

Comentario al fallo S.D. N° 34 de fecha 10 de febrero de 2015, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Quinto Turno de la Capital

Pablo Costantini

La Teoría del Levantamiento del Velo Societario no ha tenido un tratamiento específico por parte de la doctrina y la legislación del Derecho Nacional. Los aportes sobre el tema han sido escasos y sobre la base de obras de autores extranjeros, quienes le han dado un trato preferencial a dicha teoría.

Como hito jurisprudencial en la jurisdicción civil –en cuanto a la doctrina del levantamiento del velo societario- recientemente el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Quinto Turno de la Capital ha dictado la S.D. N° 34 de fecha 10 de febrero de 2015. Dicho fallo en sus partes más importantes dispone:

“Que, primeramente, con respecto al aspecto fáctico, de que PETROBRAS DISTRIBUIDORA es subsidiaria de PETROBRAS, que sería la controlante, no está demás señalar que en autos se encuentra agregada una instrumental que es copia del Estatuto Social de PETROBRAS DISTRIBUIDORA (fs. 321 de autos), no impugnada, en la cual se observa primeramente en su art. 1º que “el control de Petróleo Brasileiro S.A. será ejercido mediante la propiedad y posición de, no mínimo, cincuenta por ciento, más una acción”; en su art. 11 se establece que el Consejo Administrativo “será compuesto por los mismos miembros del Consejo Administrativo de Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras” y que “El Presidente del Consejo de Administración de la Compañía será Presidente del Consejo de Administración de Petrobras”. Este documento, agregado en autos, y confirmado por los peritos SACCO y BONNIN (fs. 651), no ha sido desvirtuado expresamente por las demandadas, y la única prueba que han producido en tal sentido es la declaración del testigo Jorge Paulo Moro (fs. 1058) quien señala que sus “propios directivos ejecutivos”, pero no se ha acompañado documento alguno adicional, sin olvidar que el propio Sr. Moro, como ya se adelantó y se verá más abajo, fue dependiente de PETROBRAS y trabajó en PETROBRAS DISTRIBUIDORA –siendo incluso la persona que firmó el Contrato con COMPASA—...”.

“Que, por tanto, a efectos de la convicción de esta Magistratura, cabe considerar como debidamente demostrado que la firma PETROBRAS DISTRIBUIDORA es una empresa subsidiaria de PETROBRAS, la que tiene asegurado su control sobre la misma conforme su propio Estatuto Social que ha sido agregado a estos autos.”

“Que, esto lleva directamente al segundo punto alegado por la actora, en el sentido que al ser parte de un mismo grupo de sociedades, la controlante debe responder en conjunto con la subsidiaria, lo que es un punto como ya se adelantó jurídico y no fáctico, y debe ser analizado desde dicha óptica.”

“Que, a la luz de la citada doctrina y jurisprudencia ahí mencionada, que abarca grandes surcos del derecho comparado, incluyendo el derecho brasilero como se acaba de ver, no quedan dudas que el concepto de “grupo de sociedades” alegado por la parte actora para señalar que PETROBRAS DISTRIBUIDORA es una subsidiaria controlada por la matriz PETROBRAS es tal, y la mayor demostración de ello es que los dos elementos tipificantes mencionados se suceden en este caso: (i) el control o dominación está asegurado desde el art. 1º de los Estatutos de PETROBRAS DISTRIBUIDORA, que explícitamente se refiere a este hecho, y (ii) la unidad de dirección no puede quedar en dudas, máxime cuando ambas empresas cuentan con el mismo Presidente del Consejo y el mismo Consejo de Administración conforme el art. 11º de los Estatutos que se encuentra agregado a estos autos. Y más: el propio Sr. Moro, en su testifical, confiesa que era empleado de PETROBRAS y que fue “cedido” a PETROBRAS DISTRIBUIDORA para ser su gerente, lo que demuestra una vinculación irrefutable entre las empresas confesada por el propio testigo que presentó dicha parte y que siendo empleado de PETROBRAS firmó un contrato en nombre de PETROBRAS DISTRIBUIDORA mediante la “cesión” mencionada.”

“Que, en cuanto a la responsabilidad “externa”, esto es, del grupo de sociedades frente a terceros –v.gr. contratantes—, se parte nuevamente del principio según el cual “el hecho de la dependencia, por sí solo, según el derecho vigente, no puede conducir a la responsabilidad de la persona por las obligaciones contractuales de la dependiente. Dependencia no es identidad jurídica” ya que para que se atribuya responsabilidad de existir “además una razón suficiente de responsabilidad” la cual es facilitada por la “dependencia” ya que la misma “facilita los presupuestos... porque pone en cabeza de la persona dominante ciertos deberes en el tráfico jurídico, cuya inobservancia trae aparejados efectos en el derecho”, creándose varias excepciones en este sentido, como la atribución directa de responsabilidad por pasivos sociales o por pérdidas de la sociedad dependiente, mediante la extensión de la quiebra o bien mediante las doctrinas del *disregard of legal entity*, de la *Durchgriffshaftung*, de la penetración, desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica (ver las abundantes referencias al derecho comparado en la obra completa de Guillermo Borda, La Persona Jurídica y el Corrimiento del velo societario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Capítulo V)”.

“Que, trayendo todas estas ideas a colación, surge que en este caso la firma COMPASA celebró un contrato de distribución exclusiva con PETROBRAS DISTRIBUIDORA, una sociedad controlada subsidiaria de PETROBRAS, para distribuir productos asfálticos en el Paraguay. Lo que se alega es que luego la principal controlante, PETROBRAS, por su parte importó al país productos asfálticos, desconociendo en este caso al contrato que había firmado su subsidiaria.”

“Que, no pueden quedar dudas que el ordenamiento jurídico no puede tutelar este tipo de conductas, ya que la elusión de una obligación contractual por medio de la invocación de la distinta personalidad jurídica, cuando es obvio que existe un único grupo

de sociedades, con control y dirección unificada, sería premiar un acto abusivo del derecho, contrario a la buena fe. Justamente en este punto ha tenido una innovación fundamental nuestro Código Civil de 1987, pues ha previsto no solo a la buena fe como principio fundamental del derecho de los contratos, en su formación (art. 689), celebración y ejecución (art. 715), en la interpretación (art. 714), sino también en el ejercicio de los derechos, en este caso, a través de la disposición del art. 372 del código civil que prohíbe el ejercicio abusivo del derecho y establece a la buena fe como principio fundamental de todo el sistema. Señalar que PETROBRAS no debe ser responsable en este caso, sería hacer caso omiso de la norma del art. 372 y concordantes del Código, pues implicaría señalar que se puede utilizar un derecho —la personalidad jurídica en este caso que otorga el derecho societario— para condonar un acto antijurídico de violación de un contrato, que no puede desconocer.”

“Que este artículo, que confirma el principio establecido asimismo en los arts. 715, 714, 689 y concordantes, establece claramente la prohibición de utilizar una norma jurídica en forma abusiva o para fines contrarios a los previstos: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la Ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente”.

“Que, aquí resulta oportuna la invocación de la doctrina de inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando la misma se invoca en “violación de la buena fe y la frustración del derecho de terceros”. Como se ha dicho “también es frecuente el caso de obligaciones contractuales de no hacer, particularmente de no establecerse, que la doctrina califica en general como supuestos de elusión o de quebrantamiento de las obligaciones contractuales... asumida una obligación de este tipo por una sociedad, ¿podrán los socios burlarla creándose otra sociedad? (pág. 997). Va de suyo que responder afirmativamente esto sería premiar la mala fe y la conducta desleal, y permitir que se utilice una figura en principio legítima con fines ilegítimos, en fraude de derechos de terceros. Esto lesiona, directamente, el ya mencionado principio de buena fe y su aplicación a la prohibición del abuso del derecho, de la utilización de un derecho para fines contrarios a los previstos en la norma, razón por la cual se invocó la doctrina de la inoponibilidad: “la posibilidad de extender o trasladar la imputación al socio controlante... tiene particular interés... para imputar al socio o controlante el incumplimiento de obligaciones de hacer (un pacto de distribución exclusiva) o de no hacer (una obligación de no establecerse) asumidas por aquél pero violadas por la actuación de la sociedad” (Manovil, ob. cit. pag. 1029).”

“Que, como puede observarse sin esfuerzo, el caso presente encuadra exactamente en este tipo de supuestos, en el sentido que se pretende utilizar la personalidad jurídica como medio de elusión de una obligación contractual asumida por

una persona del grupo, lo que resulta claramente contrario al principio de la buena fe y el ejercicio de los derechos dentro de sus límites objetivos legítimos (art. 372 y concordantes del C. Civil). En consecuencia, y como corolario a ello, resulta correcto lo alegado por la actora en su demanda, que debe imputársele al socio controlante la actuación violatoria del Contrato de Distribución exclusiva de productos asfálticos para dejar establecida su responsabilidad solidaria con la controlada, de forma tal a no dejar sin sanción la violación del pacto u obligación de no hacer (la exclusividad).”

“Que, en tal sentido y en forma plenamente concordante se ha dicho doctrinariamente que “Constatado que en un caso determinado un derecho ha sido ejercido abusivamente, la consecuencia judicial podrá tener básicamente tres derivaciones: 1) Se negará protección jurídica a quien ejerciere abusivamente su derecho y se rechazará su demanda. 2) Se intimará al autor de la conducta abusiva al cese de ella. Esta situación planteada por la doctrina, es la de más difícil concepción, por la naturaleza de derechos en los cuales normalmente tiene aplicación el Instituto. 3) Quien ejerció abusivamente su derecho, será responsable de los daños y perjuicios. Esta es la consecuencia natural de la aplicación de la Teoría – hecha norma hoy - del Abuso del Derecho, ya que la misma disposición positiva apunta a indicar un caso de responsabilidad objetiva y una consecuente obligación indemnizatoria ante la producción de los supuestos previstos en la Ley” (Martínez Simon, Alberto, “El Abuso del Derecho”, en Derecho Privado Paraguayo, Tellechea Solis Director, Edit. La Ley Paraguaya, 2007).”

De estos párrafos advertimos como el juzgado de primera instancia ha utilizado los principios de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario para resolver la causa.

En efecto, el conflicto claramente se encuadra dentro del presupuesto de fraude o violación al contrato expuesto por Serick. Este presupuesto se da en aquellos casos en donde valiéndose de la persona jurídica, no se cumple con un contrato como consecuencia del desdoblamiento de la personalidad de la sociedad.

En este caso, el abuso consiste en que una persona jurídica que ya existe en el momento de celebrar un contrato es utilizada después para burlarlo. Así, la persona jurídica es el medio que permite lograr un resultado que choca contra lo expresamente prometido o que indudablemente se ha buscado.

En dicho fallo vemos también cómo mediante la utilización del Principio de la Buena Fe –que campea en todo nuestro sistema positivo- los arts. 689, 714, 715 y 372 Código Civil la jueza de primera instancia ha internalizado la mentada doctrina y la ha aplicado de forma adecuada.

En cuanto a los artículos mencionados cabe decir que los mismos sostienen como principio fundamental del derecho de los contratos a la Buena Fe. Dicho principio debe campear en la formación (art. 689), celebración, ejecución (art. 715) y en la interpretación (art. 714) de los mismos.

En cuanto a los efectos que producen los contratos el art. 715 del Cód. Proc. Civ. dispone que: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla

a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.”.

Al respecto, la más autorizada doctrina ha expuesto: “El contrato debe ser celebrado, ejecutado e interpretado ‘de buena fe’ (art. 1198, Cód. Civ., según ley 17.711). Esta regla, en uno de sus perfiles, incluye por ministerio de la ley un cortejo de obligaciones accesorias en la obligación contractual y, en sentido inverso, impide que el contratante pueda reclamar algo que sería desleal o incorrecto (JORDANO FRAGA). ‘El ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe, no sólo en lo que tiene de limitación y de veto a una conducta deshonesta (verbigracia, no engañar, no defraudar, etcétera), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (verbigracia, deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etcétera)’ (DÍEZ-PICAZO). El comportamiento de buena fe impone al sujeto ciertas conductas positivas, por lo cual es insuficiente que no haya actuado con mala fe (MOSSET ITURRASPE)”¹.

A mayor abundamiento, la doctrina italiana, al comentar el Art. 1375 del Código Civil Italiano, que constituye una de las fuentes de nuestro Art. 715, ha sentado: “‘Buena fe’ no significa otra cosa que, en esta norma, corrección o lealtad. Tiene un significado del todo diferente de la buena fe sobre la que se habla en materia de posesión y en las tantas normas que, en materia de invalidez del contrato, de la simulación, etc., dejan a salvo los derechos de los terceros de buena fe. En esos casos ‘buena fe’ indica un estado subjetivo: significa simplemente, ignorancia de dañar el derecho ajeno; aquí, en vez, expresa un deber: el deber de las partes contrayentes de comportarse con corrección y lealtad”²

“La jurisprudencia ha reconocido que la buena fe constituye objeto de un verdadero y propio deber jurídico (C86/960), consistente en un general deber de solidaridad que impone a cada una de las partes el actuar de modo a preservar los intereses de la otra prescindiendo tanto de específicas obligaciones contractuales cuanto del deber extracontractual del *neminem laedere*, encontrando tal deber solidario su límite precipuo únicamente en el interés propio del sujeto, obligado, por tanto, al cumplimiento de todos los actos jurídico y/o materiales que sean necesarios para la salvaguarda de los intereses de la contraparte en la medida en que estos no comporten un apreciable sacrificio a su cargo [...] El incumplimiento de la obligación de comportarse según la buena fe, entendida, esta última, en sentido objetivo, genera responsabilidad contractual, aun cuando la fuente de tal obligación sea legal [...] La violación del deber de comportarse según la buena fe podría, algunas veces, configurarse también como abuso de derecho [...] y, en particular, como abuso de instrumentos procesales, ya que el deber de corrección y buena fe debe

¹ ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos civiles - comerciales - de consumo. ABELEDO-PERROT S. A. E. e I. Buenos Aires. 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión, año 1999. Pág. 34

² GALGANO, Francesco. Diritto Privato. Tredicesima Edizione. CEDAM, Pádova - Italia. Año 2006. Págs. 351, 352)

caracterizar la relación entre las partes no solo durante la ejecución del contrato, sino también en la eventual fase de las acciones judiciales para obtener el cumplimiento”.³

Así también la jueza hace mención especial a lo establecido en el art. 372 del Cód. Civ. que prohíbe el ejercicio abusivo del derecho y establece la buena fe como principio fundamental de todo el sistema. Este artículo es la brecha positiva de nuestro derecho que posibilita la aplicación de la “Teoría del Levantamiento del Velo Societario”, dado que es claro que alrededor de ella ronda el concepto del abuso del derecho.

En este contexto no debemos olvidar que la intencionalidad, para el ámbito civil, involucra tanto el dolo como la culpa. Es decir, lo que en principio puede ser un acto perfectamente lícito –y por ende excluir su antijuridicidad- puede volverse un antijurídico civil si hay excedencia en el ejercicio del derecho involucrado; en otras palabras, abuso del derecho.

En efecto, el ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que a diferencia del acto ilícito común –en el cual la norma legal es transgredida francamente- implica una violación solapada del ordenamiento jurídico⁴. En esta forma de antijuridicidad civil la intención, el elemento subjetivo volitivo, es también factor constitutivo de lo ilícito, aproximándose de este modo – en su configuración- a la trasgresión o conducta penal, que siempre o casi siempre integra en su definición el elemento intencional.

Reiterada jurisprudencia nacional viene interpretando el Art. 372 del Cód. Civ. en el sentido de que el derecho de acción o denuncia –a la par que el ejercicio de cualquier otro derecho-, debe responder a buena fe, es decir, no debe ser ejercido de modo manifiestamente desviado de su finalidad y sentido. A este respecto se ha dicho, por ejemplo: “Este Tribunal ya ha establecido en jurisprudencia anterior que el ejercicio legítimo de un derecho no puede, en principio, constituir un antijurídico. Por tanto, prematuramente, podemos decir que la respuesta es negativa. Es así puesto que el ejercicio de un derecho, de naturaleza legítima como lo es el derecho de accionar judicialmente, de por sí excluye toda ilicitud posible. Sin embargo, esta afirmación siempre debe analizarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso. Sabido es que la noción de antijuridicidad en el ámbito civil es más amplia que en la de otras materias, pues involucra no sólo conductas típicas del derecho penal, o faltas administrativas, sino toda lesión al orden normativo del derecho concebido como una totalidad, incluyendo no solo sus normas positivas, sino también sus principios rectores. En este orden de ideas podemos afirmar que el ejercicio de un derecho podría derivar en un actuar antijurídico cuando se efectúa con una finalidad no prevista para ese derecho en particular o extralimitando indebidamente su alcance, su extensión o su sentido. Así, en fallos anteriores este Tribunal ha sostenido que el abuso del derecho se configura por la

³ TRABUCCHI, G. Cian – A.. Commentario Breve al Codice Civile. Nona Edizione a cura di Giorgio Cian. CEDAM. Padova – Italia. 2009. Pág. 1442.

⁴ ALTERINI Atilio, AMEAL Oscar José CABANA, LÓPEZ Roberto M., Derecho de las Obligaciones, Rempresión, Abeledo-Perrot, 1996. Pag. 719/720.

deformación del contenido que legítimamente pueda corresponder al derecho en su ejercicio concreto, en una situación particular”.⁵

De esta forma vemos como la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario puede ser una eficaz herramienta contra los abusos cometidos usando la personalidad jurídica como escudo.

Finalmente, debemos señalar que si bien el sistema judicial busca la verdad real, también impone la vigencia de la verdad jurídica –esto es la formulada y hallada en el expediente-, la admisión de la verdad real solo puede hacerse en consonancia con la demostración aportada por la parte; si la misma no ha sido suficientemente capaz de formular y producir pruebas convincentes e idóneas para el caso planteado, no existe la posibilidad de que el órgano jurisdiccional supla esta omisión, sin grave desmedro del principio de disponibilidad e igualdad que rige en nuestro ordenamiento civil. Es por esto que la aplicación de la presente doctrina se debe realizar de forma muy restringida y cautelosamente según la casuística planteada ante el juez.

⁵. S.D. N° 33, de fecha 27 de abril de 2011. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala.