Señor Juez. Reserva el caso federal.

La codemandada Arcar S.A., bajo apoderamiento letrado, contesta los agravios a fs.532/539, sostiene el fallo, rechaza la existencia de una transferencia del fondo de comercio, afirmándose en lo que señala el fallo, que acceder a la solidaridad propuesta por los actores, importaría un avance sobre una persona jurídica ajena a la cuestión debatida en autos, que la demanda está mal dirigida contra una sociedad que se dice continuadora de Transportes Almanzora S.A., ya que si bien en principio estaría conformada por una persona física que ha tenido conocimiento y participación en ambas sociedades y cuyo objeto social es similar, es un ente diferenciado dotado de su propia personalidad conforme surge de la documental de fs.68/89. Se sostienen otros conceptos de

la sentencia, que resulta apresurado la aplicación del art.11 Ley 11.867, sin que existan pruebas concluyentes respecto de situaciones sustentadas. Transcribe cita traída por la actora recurrente del autor Jorge Zunino, respecto a los alcances que importa la aplicación de la ley especial cuando la transferencia de elementos priva de medios para continuar a la transferente y cierra: "Lamentablemente para las aspiraciones de la actora el vendedor – Transportes Almanzora S.A. – continuó su giro comercial en forma normal y habitual. Señala clientela de esta última y niega que haya existido una transferencia de fondo de comercio. Contrapone que los actores nunca fueron proveedores de Almanzora Rent A Car S.A., ni de su continuadora Arcar S.A., siendo que ésta se constituyó y cambió de denominación social antes de la pretendida operatoria comercial habida entre aquéllos y TASA. Que a los agravios de la parte actora porque Arcar S.A. originariamente utilizó el nombre de Almanzora con la intención de confundir a los clientes, sostiene que tampoco la utilización del nombre le era ajena a nadie, ya que Luis Oller expresamente dejó constancia de su intención de operar en el rubro locación de vehículos en Neuquén, que constituiría una sociedad en cuyo nombre figurará la palabra Almanzora y la IGJ así lo avaló. Analiza la prueba y resalta que a todas las proposiciones de la actora que Arcar S.A. dejó a TASA sin posibilidad de funcionar, quedan desmoronadas "cual endeble castillo de naipes". Peticiona el rechazo y asimismo por su parte se tenga presente la reserva del caso federal.

El caso planteado en los presentes actuados tiene su origen en la pretensión de un cobro de facturaciones de fs.38/60, por servicios a automotores, expedidas por los actores a nombre de la

demandada Transporte Almanzora S.A., con domicilio en la calle Hipólito Irigoyen N° 1923, donde se intimó en principio su pago y luego en Colonos Galeses 2598, siempre en esta ciudad, en el primero comprendiendo asimismo a la empresa Arcar S.A., que rechaza la intimación por carencia de vinculación con la demandante (fs. 19, doc. Reserv.N° 27/09 de origen).

La actora pretende demostrar, que Transporte Almanzora S.A., cedió importantes elementos de su fondo de comercio que ponía en juego el cumplimiento de la Ley 11.867 de Fondo de Comercio, e incumplido, perjudicando su condición de acreedora.

Que las cesiones vinculantes tuvieron primero tránsito por medio de otra sociedad, "Almanzora Rent A Car" S.A. para llegar a su continuadora la empresa "Arcar" S.A. Esta empresa aparece conectada al pretenderse notificar la intimación de pago en el domicilio que figura en la facturación a nombre de Transporte Almanzora S.A., calle Hipólito Irigoyen 1923, solo respondiendo en éste la empresa Arcar S.A.

En los actuados "Jones, Carlos y Eduardo S. H. c/Transportes Almanzora S.A. y Arcar S.A. s/Diligencia Preliminar", Expte.N° 7 año 2009, por cuerda, quedan a fs.113 y sss., las constancias por las que Luis Alberto Oller peticiona la inscripción en el Registro Público de Comercio de Almanzora Rent a Car S.A., con constancia que Transportes Almanzora S.A. prestó su conformidad con el nombre, siendo los socios este último nombrado y Nadia Alejandra Jodor. A fs.117/119, consta un acta de fecha 30/11/2005, donde Ramón B. Oller, Luis A. Oller, Martín Vázquez y Rubén S. Vázquez, socios de Transporte Almanzora S.A., resuelven reorganizarla, por lo que estos tres últimos

socios ceden y transfieren la totalidad de sus acciones a Ramón B. Oller, que queda como único socio de Transportes Almanzora S.A., recibiendo en pago la entrega de vehículos que se indican en el anexo (fs.119, son 18 móviles), mas otros bienes y cargos que asume Luis A. Oller y asunción de otras obligaciones vinculadas a Transporte Almanzora S.A.

Siempre en la diligencia preliminar, a fs.320 y ss. constan el Expte. Municipal N° 4508 año 2007, por el que Transporte Almanzora S.A. solicita la habilitación comercial del local situado en Calle Hipólito Irigoyen N° 1923, para explotar rubro alquiler de vehículos, transporte de carga y asistencia técnica. Trae contrato de locación respecto al domicilio indicado de fecha 1/8/2005. La prueba de informes de la firma Skanska, indica que la Empresa Transportes Almanzora S.A., prestó servicios en su área desde el año 2005 hasta setiembre de 2007, en tanto Arcar S.A. lo hizo desde setiembre de 2007 hasta abril de 2009 y una y otra prestaban alquiler de vehículos (fs.489). El testigo Hilario Ceferino Farías (fs.498/499), chofer de flota pesada, lo fue de Transportes Almanzora, que Luis Alberto Oller es hermando de quien era su patrón, Bernardo Oller, eran socios, la Sra. Nadia Alejandra Jodor es la esposa del Sr. Luis, que entre el 2004/2005 el domicilio era en la calle Hipólito Irigoyen, que Transporte Almanzora no cambió de domicilio sino de dueño, que Almanzora Rent A Car funcionaba en Irigoyen, no se, porque cambian de dueño, no se si la ceden o la venden, Arcar se queda con los vehículos y parte del personal, los empleados Cristian Dach, Marcelo Bances, Jorge Levio, Hugo Haro y Cesar Castro pasaron de Transporte Almanzora S.A. a Almanzora Renta A Car S.A., aproximadamente en octubre

de 2007, que los clientes que tenía Almanzora los absorbió Arcar y otros dejaron de ser clientes. Al cumplimentarse el mandamiento de fs.797/797vta., en el domicilio de la calle Hipólito Irigoyen 1923, la persona que atiende al oficial de justicia informa ser empleada administrativa de Arcar S.A., que ocupa actualmente el predio y que Almanzora era la antigua empresa que lo ocupaba.

En los presentes autos declara a fs.308/309 Rubén Marcelo Romero, es empleado de Jones y sabe de las relaciones comerciales entre la parte actora y Transporte Almanzora S.A., la empresa le proveía filtros y lubricantes y que la actividad comercial de esta última era alquiler de vehículos; que el domicilio donde operaba era la calle Hipólito Irigoyen, que entiende que Transporte Almazora S.A. y Arcar S.A. constituyen la misma empresa, porque el teléfono era común, domicilio, personas que atendían. En sentido similar responde el testigo Elio Andrés Oscares a fs.311/313. Al llamado para la absolución de posiciones del Presidente del Directorio Transportes Almazora, no comparece (fs.314). Por la confesional de Arcar S.A., comparece Viviana Paula Mattano, declara ser administrativa de la Empresa por lo que es rechazada dicha concurrencia. A fs.321 se pide se lo tenga por confeso. Como testigo Jorge Antonio Lepio declara a fs.433/434, trabaja para Arcar S.A., que fue empleado de Transporte Almanzora hasta el año hasta el año 2007, renunció para ir a trabajar a otra empresa; que la base operativa del Transporte Almanzora primero fue en la calle Belcastro y después sobre Hipólito Irigoyen; que Almanzora se dedicaba a alquiler de vehículos livianos y flota pesada; la base de operaciones de Transportes Almanzora era la misma que

la de Arcar S.A.; conoce a una compañera de trabajo Tilsa Hortencia Utrera, que trabajaba en Transportes Almanzora y después en Arcar. Otro testigo, Cristian Martín Dachs (fs.435/436), es empleado de Arcar y fue empleado de Transporte Almanzora hasta el año 2007, empresa con la que tenía un arreglo que no se cumplió nunca; que Almanzora primero se ubicaba en la calle Belcastro 2983 y luego en Avenida Irigoyen 1923, que Almanzora siguió operando en la calle Colono Galeses, después a la calle Rivadavia, entre Italia y Francia; creo que tuvieron un año mas, un año y medio aproximadamente; que no le fue reconocida su antigüedad al cambiar de empresa; que conoce a Ramón Oller porque fue su socio; que conoce a Daniel Reyes que fue compañero de trabajo en Transporte Almanzora y actualmente realizar en Arcar trabajo de mecánico. La testimonial de Ricardo Esteban Suárez (fs.450/451), Responde que trabajó en Transporte Almanzora S.A. durante cinco años con el Sr. Ramón Oller, más o menos hasta el 2009, que trabajaba para Ramón Oller "que cerró transportes Almanzora y él armó otra empresa, Troyano S.A. que estaba ubicada en la calle Colonos Galeses y Francisco Berh, después seguí trabajando con él en la empresa esa hasta que cerró y se fue de la ciudad; que Transportes Almanzora se dedicaba al alquiler de vehículos; que luego de ingresar a la empresa Troyano, la otra empresa Transportes Almanzora no continuó su actividad comercial; que Transporte Almanzora y Arcar realizaban su actividad en forma independiente; que Almanzora estaba ubicado primero en Belcastro 2983 y después en la Avda. Irigoyen; que conoce a Augusto César Castro por ser compañero de trabajo en la Empresa Transportes Almanzora.

El conjunto de la prueba rendida cuenta con tantos puntos vinculantes entre las dos empresas, que las leves variantes que hacen o a la continuidad de Transportes Almanzora S.A. en respuesta de un testigo, como de otro que señala que efectivamente la empresa cesó para formarse en otra pero que en definitiva también cesó, no escurecen el designio inicial que tuvieron los socios al vender su capital accionario al Sr. Ramón Oller –que adviértase como único socio que quedaba en una S.A.- importaba su disolución (art.94, inc.8° Ley 19.551) y llevar adelante otra sociedad hasta desembocar en la sociedad ARCAR S.A., por cambio de denominación de la intermedia por la similitud con Transporte Almanzora S.A., que la futura empresa se llevaba consigo componentes fundamentales del fondo de comercio, el mismo objeto social con la transferencia en pago de una importante cantidad de automotores y a funcionar con el mismo objeto social y en mismo local comercial con lo que la clientela se mantenía. Evidentemente, lo permitieron los máximos niveles de dirección de las empresas vinculados por razones de parentesco, los hermanos Ramón B. Oller y Luis A. Oller y la admisión en Arcar S.A., de varios dependientes que se había desempeñado en Transportes Almanzora S.A.

Con ello, la prevención de la sentencia sobre un indebido avance sobre la distintas personas jurídicas, sostenido asimismo por la codemandada Arcar S.A., como otras razones objetivas respecto a la facturación y supuesta continuación de TASA, dejan paso a su desconsideración por la teoría de la penetración societaria para poner remedio al abuso de la persona jurídica (art.1071, 2do. párr. CC.). Al resultar rebelde Transportes Almanzora S.A. (único socio Ramón B. Oller) y oponer ex integrantes de esta primera, su

hermano Luis A. Oller y su cónyuge Nadia Alejandra Jodor la creación de otra, Almanzora Renta A Car S.A., con los elementos constitutivos de un fondo de comercio de la anterior, cambiando luego el nombre por Arcar S.A., funcionando en el mismo domicilio de actividad comercial y sin resguardo de los acreedores, es claro que han que han incumplido las obligaciones previstas en el art.2 de la Ley 11.867, en tanto operaban obligaciones comerciales vinculadas a Transportes Almanzora S.A. El mantenimiento del domicilio tiene plena prueba, como resulta de las constataciones del Esc. Agjelinic, relacionando llamado por Guía Telefónica de fs.21/22 y y toma fotográficas del edificio comercial de Hipólito Irigoyen (fs.28/33), con fecha 15/2/2008, donde aún a esta fecha mantenían un cartel al público con el nombre de Transportes Almanzora. Por los vínculos societarios precedentes y circunstancias de parentesco, las obligaciones sucedidas en dicho marco no pudieron ser ignoradas por las personas directivas actuantes, lo que admite como se dice –descorrer el velo de las sociedades actuantes a título del art.1071 C.C.– imponiendo la responsabilidad resultante del art.11 de la Ley 11.867.

Por las razones expuestas, se declara procedente el recurso interpuesto por la parte actora y se rechaza la oposición de los fundamentos de fs.532/539, con lo que se extiende la condena por responsabilidad solidaria a la codemandada Arcar S.A., con las costas en ambas instancias (art.69 Ley XIII N° 5 Anexo A del Digesto Jurídico).

Atento la revocatoria parcial resultante y que importa la ampliación de la condena, considerando los trabajos realizados y su resultado, deben

readecuarse los honorarios regulados, por lo que carece de virtualidad pronunciarse respecto a la apelación de fs.496. Conforme con los arts.5, 6, 8, 9, 12 y concords. Ley XIII N° 4, por el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, correspondientes los Dres. J. Facundo Llorens Guitarte, Nélida B. León de Escribano, Claudia A. Rodrígues y Giovanna Analía Blandino, conjuntamente en la suma de $5.000 y los correspondientes al Dr. Lisandro Martín Pacho, en la suma de $3.500, los de la Perito Contadora Grisel S. Jakimiuk, en la suma de $2.000, con los restantes alcances de las regulaciones de la sentencia apelada.

En la segunda instancia, por las razones expuestas y normas arancelarias citadas con más el art.13, propongo los honorarios conjuntos de la Dras. Nélida B. León de Escribano y Claudia A. Rodrigues y Dr.J. Facundo Llorens Guitarse, en la suma de $ 1.500 y los del Dr. Lisandro Martín Pacho, en la de $ 1.000.

Debe tenerse presente la reserva del caso federal interpuesta por una y otra de las partes.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca, dijo:

Voto: 1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora Carlos Alberto Jones Márquez y Eduardo S. H. Jones, fundado a fs.520/526vta., contra la sentencia de fs.492/494vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1°) y totalmente el punto 2°) de la parte resolutiva de la sentencia de fs.520/526vta., declarando la condena prevista y con sus alcances, en forma solidaria contra Transportes Almanzora S.A. y Arcar S.A.

3) Revocar el punto 3° de la parte resolutiva de la sentencia aludida, e imponer las

costas a las codemandadas, con los alcances precedentes y regular, los honorarios de los profesionales de conformidad con los considerandos respectivos.

4) Tener presente la reserva del caso federal interpuesto por la parte actora y demandada.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que tal como informa en su voto el colega preopinante, llegan a nuestro conocimiento estas actuaciones al agraviarse la actora a fs.496 del decisorio de la sentencia de fs. 492/494vta., que hace lugar parcialmente a su pretensión inicial pues la condena solo pesa sobre una de las demandadas por lo que formula su crítica y pretende que la alzada las acoja extendiéndola y en forma solidaria, tal como lo expresa en su memorial de fs.520/526vta. a la excluida. Tal queja le es contestado a fs.532/539, como también se intentando enervar la apelación por la estimación de sus honorarios, como letrado de la codemandada Arcar S. A., por derecho propio, a fs.500/502.

Que quien me precede en el sorteo, además de considerar la procedencia formal del recurso en lo que concuerdo, da cuenta en breve reseña del contenido de la queja, evitando su mera reiteración.

En atención a la compleja naturaleza de las cuestiones debatidas a la luz de los hechos acreditados en la causa reabriéndose el debate en torno a su interpretación vale recordar que es principio acuñado por nuestro Máximo Tribunal nacional que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una e las argumentaciones de las partes, sino solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CS Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225,

etc). Como que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que resulten apropiadas para resolver el caso (ver v. gr. CS Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, entre muchos), por lo que deberá inclinarse por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa.

Los hechos alegados como fundamento del derecho pretendido, han quedado sobradamente acreditados, tanto en cuanto a la naturaleza de la deuda, su monto, como la frustración de su cobro, a la prueba documental inobjetada a las que se suman los efectos propios de la rebeldía en cuanto al resto de las alegaciones y en cuanto a la causa e imposibilidad de localización de la contumaz, todo lo cual incidirá, en principio negativamente cobra la codemanda, exenta de las consecuencias del fallo, sin poder justificar como y porque utiliza el domicilio y demás servicios propios de aquella sin dar cuenta de su paradero ni de los servicios que pueda prestar en competencia con ella cuando les fueron trasferidos los bienes indispensables para cumplir tal cometido, volveré sobre el punto.

Pero hay más. Han quedado acreditadas y suficientemente explicitas, las variadas circunstancias que van desde el hecho y acto fundante de la firma comercial Transportes Almanzora S.A. a los cambios y modificaciones, en rápido avance y descuidando la pulcritud normativa que imponen principios de seguridad y obligaciones fiscales, culminando en la constitución de ARCAR S.A. como continuadora de Transportes Almanzora Renta A Car S.A. (fs. 68/88, documentos reservados y que tengo ante mí), mas el reconocimiento expreso de las transferencias y cesiones de una codemandada a otra formulada a fs. 116vta. y ss.,

siempre actuando algunos de los que fueron socios fundadores de aquella; insisto, se constatan cambios de integrantes, cesiones y una suerte de compensaciones y cambios de domicilio pero siempre manteniendo el mismo objeto social y conservando operarios que realizaban idéntica tarea (testimoniales) y manteniendo el mismo servicio a clientes iniciales (informe de Skanska de fs. 489/490 de la cusa acordelada). Y todo ello, ante la insistente negativa de la continuidad empresaria, contrasta el mantenimiento de los carteles propagandísticos con la nominación inicial (ver constatación notarial) y subsisten las dudas en cuanto al rol de principal en la relación con sus dependientes, de allí la confusión que emerge de sus testimoniales. Todo lo cual indica sin duda la continuidad mediante sucesivas modificaciones sin cumplirse acabadamente los requisitos legales.

Aznar, Fernando en su trabajo "Capital Social. Funciones con fecha 20/09/2012 publica en la Revista Argentina de Derecho Societario, Cita: IJ-LXVI-94, una serie de conceptos que aún advirtiendo sobre la necesidad de actualizarlos, que normativamente se advierte que las principales funciones que cumple el capital social son las de garantía, organizativa y productividad.

En lo que nos interesa, que es la función de garantía, se busca asegurar que una porción del patrimonio social no sea distribuida entre los socios, adquiriendo mayor importancia, en cuanto a garantía patrimonial a los terceros, las nociones de solvencia y liquidez.

Puede advertirse de este concepto ya, un vínculo entre el capital social y la situación financiera del ente societario. Justamente se debe a la

semejante trascendencia que se ha dado a la función de garantía que cumple el capital social, que el sistema normativo societario ha dotado al mismo de ciertos principios protectorios del mismo tales como la unidad; determinación, efectividad; inviolabilidad e invariabilidad; diseminados ellos en diversas normas del cuerpo legal.

Con acierto, se ha señalado que "esta función de garantía relaciona indirectamente al capital social con el objeto social ya que es justamente éste ultimo el que enmarca el cúmulo de actividades que desarrolla o puede desarrollar la sociedad y que al momento del inicio de las actividades, breve momento en la vida de la sociedad, es cuando la función de garantía del capital social adquiere mayor relevancia, ya que en esos momentos el capital social se va a confundir o asimilar con el patrimonio neto de la sociedad".

Parece aceptable la inquietud que ha venido desarrollando la doctrina en torno a la necesidad de un profundo replanteo acerca de la propia existencia del capital social como garantía de terceros. Reconocemos que se han efectuado interesantes alternativas de sustitución del capital social. Sin embargo lo cierto es que hasta la actualidad, ya sea por cuestiones de política legislativa o simplemente por inacción del legislador ninguna ha sido plasmada normativamente, nuestro sistema por suerte o por desgracia, sigue siendo el mismo desde hace varias décadas, a pesar que la realidad ha mutado de manera imprevisible.(ver "Infracapitalización societaria" por Nissen, Ricardo A. Vítolo, Daniel Roque Verón, Alberto Víctor Publicado en: LA LEY 29/04/2013, 5 • LA LEY 2013-C , 692 • Enfoques 2013 (mayo) , 102, Cita Online:

AR/DOC/1488/2013). Lo dicho resulta de interés para el caso.

Así, el capital social de ARCAR S.A. a los efectos del normal mantenimiento del giro comercial, conforme fue constatado, debió integrarse mediante el aporte del fondo de comercio de la sociedad de origen y en tal caso debió respetar los términos previstos por la Ley 11867, de no hacerse así, dicho aporte resultará inoponible frente a los acreedores del aportante.

Se ha dicho en situaciones análogas que para definir cuando la transferencia de uno o varios elementos supone la de fondo de comercio como universalidad y sin desconocer la utilidad, en la mayoría de los casos, de los criterios que ponen el foco en la efectiva continuación en el giro social y en la clientela del negocio, resulta decisivo centrar la atención en la situación del transmitente del fondo, no siendo indispensable la efectiva continuación del negocio por parte del adquirente cuando, con motivo de la enajenación de ciertos elementos, el vendedor quede privado de los medios para continuar el giro comercial de la misma forma en que lo hacía habitualmente (ver comentarios al art. 44 LSC de Daniel R. Vítolo en “Sociedades Comerciales. Ley 19.550 Comentada” ed. Rubinzal Culzoni 2007, t. I pág. 571 y ss.).

Y que, aún por los motivos más variados que puedan imaginarse, el adquirente de un fondo de comercio no continúe con la explotación, la ley 11.867 será aplicable siempre que, como consecuencia de la transferencia de ciertos elementos que componen el mismo, su enajenante se vea impedido de continuar con el negocio.

Así, si como ha quedado demostrado consecuencia de la rebeldía y las constataciones notariales, silencio ante intimaciones y ausencia ente todo tipo de notificación de aquella sociedad inicial, esta no mantiene activado su giro comercial y se verifica que se ha vaciado de aportes útiles para su funcionamiento por haberse ido transfiriendo a la recurrente y además, que clientes del transmitente (Skanska) han pasado a relacionarse con su adquirente, permiten corroborar que el primero no ha puesto en funcionamiento un negocio de similares características al transferido, que le posibilite mantener la clientela que solía vincularse con él, pero mantiene la apariencia de continuidad, tal como se ha dicho en párrafos anteriores, el potencial perjuicio a terceros es claro. Y a no dudar, que la efectiva transferencia de la clientela, como hecho de la realidad, puede servir como pauta interpretativa para determinar si la transferencia -voluntaria- de otros elementos, representa o no la transferencia del fondo de comercio como universalidad (ver v. gr. CNCom, Sala A, 19/7/07- "Webespacios Co. SA c/ BBDO Argentina SA" – Cita: MJ-REP-M-113990-AR | REP113990).

Que la utilización por alguno de los socios de la sociedad disuelta del recurso de la cesión del activo de la misma a la nueva sociedad que constituye como medio de evitar su liquidación, no permite soslayar la liquidación y la posterior transferencia del fondo de comercio del ente disuelto, sin, al menos, dar cumplimiento a lo que dispone la ley 11.867, solución esta que se manifiesta, además, insoslayable ante la ley 19.550 conforme a lo preceptuado por el art. 44 (ver "Código de Comercio. Comentado y Anotado" dirigido y coordinado por Adolfo

A. N. Roullion y Daniel F. Alonso, respectivamente, ed. La Ley 2005, t. I, pág. 908, parág. 25 y comentarios de Nissen, Ricardo A. en "Ley de Sociedades Comerciales" t. I, Ábaco, 1993). Incumplido el mandato legal (ver Verón, "Sociedades Comerciales" ed. Astrea 1982, t. 1, p{ag. 369, parág.. 5), deberán responder en el modo previsto por el art. 11 de la norma especial, tal como lo sostiene la accionante en su demanda, por la deuda impaga fehacientemente acreditada (ver v. gr. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial" de Fernández y Gómez Leo, ed. Depalma 1993, t. I, pág. 528 y ss).

Por todo lo dicho opino de modo coincidente con el primer votante que debe extenderse la condena y de forma solidaria (art. 11 de la ley 11867) a ARCAR S.A., debiendo adecuarse el fallo de primera instancia, también en cuanto a la imposición de costas (art. 282 CPr/DJ), las que se deben imponer sobre las demandadas en ambas instancias y en igual forma. Se debe diferir la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tomarán en consideración las pautas arancelarias de la ley XIII nos. 4 y 15, tornando abstracta la apelación intentada por tal fin. Se tendrá presente la reserva del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la opinión del Dr. Nahuelanca reitero su formula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora, Carlos Alberto Jones Márquez y Eduardo S. H. Jones, fundado a fs.520/526vta., contra

la sentencia de fs.492/494vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1°) y totalmente el punto 2°) de la parte resolutiva de la sentencia de fs.520/526vta., declarando la condena prevista y con sus alcances, en forma solidaria contra Transportes Almanzora S.A. y Arcar S.A.

3) Revocar el punto 3° de la parte resolutiva de la sentencia aludida, e imponer las costas a las codemandadas con los alcances precedentes y regular los honorarios de los profesionales de conformidad con los considerandos respectivos, por el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, correspondientes los Dres. J. Facundo Llorens Guitarte, Nélida B. León de Escribano, Claudia A. Rodrígues y Giovanna Analía Blandino, conjuntamente en la suma de $5.000 y los correspondientes al Dr. Lisandro Martín Pacho, en la suma de $3.500, los de la Perito Contadora Grisel S. Jakimiuk, en la suma de $2.000, con los restantes alcances de las regulaciones de la sentencia apelada.

4) Regular en la segunda instancia, por las razones expuestas y normas arancelarias citadas con más el art.13, los honorarios conjuntos de la Dras. Nélida B. León de Escribano y Claudia A. Rodrigues y Dr. J. Facundo Llorens Guitarse, en la suma de $1.500 y los del Dr. Lisandro Martín Pacho, en la de $1.000.

5) Tener presente la reserva del caso federal interpuesto por la parte actora y demandada.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes

Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Presidente

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"