

NEUQUEN, 3 de mayo de 2023.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SUCESORES DE DEL RIO BENEDICTO DE JESUS C/ MERCEDES BENZ ARGENTINA S.A. Y OTROS S/ SIMULACIÓN"**, (JNQC16 EXP N° 218114/1999), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José NOACCO dijo:**

I.- El día 19 de abril del año 2021 se dictó sentencia, rechazando las distintas acciones oportunamente interpuestas.

La decisión fue apelada por la parte actora, quien expresó sus agravios mediante presentación web 5231, enfocándose en el rechazo de la acción subrogatoria interpuesta contra MERCEDES BENZ ARGENTINA S.A. y NUOROBERG S.A mediante la cual se les reclamaban los daños y perjuicios que le causaran a PANOU S.A habiéndose puntualizado los daños en la suma de U\$S 41.004.238,07, suma que según afirmó es la totalidad del pasivo verificado en el concurso preventivo de ésta última.

Destacó que PANOU SA por un lado se allanó a la acción de simulación, al igual que Carlos Ibarguen -codemandado- y por otro rechazó la acción de responsabilidad personal; contestaron los herederos del codemandado Padin y se declaró la rebeldía de MERCEDES S.A y en relación a ello reprochó que la sentencia no hubiera considerado los efectos de la rebeldía y el allanamiento en una pretensión de demandas múltiples, y que ello debe dar por resultado el reconocimiento expreso de ciertos y determinados hechos.

En esa senda expuso que el art. 60 del CPCyC dispone que cuando medie declaración de rebeldía, el juez está obligado a considerar la veracidad de los hechos lícitos invocados en la

demanda agregando que quien obtuvo la declaración de rebeldía, no se encuentra obligado a corroborar los hechos afirmados al demandar y si el juez tiene dudas, en la medida que no hubieran sido contradichos, debe estar a la veracidad de los mismo, subrayando que ni MERCEDES BENZ ARGENTINA S.A, ni NUOROBERG produjeron prueba en tal sentido.

Alegó que el allanamiento de PANOU SA, Ibarguen y Padin no podían tener otro efecto que el de reconocer los hechos invocados por su parte y todo ello ponía de relevancia la necesidad de recurrir al principio de las pruebas dinámicas.

Afirmó que no hay dudas que las causas que llevaron a la quiebra de PANOU S.A el 19 de marzo de 1999 tuvieron un origen anterior a esa fecha.

Explicó que su parte, en carácter de acreedor de Panou SA, requirió la indemnización de los daños y perjuicios que MERCEDES BENZ le ocasionó a la primera, pretensión que ejerció subrogándose en los derechos que le asistían a su deudora por esos derechos.

Frente a ella, tanto MBA S.A como Nuoroberg SA, de quienes destacan tuvieron el mismo abogado, plantearon la falta de legitimación del actor, señalando que la jueza le reconoció a su parte la legitimación para demandar, aunque luego estimó que la prueba no logró acreditar los hechos constitutivos de la pretensión los que consistieron en reprochar a aquellos la concreción de una política comercial, ejercida de manera hostil, cuya intención era hacer desaparecer a la concesionaria fallida.

Invocó que la sentencia sostuvo que la prueba pericial contable e informativa dan cuenta de que al momento que MBA "intervino" PANOU su pasivo superaba el nivel tolerable de endeudamiento y que en fecha septiembre del año 1995 varios bancos acreedores de Panou SA mantuvieron reuniones tratando la situación financiera de la concesionaria.

Frente a ese argumento de la jueza el recurrente sostuvo que se omitió considerar que en noviembre de 1995 el Banco Roberts otorgó un préstamo de U\$S 7.300.000, destinado a cancelar en primer lugar una hipoteca sobre inmuebles que luego fueron transferidos a MBA, luego una deuda con el mismo banco, gastos de escribanía y el resto para MBA SA por medio de dos cheques.

Reprochó que la sentencia no hubiera considerado las pruebas que -según sostuvo- acreditan que la vinculación con Maciel fue imposición de MBA SA y en esa senda la jueza restó relevancia a las declaraciones de los señores Lista Fraga y Echeverría, cuando en realidad el primero reconoció que fue contratado por Maciel para desempeñarse como gerente financiero de PANOU y que en esa tarea debía controlar a PANOU por el fuerte endeudamiento que tenía, participando por ello en reuniones con bancos sin participación de MBA SA y que el mismo testigo señaló que lo contrató la consultora de Maciel pero le pagaba PANOU SA, sosteniendo el mismo testigo que en las reuniones entre PANOU y MBA participaba Maciel expresando la voluntad de PANOU e Ibargüen no participaba.

Continuó con el testimonio de Lista Fraga de quien señaló que expuso que el señor Paoppi era cuñado de un directivo de MBA y su función era el control de gestión, luego el testigo Federico expresó ser director de asuntos legales de MBA y ser cuñado del anterior Paoppi y que si bien MBA no contrató a la consultora, en las oportunidades que él estuvo en Neuquén Panou SA fue representada por Francisco Maciel.

Agregó el recurrente que éste último a su vez expuso que en virtud de su relación con Panou se le encomendó que realice una serie de gestiones profesionales entregando el material que elabore a los bancos y a MBA pero no a Panou, todo lo cual a juicio del recurrente resulta llamativo.

Reprochó también a la sentencia que del testimonio de Parcheczuk omitió considerar que si bien declaró que Ibargüen

tomaba las decisiones en Panou SA, también afirmó que la consultora Maciel tenía peso por haber sido impuesta por MBA SA y que en definitiva una interpretación correcta debe llevar a concluir que Ibargüen participaba pero no tomaba decisiones.

Criticó en términos similares la interpretación que se hizo de los dichos del señor Paoppi, de quien resaltó el vínculo de parentesco que tenía con el gerente de asuntos legales de MBA SA, y que declaró haber participado en reuniones con bancos en su carácter de empleado de la consultora, reuniones a las que declaró concurría personal de la consultora y MBA SA y no de PANOU, datos que el recurrente cotejó con la prueba informativa del Banco Pampa.

También se quejó de las conclusiones de la sentencia en relación a la declaración de Estrada pues refirió que el testigo expuso que las ventas eran supervisadas por Ibargüen pero omitió considerar el hecho de que aquel afirmó que la consultora Maciel funcionaba como una auditoría dentro de la concesionaria sobre la venta de unidades y que además tenían control sobre la caja del concesionario, concluyendo de esto último que es una circunstancia que debe llevar a concluir la existencia del control de una sociedad sobre otra.

En relación a no tomar en cuenta la declaración de Brandauer bajo el argumento de que era extraño a Panou y a MBA SA, expuso que eso es un error porque el testigo fue titular de una concesionaria y ello lo llevó a vincularse con MBA SA en iguales condiciones que Panou, sin hacerse eco de que el testigo expuso que el acceso a los créditos hipotecarios era impulsado por MBA SA a través de una empresa vinculada con ésta y esa era la única forma de continuar como concesionaria.

Criticó que la jueza no haya interpretado conjuntamente los términos del contrato de management celebrado entre Panou y la consultora Maciel, del cual surge que la información que se recabara en la tarea de la consultora no sería



revelada a un tercero y luego la carta documento de Maciel reclamando honorarios impagos afirmaba que el contrato había sido celebrado con PANOU a instancias de MBA SA, calificando el señor Maciel a ésta última como requirente e incumplidora reiterada del pago de aquellos.

Reprochó que la jueza no haya concluido que en definitiva Maciel brindó información a MBA SA, pese a su obligación de confidencialidad, y esto le permitió procurarse el cobro de sus créditos y a la vez ampliar la deuda de PANOU SA.

En refuerzo de esa afirmación, citó que la perito Jamut dictaminó que el préstamo otorgado por el banco Roberts no guardaba relación con la situación patrimonial de Panou en septiembre del año 1995 y aun así se le otorgó, garantizado por MBA SA, siendo luego destinado a la deuda que tenía Panou con MBA .

Expuso que si bien MBA SA pagó el crédito al Banco Roberts, luego verificó esa suma como crédito a su favor de manera que se apoderó en su beneficio del crédito, usufructuó el dinero en su beneficio y luego de ello pagó la deuda utilizando la misma para continuar sometiendo la voluntad de PANOU SA.

Enfocó luego su queja en relación a la cuestión de la prenda de las acciones que efectuaron los socios de PANOU y sostuvo que no hay constancias respecto a qué obligaciones garantizaba y ello en definitiva importó la pérdida por parte de los representantes de PANOU SA de sus derechos políticos a favor de MBA SA, lo que también debe llevar a concluir que se trató de un abordaje impune de la empresa.

Aludió al reconocimiento de deuda y prenda de acciones formalizado por Carlos Alberto Ibargüen; Oscar Padin; Zlata Maria Varga y Maria Marta Padin, -obrante en los autos "PANOU sa S/ Incidente de revisión en autos PANOU SA S/ Concurso (expte. 60055/1998)- señalando que recayó sobre el 100 % de las acciones y

autorizaba a los depositarios, señores Milani y Federico a ejercer los derechos políticos y MBA apoderarse de las acciones.

Argumentó que ello tiene relevancia pues la jueza tuvo en cuenta que en las sociedades anónimas el directorio es el órgano necesario que tiene a su cargo la administración de los negocios de la sociedad, de modo que si se releva al directorio es imperioso preguntarse quién va a llevar adelante los negocios.

Se agravió que la sentencia no hubiera considerado la posición que adoptó MBA en las reuniones con las entidades bancarias, dilatando la solución de la situación de PANOU SA, comprometiéndose a continuar la vinculación con ésta, vinculación a la que finalmente se le dio de baja privándola de ese modo de la posibilidad de continuar con la actividad.

A continuación, formuló su interpretación acerca del informe del Banco La Pampa obrante a fs. 1021/1087, en cuanto señala que con fecha abril del año 1997 tuvo lugar una reunión, sin participación de PANOU, en la que MBA SA se comprometió a dar una respuesta a las exigencias de las entidades bancarias bajo dos pautas: 1° la revisión de los cash flow de PANOU por parte de MBA y FM & Asociados, y 2° que Ibargüen quedaría dentro de la estructura comercial pero sin injerencia en el área administrativa ni financiera.

Sostuvo con firmeza que las reuniones con las entidades bancarias se efectuaron sin la participación de los socios de la principal interesada y que si bien en apariencia buscaban reestructurar la deuda de PANOU SA, solo trasuntan una aparente intención de MBA SA de mantener con vida a PANOU SA.

Volvió sobre el modo de valoración de la prueba en la sentencia en crisis y se agravió que solo se mencionara de la prueba aquella que justificaba decidir que la presencia de MBA SA ante la crítica situación financiera de PANOU no revelaba injerencia en las decisiones estratégicas de la concesionaria.

Expuso que en la sentencia se afirmó "sin ruborizarse" que no era posible aventurar una opinión respecto a la influencia que MBA pudo tener en el agravamiento del estado financiero de PANOU y que tampoco se probaron que las medidas adoptadas en relación a la concesionaria estuvieran dirigidas principalmente a perjudicarla, excediendo el propio interés de MBA de resguardar los créditos que tenía en relación a PANOU y que conformaban su propio patrimonio.

Alegó que su parte demostró la intervención de MBA SA en PANOU, el desplazamiento de sus conductores naturales a través de la prenda de las acciones, y pese a ello la jueza desvió la atención afirmando que no se planteó de qué manera o a partir de qué decisión que PANOU no hubiera adoptado por el supuesto control, la ex empleadora pudo haber reordenado y superado su crisis financiera y aseveró el recurrente que en definitiva tampoco ello sería determinante para relevar a MBA SA de su responsabilidad en los efectos derivados de su intervención en PANOU SA.

Calificó de error que la sentencia afirmara que aun considerando la vinculación existente entre las distintas personas que relatara su parte al demandar, no logró acreditarse un accionar antijurídico que tuviera como intención perjudicar a PANOU SA, con el fin de satisfacer exclusivamente intereses propios de forma abusiva.

Aludió al art. 1166 del Código Civil en cuanto establecía que los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor con excepción a los inherentes a la persona de éste, lo que habilitó su legitimación y señaló como otro error que la jueza considerara que para establecer la responsabilidad de MBA SA se requiera el accionar antijurídico, la finalidad de perjudicar, la existencia de satisfacer intereses propios en forma exclusiva y abusivamente, pues no se trata de requisitos de la responsabilidad ni de la acción subrogatoria.



A continuación esbozó los requisitos que, a su juicio la doctrina nacional puntualiza para la procedencia de una indemnización y así enumeró la conducta ilícita; la existencia de un factor de atribución que puede ser subjetivo u objetivo; la producción de un daño y una adecuada relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Sostuvo que de las normas del código surge que no hay ilicitud sin conducta que, contraria al ordenamiento, pueda atribuirse a culpa o dolo del autor y agregó que esos principios también resultan útiles en la imputación causal para establecer qué hecho es causa y cuál no genera consecuencias imputables.

Argumentó que la antijuridicidad no es puramente formal de modo que no exige la infracción a una norma prohibitiva y que hay acuerdo en doctrina y jurisprudencia para señalar que en nuestro sistema de responsabilidad civil rige un concepto genérico de antijuridicidad, derivando de todo lo expuesto la regla de que es ilícito dañar a otro y es una regla que constituye un principio general del derecho.

Subrayó el concepto de relación de causalidad y enfocó que a partir de esa noción se puntualiza que para que un daño deba repararse jurídicamente es imprescindible que haya sido causado por quien resulta responsable, de modo tal que una determinada consecuencia pueda ser atribuida a la acción u omisión de una persona.

Sostuvo así que en nuestro derecho, la exigencia de la relación causal entre la conducta antijurídica y el daño, surgía del art. 1109 del Cód. Civil, por el cual debe responder quien ejecuta el hecho dañoso, y reiteró así que el hecho debe ser la causa del daño de manera que el daño debe existir en razón de haber existido el hecho antecedente.

Precisó que en nuestro derecho al momento de apreciar cuando un hecho es causa jurídicamente relevante de un daño, se

recurre a la teoría de la causa adecuada, que parte de que no todas las condiciones necesarias de un hecho son equivalentes.

Avanzó señalando que el juicio para determinar esa circunstancia debe hacerse en abstracto e implica un juicio de probabilidad, de modo tal que la causa es aquello que normalmente es idóneo para producir el daño, todo lo cual quiere decir que es causa lo que acaece según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos.

A partir de ese desarrollo conceptual retomó su afirmación acerca de que del proceso surgió la responsabilidad de MBA SA y de los directores de PANOU SA.

En primer lugar -dijo- la responsabilidad de MBA SA surge del control de hecho que desplegó sobre PANOU SA de conformidad a los hechos descriptos en la demanda y luego acreditados en este proceso que originaron todos los daños que llevaron a la segunda a desaparecer como empresa y perder todo su patrimonio.

Extendió la conclusión a la demanda por daños, basada en el cuestionamiento a la aplicación del art. 247 de la ley de contrato de trabajo efectuada por PANOU SA en perjuicio del señor Del Rio, a los directores de PANOU SA quienes resultan solidarios respecto al pago que se reclama pues la conducta de aquellos posibilitó la existencia de una sociedad quebrada que no pudo hacer frente al pago de aquel crédito.

En cuanto a esto último -continuó- al anunciar Panou SA la extinción del contrato de trabajo no incurrió en una conducta antijurídica que posibilite una demanda directa de daño contra los directores que colaboraron en la concreción de una situación ruinosa.

Expuso que en nuestro ordenamiento el empleador tiene una facultad prácticamente ilimitada de resolver sin causa la relación laboral, imponiendo la obligación de preavisar y pagar la

indemnización correspondiente pero en el caso, a partir de la situación ruinosa de PANOU SA que el recurrente imputa a la conducta de sus directores, no pudo acceder a la indemnización integral de modo que ello dio lugar a la posibilidad de reclamar el saldo de la misma que fuera desconocido por PANOU SA al haberlo indemnizado de conformidad al art. 247 de la LCT.

Reiteró que en cuanto a la acción subrogatoria el monto de la indemnización reclamada alcanza a la suma de U\$S 41.004.238,07 y/o lo que en más o menos surja del proceso de verificación concursal como constituyendo el pasivo de PANOU S.A. y que éste no ha podido afrontar debido al vaciamiento patrimonial provocado por MBA SA.

Dijo ratificar la reserva de caso federal y solicitó se revoque la sentencia.

Mediante presentación web 5394, la síndica contadora Mariana Saadi contestó los agravios y expuso que los argumentos no resultan suficientes para llevar a una decisión distinta a la expuesta en la sentencia de grado.

Tampoco tendrían ese efecto los allanamientos y la declaración de rebeldía a los que aluden los recurrentes, cuestión que no podría llevar a relevarlos de la carga de probar los hechos en los que sustentan la pretensión.

Planteó que la información brindada por las entidades bancarias evidenció la mala situación económica que atravesaba PANOU SA a partir de deudas con esas instituciones que eran reales y debían reestructurarse mucho antes de que la firma se presentara en concurso.

En relación a las ventas cuya revocatoria solicitara el actor, se remitió al acta n° 177 del 15 de septiembre del año 1995 en la que se transcribió la decisión del Directorio de Panou en punto a la necesidad de efectuar las ventas a MBA SA, destacando que no hubo observaciones ni impugnaciones que permitieran restar

eficacia probatoria al contenido de las actas o las escrituras, de modo que calificó de hipótesis sin aval probatorio, lo expresado por el actor al demandar.

Señaló que en su dictamen expuso que el informe brindado por la Asociación de Fábricas de Automotores señalaba que en el año 1995 se registró una disminución de ventas, que en relación al año anterior representaba un 51 % menos, lo cual implicaba condiciones de mercado desfavorables en relación a las finanzas y economía de la empresa.

Se refirió a la pericia contable llevada a cabo en extraña jurisdicción que dio cuenta de una disminución relevante de ventas por parte de MBA en relación a todas las concesionarias; la cancelación por parte de ésta de un crédito en carácter de co-deudor solidario de un crédito tomado a favor de PANOU; la existencia de una deuda de PANOU con MBA SA; la inexistencia de pagos registrados por MBA en relación a Nuoroberg y la adquisición de dos inmuebles pertenecientes a PANOU.

Luego de postular que en definitiva el recurso no representa una crítica razonada a la sentencia, solicitó su rechazo y la confirmación de la sentencia.

Mediante presentación web 5395 MBA SA, contestó los agravios y en primer lugar señaló que el escrito de expresión de agravios no efectuó una crítica a la sentencia, limitándose a expresar su desacuerdo con la decisión.

Subsidiariamente dijo contestar los agravios y llamó la atención en cuanto a que de todas las pretensiones de la demanda la parte actora solo se agravió por el rechazo de la indemnización en concepto de los supuestos daños que su parte habría ocasionado a PANOU por el reprochado, y sin embargo no probado, control por parte de MBA, lo cual evidencia que el único motivo de la demanda era obtener un enriquecimiento sin causa.



Expuso que el agravio en realidad se enfocó en fragmentos de algunos testimonios, los que a su juicio fueron valorados ajustadamente en la sentencia, y que el recurrente buscó aislar para torcer a su conveniencia y así acreditar una intromisión que no fue tal.

Señaló que el actor en realidad omitió toda referencia a lo informado por la sindicatura de la quiebra en su informe final, lo que no fue oportunamente cuestionado.

Agregó que fue evidente que no fue un solo banco el que manifestó la existencia de reuniones llevadas a cabo para "salvar" a PANOU SA y, que en esas reuniones la participación de MBA SA no ha resultado en una injerencia concreta en las decisiones que en definitiva adoptó PANOU SA.

Manifestó que la parte actora, sin fundamento, pretendió hacer responsable a su parte por la caída de PANOU SA, quien fue víctima del efecto Tequila y de su propia negligencia e inoperancia para mantenerse operativa.

Concluyó que el actor, sin legitimación de ningún tipo, y a través de una acción prescripta planteó una demanda pretendiendo la revocación de los supuestos actos simulados, y reclamó daños y perjuicios inexistentes a su parte, quien se limitó a tratar de brindar soluciones frente a la crisis económica y financiera de PANOU.

Dijo mantener reserva de caso federal y solicitó que se confirme la sentencia, con expresa imposición de costas.

Mediante presentación web 5420, contestó los agravios Nuoroberg S.A, y luego de un breve relato de la pretensión y la decisión de la sentencia, expuso que de la lectura de los agravios surge que la queja del recurrente es solo en relación a la acción intentada contra MBA SA.

Describió que en el recurso no hubo cuestionamientos o reproches que de algún modo controviertan la desestimación de la demanda en relación a su parte, de modo que se encuentra excluida de la queja que encarna el recurso.

En apoyo de su postura, señaló que la jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos, lo que en definitiva determina el ámbito de la facultad decisoria.

Continuó afirmando que el apelante en ninguna de sus alegaciones se alzó en contra de lo decidido por la sentencia en relación a Nuoroberg SA, ni presentó argumentos que puedan vincularse con los cuestionamientos que sí formula en relación a MBA SA, pero que no resultan extensivos a su parte.

Otorgó a esa circunstancia una trascendencia procesal decisiva, porque el silencio del memorial implicó desistir de la acción y declinar el recurso, con la confirmación de las razones en las que la jueza fundó su decisión en relación a Nuoroberg SA.

Solicitó se rechace el recurso y se confirme la sentencia.

A su turno, se presentó el doctor Jorge Arturo Gómez, por la representación acreditada en autos, y contestó los agravios destacando que sus representados adhirieron a la pretensión de la parte actora, a partir de considerar veraces los hechos que dieran lugar a la pretensión, pues tuvieron conocimiento directo e intervención personal, a la vez que fueron víctimas de las maniobras realizadas por MBA en perjuicio de PANOU SA.

Precisó que esa adhesión fue deslindando su propia responsabilidad, pues su intervención fue provocada por el abuso de la posición dominante de MBA SA como controlante de hecho de PANOU con origen en el contrato de concesión y su condición de monoproveedor.

En una senda similar a la expresión de agravios, sostuvo que hubo errónea valoración de la prueba y que la jueza omitió considerar el impacto del "Plan de Acción" diseñado y ejecutado por MBA SA que implicó la intervención de la sociedad y afirmó que la prueba, los indicios y las presunciones acreditan de qué modo se ejerció ese control y la forma en que se concretó el endeudamiento por encima de la capacidad económica-financiera de PANOU SA.

Aludió así a que el ingeniero Lista Fraga y el contador Bellavitis fueron seleccionados para fiscalizar PANOU SA y ya habían realizado esa tarea en otras concesionarias, vinculación que se acreditó con lo expuesto por la contadora Alonso en su dictamen en el que señaló que el primero fue empleado de MBA SA. y que llegó a tener facultad de veto sobre las decisiones de la concesionaria.

Expuso que la contratación de la consultora "Francisco Maciel y Asociados", elegida e impuesta por MBA SA, se materializó a través del "contrato de Mangement" que suscribió aquella con PANOU y a continuación sustentó la vinculación entre MBA SA y la consultora con la carta documento que Maciel remitiera a MBA SA reclamándole el pago de honorarios y las constancias contables informadas por la perito Alonso que dan cuenta de un pago de MBA SA a la mencionada consultora, por "*honorarios diagnóstico concesionario Panou SA*" de fecha agosto del año 1995.

Concluyó así que no solo existía una vinculación personal entre la consultora de Maciel y MBA, sino que existieron pagos a la mencionada consultora, y esos pagos realizados por MBA SA se superponen con lo que en principio debía pagar PANOU SA según el contrato de manegement lo que demuestra una simulación contractual para encubrir la intervención de la sociedad.

Relató que la consultora no solo elaboró un diagnóstico sobre la situación patrimonial de PANOU SA, sino que



diseñó un plan de acción aconsejando a MBA SA apropiarse de los principales activos de PANOU SA y Mercedes S.A bajo la forma de dación en pago, preñar las acciones de PANOU SA a favor de MBA SA, otorgar poderes a favor de personas de confianza de MBA SA para disponer de los bienes y las acciones antes mencionadas, modificar el sistema de comercialización de unidades con financiamiento bancario de modo tal que el dinero que ingresaba por ventas de PANOU SA se dirigiera a MBA SA sin ingresar de ninguna manera a la cuenta de la concesionaria.

Expuso que el circuito financiero diseñado por la consultora importaba que por cada unidad vendida con financiamiento prendario, MBA SA enviaba la documentación al banco que concretaba la prenda y el banco transfería el dinero directamente a MBA SA, privando de la liquidez que PANOU SA necesitaba para posibilitar su evolución comercial, operatoria cuya descripción efectuó el testigo Estrada.

Invocó los testimonios de Parceiczuk y Echavarria para sustentar la afirmación de que la incorporación de la consultora fue exigencia de PANOU, subrayando que Maciel tomaba decisiones en la empresa y en igual sentido citó el testimonio de Paoppi, de quien destacó su vínculo familiar con el señor Federico, quien en aquel momento era director de relaciones institucionales y titular del departamento de legales de MBA.

De éste último, rememoró que había desempeñado cargos relevantes en la estructura de MBA SA e intervino personalmente junto a otros directores en las negociaciones por la reestructuración del pasivo de PANOU SA, cuestión acreditada -según afirmó- con los informes que brindaron Citibank; Banco de La Pampa, Banco Finansur y el Banco General de Negocios.

Expuso que el Banco de La Pampa manifestó que el señor Federico era "... el n° 3 de MBA SA en el país", y que también refirió que Paoppi, y Maciel eran los referentes de Panou mientras

la concesionaria fue "*intervenida y administrada*" de hecho por la consultora, y agregó que ese informe se refiere a la consultora como "*a cargo*" de la administración de PANOU y Maciel y Paoppi como los intervinientes en la misma.

Detalló los términos de la declaración de Estrada de la cual extrajo que todos sus dichos demostraron, en forma inequívoca, que los fondos provenientes de las ventas que efectuaba PANOU se canalizaban directamente en las cuentas de MBA SA a raíz del circuito diseñado por la consultora, sin utilidades para PANOU SA, y fue ello lo que ocasionó el estrangulamiento financiero que perjudicó al resto de los acreedores que no pudieron cobrar sus créditos por las maniobras de MBA pues absorbió todos los fondos en su exclusivo beneficio.

Se aplicó a describir que medió por parte de MBA SA lo que denominó "*PLAN DE ACCION*" el cual, según sostuvo, fue implementado a partir de una recomendación de la consultora FM&A y que obra como prueba documental, cuyo objeto era la transferencia de la totalidad de los activos de PANOU bajo una compra venta simulada, pues lo que ocurrió fue una dación en pago forzada, bajo la coacción de la rescisión inminente de la concesión.

Expuso que los actos de vaciamiento patrimonial, a partir del plan de acción se ejecutaron en forma simultánea el día 1 de noviembre de 1995, y el hecho de haber sido instrumentadas el mismo día no obstante su distinta naturaleza evidencian, a su juicio, el control abusivo.

Enumeró en este último sentido, la suscripción del contrato de manegement con la consultora, la entrega de los inmuebles de PANOU SA donde funcionaban las concesionarias de General Roca y Don Torcuato, todo a partir de una simulación de ingresos y egresos de fondos ya que se trató de fondos que nunca salieron de MBA SA.

Expuso que la pericia contable dio cuenta de que el importe de U\$S 4.500.000 contabilizado como pago coincide con el precio por el cual se simuló la compra de los mencionados inmuebles y que la realidad subyacente del negocio no fue otra que la de transferirlos bajo la forma de compraventa, con la única finalidad de garantizar deudas que podía tener PANOU con MBA SA, sin que MBA haya tomado posesión de los bienes en razón de no necesitarlos ya que solo cumplían una función de garantía.

Agregó que la perito contable dictaminó que en el mes de noviembre de 1995 no hubo registraciones contables en MBA SA que hubiera adquirido dos inmuebles pertenecientes a PANOU SA.

Retomando la enumeración de los actos a los cuales reprochó el vaciamiento patrimonial, apuntó al reconocimiento de deuda y prenda de acciones que representaban el 100 % del capital social suscripto, del cual señaló la desmesura que reflejan sus cláusulas y ejemplifica aquellas donde se autoriza y delega a MBA SA, el ejercicio de los derechos políticos de la acciones dadas en prenda, delegando en funcionarios de MBA SA para que los ejerzan con facultades de apropiación de las acciones dadas en prenda.

Agregó que ese día PANOU, siempre exigida por MBA SA, debió suscribir una nota compromiso en la que "aceptaba" la implementación del "Plan de Acción" al que ya se hiciera mención.

En relación al crédito del banco Roberts que le otorgó esa entidad a PANOU SA, con aval de MBA SA, y luego de señalar que la empresa estaba al tanto de la situación financiera y patrimonial de la primera, el cual surge del balance al 30/9/1995 que arrojaba un patrimonio de U\$S 2.050.103,95, se preguntó de qué manera fue posible que el banco le otorgara un préstamo de esas características y a continuación afirmó que fue para que fuera usufructuado por MBA tal como se propusiera en el "Plan de Acción" elucubrado por MBA.

Explicó de qué forma fueron aplicados esos fondos concluyendo que fueron utilizados en beneficio de MBA para terminar contabilizando ese endeudamiento como pasivo de PANOU.

Afirmó que el plan de acción también importó el total reemplazo del personal administrativo por parte de personas que actuaban por cuenta y orden de la consultora FM&A y eso repercutió negativamente en el giro comercial de PANOU, creando perplejidad en los clientes y en los dependientes, pues de un día para otro debieron tratar temas con gente desconocida y así todo el mundo advirtió que se estaba frente a una verdadera intervención en los negocios de la concesionaria.

Sostuvo que esas medidas significaron para PANOU SA entrar en un virtual estado de liquidación, pues se despidieron a los principales vendedores y eso desarticuló la organización de venta y comercialización, provocó demora e ineficiencia en las cobranzas, caos administrativo; ausencia de balances; incumplimiento con los entes de recaudación y aumento de endeudamiento en forma desmedida.

A continuación se refirió a la transferencia de inmuebles de la sociedad Mercedes SA, sociedad familiar cuyos accionistas eran los mismos que los de Panou SA y expuso así que se concretó un acto simulado de compraventa de una chacra de 350 has., siendo el comprador aparente Nuoroberg SA, siendo ésta última una sociedad constituida en Uruguay cuyos directivos pertenecían al estudio jurídico Brons y Salas, abogados de MBA.

Relató que el precio fue depositado a favor de Mercedes SA en la cuenta de PANOU SA y en ese mismo acto PANOU lo depositó a favor de MBA y del Banco Francés para cancelar la hipoteca existente sobre uno de los inmuebles transferidos a Nuoroberg, otra parte a una deuda que mantenía con el banco Mayo, otra con "MBA Leasing" y por último a la amortización de gastos e

intereses del préstamo de 7,3 millones otorgado por el banco Roberts con aval de MBA.

En esa senda, sostuvo que podría decirse que el inmueble formalmente no era de Panou, pero sí de sus socios, y que quien lo adquirió es una firma ajena, sin embargo la realidad es que ese dinero fue destinado a MBA y que de no haber sucedido ello podría haberse destinado a solventar el pasivo societario ya que los integrantes de Panou eran personas de una larga trayectoria reconocida en el mercado y buscaban pagar sus deudas guardando la igualdad de los acreedores y respetando la ley concursal.

A todo lo dicho, agregó que de los informes suministrados por CTITIBANK, FINANSUR, BANCO GENERAL DE NEGOCIOS y el BANCO LA PAMPA, surge que se realizaron numerosas reuniones destinadas a regularizar el pasivo a través de un "Acuerdo Preventivo Extrajudicial".

En los mencionados informes, señaló, se aludió a que en esas reuniones participaron directores de los más altos niveles de MBA y también Maciel, citando a modo de ejemplo el informe remitido por el Citibank.

Señaló que las reuniones mencionadas no eran informales o episódicas como señalara MBA, sino la empresa llegó incluso a presionar a las entidades bancarias para que no se comprometiera su responsabilidad en los hechos que informaran a este proceso.

Entre las cuestiones ventiladas en esas reuniones expuso que MBA hizo propuestas concretas y de gran trascendencia económica, tales como mantener la concesión a PANOU, sostenerlo como principal proveedor de unidades para organismos del Estado, efectuar una quita de la deuda y estructurar un financiamiento especial para la provisión de unidades.

Concluyó que de la prueba producida surgió que MBA SA fue la responsable de las consecuencias dañosas derivadas de su

intervención y control sobre la administración, dirección y negocios de PANOU SA desde junio del año 1995 en adelante a partir del abuso de la posición dominante que le otorgaba el contrato de concesión ocasionando el desmantelamiento de PANOU SA.

Dijo remitir lo expuesto por su parte al iniciar la demanda del incidente de revisión promovido en el concurso de PANOU SA.

Se refirió al informe presentado por la sindicatura en el concurso de PANOU, en el marco del art. 39 de la ley de concursos y quiebra, en el cual afirmó que MBA no fue ajena a la crisis de PANOU pues al tomar conocimiento de la gravedad de la situación de la concesionaria comenzó a tomar medidas para resguardar sus propios intereses, imponiendo entre otras cosas metodologías de pago que solo beneficiaban a MBA.

Para finalizar, expuso que el accionar de MBA SA fue abusivo y quedó evidenciado a través de todas las pruebas, y que si bien el acuerdo simulatorio requiere acuerdo de partes, no existe cuando una de las partes somete a la otra a su preponderancia absoluta, y en definitiva terminó resultando una simulación fraudulenta impuesta en beneficio de MBA SA para perjudicar a PANOU SA y terceros acreedores.

Agregó que la participación de PANOU SA en este proceso, según se resolvió la jueza el 27 de diciembre de 1999, obedeció a su interés en la cuestión que iba a ser discutida al haberse puesto en crisis la validez de actos en los que participó, siendo que lo que se fuera a resolver podría redundar en su beneficio y en beneficio de la masa.

Añadió que la ajenidad de la sindicatura a las cuestiones que integraron este proceso, es lo que justificó la intervención de Panou en un proceso donde MBA tuvo una conducta contraria al deber de colaboración, omitiendo prueba esencial e

intimidando instituciones para que eviten expedirse en acontecimientos en los que tuvieron participación.

Solicitó que se haga lugar a la apelación teniendo por adherida a su parte a los agravios y los fundamentos que expusieron los recurrentes.

II.- En primer término y previo a adentrarme en el análisis del recurso, encuentro imprescindible efectuar un par de precisiones.

En ese sentido, teniendo en cuenta la multiplicidad de pretensiones introducidas al demandar, de la lectura del escrito recursivo se advierte que sólo viene cuestionado a esta instancia el rechazo de la acción por responsabilidad por los daños que se reprocharan a MBA SA y que el actor ejerciera por vía de acción subrogatoria.

Me interesa aquí acudir al concepto de congruencia y el modo que opera a partir del tránsito del proceso en el grado de apelación.

El principio dispositivo se encuentra presente en esta instancia en cuanto las partes son las únicas que cuentan con la facultad para provocar la actividad jurisdiccional y en ese sentido son ellas las que delimitan las cuestiones alrededor de las cuales el tribunal deberá decidir.

El modo de encuadrar el examen es a partir de los escritos en los cuales se interpone y funda el recurso, de modo tal que así como la jueza de grado debió comprender en su decisión lo expuesto por las partes en sus escritos iniciales, en esta instancia corresponde resolver teniendo en cuenta lo propuesto en la expresión de agravios.

De esta forma, el examen de segundo grado se ejercita solo en cuanto a las partes lo provoquen con su gravamen.



Azpelicueta y Tessone, enseñan: "...los límites impuesto por el principio de congruencia a la labor jurisdiccional se van angostando cuando el proceso trepa a la Alzada. La medida de la amplitud estará dada por el alcance que el propio recurrente imprima a la apelación en el escrito de interposición o en su fundamentación. De esta forma, así como el juez de primera instancia no debe apartarse de las piezas liminares del proceso, que contienen los actos instructorios de alegación, el tribunal de apelación se encuentra sujeto al escrito expositor de los agravios" (Azpelicueta, Juan José, Tessone, Alberto, "La Alzada. Poderes y deberes", Librería Editora Platense, La Plata, 1993, p.162.).

Y continúan los autores: "... se confronta, **en la medida de los agravios que concrete el apelante**, el contenido del decisorio recurrido con el material fáctico arrimado en la instancia de origen, con el objeto de determinar si el mismo ha sido o no correctamente meritado. De ahí que la instancia de apelación no tolere la deducción de nuevas pretensiones u oposiciones y que el órgano de apelación, ni aun a petición del apelante inserta en la expresión de agravios, podrá apartarse de los términos de la relación procesal."

"Se advierte, entonces, que el principio de congruencia exige a la Alzada prestar especialísima atención a dos estadios procedimentales, cuales son la traba de la litis, y el de interposición y fundamentación del recurso de apelación, pues **sus potestades decisorias sufren una doble restricción**, la que resulta de la relación procesal y la que el apelante voluntariamente imponga a través del escrito de interposición del recurso y de la pieza que contiene el desarrollo de los agravios. Ninguna parcela del decisorio recurrido podrá revisar si la impugnación no está contenida en estos últimos actos procesales; pero tampoco podrá resolver cuestiones novedosas o sorprendidas, introducidas por vez primera en la instancia de apelación" (ob.cit.pág.163)



Lo expuesto se refleja en el art. 271 del CPCyC: *"El Acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del Tribunal o los de la Sala correspondiente -según el caso- y del secretario. La votación se hará en el orden en que los jueces hubiesen sido sorteados. Cada miembro fundará su voto, **el que se emitirá sobre cada una de las cuestiones sometidas a decisión.**"*

De todo ello cabe concluir que se violaría el principio de congruencia si la sentencia se abocara al análisis de agravios que no se expusieron, pues en definitiva se trataría de cuestiones no propuestas al apelar o al exponer agravios.

Asimismo, existe otra cuestión previa, atento a lo expresado por el recurrente en relación a lo que expresa fue el allanamiento de PANOU SA e Ibarguen a la acción de simulación, la rebeldía de Mercedes SA y la contestación de los herederos de Oscar Ramón Padín.

En tal sentido, en el escrito de contestación de demanda de PANOU SA se lee: *"...mi instituyente se allana a la pretensión del actor que tiene por objeto la declaración de nulidad por simulación de los actos y negocios enumerados en la demanda, en tanto que solicito el rechazo del reproche responsabilizatorio contra PANOU SA, POR LAS SIGUIENTES RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO..."* (fs. 320).

Cabe destacar que la sentencia hizo lugar a la excepción de prescripción interpuesta por MBA SA en relación a la acción de simulación, sin que ello fuera objeto de agravios por parte del actor, de modo tal que esa pretensión ha quedado fuera del examen de esta Alzada por lo que los allanamientos no es que no se consideraran, sino que la resolución de grado respecto de la acción de simulación importó que no mediara pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

Por ello, y de conformidad al principio de congruencia antes expuesto, al no haber mediado agravio del actor

al respecto, esa cuestión vino firme a esta instancia de modo tal que no hay nada que decir respecto de los allanamientos que expresa el actor, pues el rechazo de esa pretensión, al haber prosperado la defensa de prescripción interpuesta por MBA SA está firme.

Sin embargo, y en relación a la acción subrogatoria por los daños y perjuicios que, según el actor, provocó deliberadamente MBA SA, los actos a los que se refería la acción de simulación fueron expuestos como uno de los indicios que darían cuenta de un plan confeccionado para salvaguardar los intereses de MBA SA en perjuicio de PANOU SA.

En cuanto a la virtualidad que podría tener ese allanamiento para dar por ciertos esos hechos, vale destacar que el allanamiento de PANOU; de Ibarguen y la rebeldía de MERCEDES SA, frente a la férrea negativa que formulara MBA SA, no pueden tener el efecto que pretende otorgarles el actor y luego por vía de adhesión a esos agravios el representante de PANOU SA e Ibarguen.

En ese sentido, cabe señalar que al ejercer Del Rio - ahora sus herederos- la acción en nombre de PANOU SA, el allanamiento de éste a **los hechos** que darían certeza a lo pretendido por el primero, debe examinarse con particular rigor, más a la luz de la negativa de esos hechos por parte de MBA SA.

Se plantearía una circunstancia similar a la que acontece en el caso de la absolución de posiciones, en las que la confesión del absolvente respecto de hechos que lo favorecen no llevan a tener por ciertas las circunstancias fácticas que comprenden esa declaración.

Así: *"Para otorgar a la confesión el alcance que pretende, los hechos mencionados debieron ser reconocidos por la otra parte, pues la confesión es la declaración que hace una parte respecto de la verdad de hechos pasados relativos a su actuación personal, desfavorables para ella y favorables para la otra parte.* (Palacio, Lino- Alvarado Velloso, Adolfo, Código Procesal Civil y

Comercial comentado, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, t. 8, pp. 239).

Al iniciar el estudio de esta prueba Devis Echandía señala: *"Hemos visto que la confesión es una declaración de parte, entendida ésta en un sentido formal procesal, es decir, como sujeto de la relación jurídico procesal en la condición de demandante, demandado o tercero interviniente. Sin embargo no todas las declaraciones de parte implican una confesión... una declaración oral de parte puede ser totalmente favorable a quien la hace o referirse a cuestiones de derecho, en cuyo caso tampoco contendrá una confesión... Es necesario, por lo tanto, distinguir entre declaración de parte (género) y confesión (especie), toda confesión es una declaración de parte, pero ésta no siempre es una confesión."* (Devis Echandía, Hernando "Teoría General de la Prueba Judicial" Buenos Aires, Victor de Zavalía, 1974, t. 1, pp. 579).

El autor continúa: *"Dicho de otra manera, hay confesión cuando los efectos jurídicos que de acuerdo con la ley se deducen del hecho sean opuestos a los que reclama la misma parte en ese proceso, o resulten favorables a los que persigue la parte contraria, cuando el proceso es contencioso"* (ob. citada pág. 586). ("V. R. A. C/ Y.P.F. S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. N° 350548/7) 22/3/12).

En este caso, no puede entenderse que PANOU SA sea una contraparte en relación a la acción subrogatoria de daños, pues lo que pretendió Del Río a través del proceso fue ejercer la acción que aquel no había ejercido.

Tan ello fue así, que de la lectura de la contestación de agravios que efectuara el representante de PANOU SA y de Ibarguen, surge que más que un co-demandado el mismo parece más un litisconsorte del actor, sin que esa circunstancia se haya verificado de ningún modo en el proceso, pues el allanamiento no

importa ejercicio de una pretensión propia sino el reconocimiento de la pretensión de otro.

En cuanto al alcance de la rebeldía, cabe señalar que si bien uno de los codemandados -Mercedes SA- no contestó demanda y consecuentemente quedó incurso en la situación procesal contemplada por el art. 60 del CPCyC, no puede soslayarse que otro de los integrantes del litisconsorcio pasivo -MBA SA- al contestar la acción, negó una serie de hechos que resultan comunes a la codemandada antes mencionada, como así también, y en lo que resulta el eje central del proceso, en lo relativo a la existencia de un plan de acción de tintes defraudatorios destinados a vaciar el patrimonio de PANOU SA.

Frente a un supuesto de litisconsorcio voluntario, las consecuencias de la situación procesal en que se encuentren los demandados rebeldes no se pueden extender a la codemandada, que sí contestó demanda, y cuya eventual responsabilidad no puede resultar de los hechos alcanzados por la presunción de veracidad que la mencionada situación acarrea, **sino de la prueba concreta del accionar ilícito reprochado.**

De no atenderse esa circunstancia se estaría colocando al litisconsorte pasivo que cumplió con la carga procesal de contestar la demanda en tiempo y forma, en la desventajosa posición de impedirle atacar hechos que resultan comunes, limitándose de tal modo el ejercicio de su derecho de defensa dándose por ciertas las circunstancias atinentes a la vinculación comercial o empresaria entre ambas accionadas y que fueran puestas en crisis por MBA SA.

Efectuadas las precisiones que anteceden, y atendiendo al escrito recursivo del actor, inicialmente he de examinar la cuestión sobre la que argumenta en el último tramo de su escrito y que se refiere a la relación de causalidad, pues

entiendo que ello es fundamental para el análisis de la cuestión apelada.

En orden a este concepto se ha señalado: “Uno de esos errores es de tipo científico antes que jurídico y consiste en no comprender que la Relación de Causalidad es solo una de las diversas formas de relación o dependencia, entre objetos del mundo material y entre sucesos y resultados del mundo jurídico. Otras de esas formas de relación son la interrelación, la correlación y la contingencia.

Una de las primeras falacias de esta temática, entonces, es no distinguir entre relación de causalidad y correlación.

No suele tenerse en cuenta que una correlación es una medida o grado de relación entre dos variables, mientras que una relación causal requiere -para ser tal- de una relación mucho más estrecha y afinada entre dos eventos, la que existe solo si la ocurrencia del primero lleva aparejado el otro, según un alto grado o coeficiente de probabilidad. En este caso, el primer evento es llamado causa y el segundo evento es llamado efecto o consecuencia.” (“Los enigmas de la relación de causalidad” Marcelo J. López Mesa elDial.com - DC1C60- 19/03/2014).

Continúa el autor: “...el nexo causal es una relación compleja entre dos variables; la causalidad es un vínculo cualitativo entre ambos eslabones de la cadena, lazo que precisa el sentido de la relación, el camino de la causa al efecto.

El problema es que no se puede inferir causalidad sobre la base de una correlación empírica. El hecho de que dos variables parezcan estar correlacionadas no necesariamente significa que una esté causando a la otra.

La correlación da un indicio de causalidad, mientras que la causalidad brinda una certeza de la existencia de correlación. Toda relación causal es una forma de correlación; pero

la inversa no es predicable, porque no todo supuesto de correlación configura uno de relación causal en términos jurídicos, ni mucho menos, en términos de causalidad adecuada.

Pero este indicio de causalidad que suministra la correlación, debe estar robustecido por otros elementos para ascender al rango de vínculo causal"

Asimismo, y en orden a afinar, el concepto también destaca: "Otro deslinde que debe efectuarse es el de dos términos que no son, tampoco, interdefinibles: contingencia y causalidad. Pues bien, el concepto de relación de causalidad es claramente diferente del de contingencia: dos fenómenos pueden ocurrir conjuntamente (relación de contingencia) y ello no significa que uno haya producido al otro (relación de causalidad)."

En este sentido, las expresiones del recurrente refieren concretamente a la necesidad de que la relación de causalidad exista, y al respecto López Mesa asevera: "La existencia de relación causal adecuada entre el hecho (u omisión del demandado) y el daño causado es requisito imprescindible o insoslayable de la responsabilidad civil. Es uno de los "pilares" de la responsabilidad civil."

"...El nexa causal -en el ámbito jurídico- es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño; constituye un factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso, el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa.

La relación causal consiste en el vínculo objetivo entre dos fenómenos, uno de los cuales (la causa) engendra otro (el efecto), bajo determinadas condiciones."



"Cabe aseverar así que "el nexo causal no es una vinculación meramente lógica y menos aún una relación mental de varios acontecimientos, sino el nexo legal, por cierto no perceptible, pero susceptible de ser captado mentalmente a través de la sucesión del acontecer real y, por tanto, es como tal, tan real como el acontecer mismo"

A continuación, el autor se enfoca en la cuestión de la probabilidad para señalar que con ello se refiere a la posibilidad de que un evento en particular exista y así: *"Tal cálculo de probabilidades debe estar sustentado en datos objetivos y verificables y debe tratarse la elegida como causa de una probabilidad relevante, sea estadísticamente, de acuerdo a prueba técnica colectada en la causa -lo que procesalmente constituye un indicio de causalidad, que sumado a otros o a otras pruebas, puede servir para acreditar el nexo- o, en caso contrario, según el principio de normalidad y las reglas de la experiencia. Pero, claramente, las determinaciones causales no pueden hacerse "a ojo de buen cubero" o según cualquier pretense procedimiento, con que se busque encubrir la más absoluta discrecionalidad judicial."*

*"...Así, **el análisis en la causalidad es enteramente objetivo;** el nexo de causalidad se establece según un análisis neutro, ajeno a toda valoración acerca de la justicia o injusticia de la situación generada; es un juicio que debe realizar el juez en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto, por lo que no se computa en él la mayor o menor formación o conocimiento del agente, ni sus conocimientos especiales."*

En relación a los caracteres que debe revestir la relación causal, puntualiza: a) debe ser cierta, destacando allí que un nexo casual excesivamente explicado con adjetivos y difícil de captar según el curso ordinario de las cosas apunta más a la existencia de una conjetura que de un verdadero nexo causal; b) debe ser directa entre la conducta del dañador y el daño de la



víctima, lo que en principio no genera mayor inconveniente, a excepción, de una causalidad mediata o indirecta, sin perjuicio de aclarar que en tal caso no cabe imputar esos daños, causados mediata o indirectamente, al agente primario; c) debe estar probada, indicando en relación a este requisito que la prueba puede surgir de lo que es normal o acostumbrado que suceda, según las máximas de la experiencia y señala allí que en ocasiones "*...la prueba de la inasible causalidad se satisfaga a través de presunciones de hecho precisas y concordantes para formar la convicción del juez: ... la causalidad es el dominio en que aparece de manera más clara que el derecho es un arte, y no una ciencia exacta ...*" y, por último, no debe estar interrumpido o fracturado, refiriendo allí al caso fortuito y la fuerza mayor; la intervención de un tercero, o la acción del propio perjudicado.

La extensa cita que antecede se justifica pues entiendo que es una herramienta ineludible para dar respuesta al agravio, ya que en definitiva lo que el apelante reprochó a la sentencia es una errónea valoración de la prueba que llevó a concluir que esa relación de causalidad no estaba probada, y por ello la acción de responsabilidad fue rechazada.

De la multiplicidad fáctica a la que el actor imputa el origen del daño que puntualiza en su reclamo, podría identificarse que ello se aglutina en el denominado "Plan de Acción", el cual a su juicio estructuró toda una serie de conductas posteriores destinadas a provocar el aumento del pasivo, el vaciamiento patrimonial, a través del abuso de la posición dominante que, según aseveró, MBA SA ejercía en relación a PANOU.

Explicitado de esa manera, y pese al modo que el recurrente propone para reconstruir la existencia de aquel plan y que los co-demandados, al adherir en los agravios, argumentaran en sustento de aquella postura, no advierto que la interpretación la prueba llevado a cabo por la jueza de grado presente los errores que le reprochan.



En esa senda, el razonamiento propuesto por el apelante, parte de ignorar las circunstancias económicas y financieras que condujeron a que en el año 1995 se llevaran a cabo una serie de actos con la intención de que la operatoria comercial de PANOU SA siguiera adelante.

Así, en la determinación de la causa del daño, examen que implica un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad, es preciso preguntarse si la acción u omisión del presunto agente -en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares-, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas.

En caso de ser afirmativo, y de conformidad a la experiencia diaria de la vida, se deberá concluir que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, y así se imputará al responsable.

En caso de ser negativo, la relación causal estará ausente, aunque considerado el caso en concreto pueda admitirse que dicha conducta fue también una *condictio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o, al menos, no de esa manera.

En palabra de López Mesa: *"...Es así que ningún hecho que no sea condición sine qua non del daño puede ser causa. Pero no toda condición sine qua non del daño es causa, ya que no basta que un hecho haya sido, en el caso concreto, condición sine qua non del daño, sino que se requiere además que, en virtud de un juicio de probabilidad, resulte la causa adecuada de ese daño."*

Aquí es que el informe de la síndico invocado por el recurrente en cuanto señalara que MBA SA no fue ajena a la situación de PANOU SA, es preciso interpretarlo conforme a una lectura integral del mismo, pues en su carácter de monoproveedor ciertos actos pueden haber asumido carácter de condición, o de correlación en palabras de López Mesa, pero no pueden elevarse a la

categoría de causa tal como requiere -y ampliamente señalara en los párrafos que anteceden- para la existencia de la obligación de indemnizar.

No se probó que haya mediado de parte de MBA SA una conducta destinada a disminuir los ingresos de PANOU SA, o una modificación del ámbito territorial en el que aquella desempeñaba su actividad. En este último aspecto, la locación de los inmuebles cuya venta se intentara atacar a través de la acción de simulación, más bien se puede interpretar como un modo de sustentar la operatividad comercial en el territorio en el cual Panou tenía su cartera de clientes y a la vez afrontar la deuda con la terminal.

Por otra parte, la rescisión de la concesión tampoco puede calificarse de intempestiva, pues acreditado como está que las dificultades financieras de Panou comenzaron años antes de que esto ocurriera, tampoco podría inscribirse como un abuso de posición dominante, y es a esto a lo que apunta la síndica y retoma jueza de grado cuando señala que la conducta de MBA SA no fue ejecutada con intención de producir el daño que se reclamara por vía de subrogación, sino como una conducta destinada a salvaguardar sus legítimos intereses.

En esa senda es que también cabe interpretar la invitación de los bancos acreedores en orden a la reestructuración de la deuda, ámbito en el cual entiendo que lejos de resultar un abuso de MBA SA, resultaba imprescindible su participación pues los compromisos que estuviera dispuesta a asumir, revestirían carácter ineludible para que las instituciones financieras pudieran efectuar proyecciones razonables en orden a planear una refinanciación de las deudas que seguía manteniendo la concesionaria.

La posición dominante reprochada por el actor y que se refiere al carácter de monoproveedor de MBA SA, es una condición ya existente desde antes de que se produjeran las dificultades financieras a partir del año 94'95' y no hubo pruebas, ni siquiera



fue alegado, que MBA SA aplicara respecto de Panou políticas injustificadamente gravosas o discriminatorias en relación al resto de las concesionarias que formaban su red.

Al respecto, el dictamen de la perito contadora Stella Maris Alonso exponía, al punto de pericia solicitado por MBA SA "XI) Si a partir del mes de enero de 1996, las operaciones realizadas entre MBA y sus concesionarios se asentaban contablemente en cuentas especiales, que para identificación se denominaban cuentas de gestión: y así se procedió también en relación a Panou SA" contestó: "A partir de enero 1996, se aplicó la Circular del 18.12.95. Las operaciones realizadas entre MBA y sus concesionarios se asentaban contablemente, en cuentas especiales, denominadas "de gestión", incluida la cuenta de Panou. Las cuentas de gestión responden a un sistema de cómputos llamado "aplicador automático", el que realiza la cancelación de las cuentas de los concesionarios en base a los siguientes parámetros..." a continuación formula una descripción detallada del sistema y, en lo que aquí me interesa destacar: "Si el procedimiento descrito en los puntos de pericia precedentes relativo a las cuentas de gestión e imputación de los pagos e intereses, fue aplicado uniformemente por MBA para registrar operaciones con todos sus concesionarios, a partir de 1.1.96" afirmó: "**El procedimiento descrito en los puntos de pericia precedente, relativos a las cuentas de gestión, fue aplicado uniformemente para todos los concesionarios,** a partir del 01.01.96 y en la forma descripta, que surge de la Circular del 18.12.95".-el destacado me pertenece-

En cuanto al testimonio de Parcheiczuk -fs. 1326/1329-, en relación al cual el recurrente destaca que se omitió considerar que éste afirmó que la consultora F; & Asoc. tenía incidencia de peso dentro de PANOU porque fue puesta por Mercedes Benz, y que Ibarguen participaba en las decisiones pero no las tomaba, es preciso destacar que de un análisis integral de ese

testimonio no es posible extraer la conclusión que sostiene el recurrente.

Parcheiczuk afirmó ser asesor de servicio, instructor técnico y asesor técnico de concesionaria, y su testimonio se dirigió a sustentar la importancia que tenía Panou como concesionaria en la época previa a tener dificultades financieras, y esa es una cuestión que no está controvertida.

Asimismo, al ser preguntado acerca de si su relación con los directivos de Panou era cercana, contestó: "Si."; a la pregunta: "En su caso si normalmente conocía la actitud de los mismos: Si"; luego si había exigencias de MBA SA en relación a Panou en la toma de decisiones señaló que en la última etapa los directivos estaban asesorados por la consultora FM y luego cuando declaró lo que destacara el recurrente en sus agravios acerca del peso de la consultora, lo que dijo el testigo fue: "Tenían incidencia de peso dentro de Panou porque fueron puestos por M.Benz, eso es lo que tiene entendido el dicente"; a continuación expuso que Ibarguen participaba en las decisiones y que el testigo nunca tuvo acceso a documentos concretos en los que constara la exigencia de MBA SA de contratar a la consultora.

En tal sentido, es que la interpretación del testimonio que funda la sentencia fue correcta pues de su lectura completa surge que Ibarguen no permaneció en una función meramente formal y que lo afirmado por el testigo en relación a la consultora fue solo por dichos, sin fundamentos concretos.

Luego y en relación a Estrada, de la lectura de su testimonio -fs. 1355/1360- surge que la razón de la contratación de la consultora "teóricamente" fue por el fuerte endeudamiento que tenía la empresa por la ejecución de los avales prendarios, cuestión de la que tuvo conocimiento por su trabajo allí.

Asimismo y cuando el recurrente hace hincapié en ese testimonio para afirmar que la consultora tenía control sobre la

caja, la pregunta formulada fue: *"Para que diga si la consultora trabajaba con autonomía dentro de la firma Panou"*, contestó: *"Si, tenía autonomía, tenía un sector para ello. Funcionaba como una auditoria dentro del concesionario en el cual se llevaban ellos un registro de unidades vendidas, cobradas y adeudadas. Tenia un control sobre toda la caja del concesionario"*, asimismo declaró que la relación entre Panou y MBA SA era conflictiva debido a las deudas que mantenía la primera con ésta última, que sus honorarios los abonaba Panou; que las decisiones empresariales las tomaba Ibarguen y que no le constaba que éste efectuara consultas previa a tomar esas decisiones.

Asimismo, expuso que la participación en las reuniones de Maciel con MBA SA, se debía a la relación conflictiva a la que aludiera en primer término y que por esa razón Ibarguen no participaba.

Luego de describir la operatoria comercial con los bancos y los avales prendarios, señaló: *"... si existía algún cupo de unidades para la venta de Panou, en caso afirmativo quien lo determinaba y de que manera: El cupo estaba relacionado al stoc de Mercedes Bens Si Panou percibia comisión por las ventas de esas unidades: lo que recibía no era comisión sino la diferencia entre precio concesionario y precio cliente. Quien determinaba la viabilidad de las operaciones de Panou? Todas las operaciones pasaban por las manos de Carlos Ibarguren. Había una gestión de venta firmada por el, sino no era viable la operación. Aclara el testigo que el Sr. Francisco Maciel no aprobaba operación de ventas"* y a continuación expuso que todo ese circuito se le informaba a Maciel para que este efectuara un control de como se había efectuado la operación, sin embargo del testimonio -a diferencia de lo que sostiene el recurrente- queda claro que no era él quien gestionaba o autorizaba la operatoria comercial.

De lo transcripto, nuevamente surge que el desempeño de Ibarguen no era exclusivamente figurativo como pretendió

construir en su planteo el actor para sostener un desplazamiento de éste y la implementación del reprochado control de hecho, y que tampoco la participación de Maciel en las tratativas con los bancos obedeció al mentado apartamiento sino a la conflictividad concreta que había a partir de la existencia de una deuda importante con MBA.

Lo expuesto se dirige a sustentar el modo que la jueza valorara las declaraciones, sin que la lectura parcializada que vuelca el recurrente conduzca a variar la conclusión y aquí resulta útil recordar que en orden a ponderar las pruebas los jueces no están obligados a pronunciarse exhaustivamente en relación a cada una de ellas, presentándose en el caso esta circunstancia por cuanto con los aspectos que la jueza señalara, aunque no transcribiera la totalidad de los testimonios, reflejó el núcleo de los mismos lo que sustentó correctamente su conclusión.

Luego, el recurrente también critica que no se examinara correctamente la cuestión del contrato de prenda de acciones que según señala, los accionistas de Panou SA se vieron compelidos a firmar y que al recaer sobre la voluntad social íntegra autorizaba a los depositarios a ejercer los derechos políticos y a MBA a apropiarse de las acciones prendadas.

Señaló que esa conducta de MBA SA es relevante: *"...a partir de lo que afirma la sentenciante al rechazar la demanda del actor, al afirmar que "...EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS, EL DIRECTORIO ES EL ÓRGANO NECESARIO Y PERMANENTE QUE TIENE A SU CARGO LA ADMINISTRACION Y LLEVAR A CABO LOS NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD..." de manera que si ese directorio se saca la administración de quien y los negocios de quien se llevan adelante" .*

Más allá de cierta confusión en la redacción del párrafo, razón por la cual se transcribió textualmente, entiendo que el recurrente se pregunta si el directorio es desplazado de quien serían los negocios que se administran.

Sin embargo, el reproche queda a mitad de camino pues no puntualiza qué operaciones llevaron a cabo Milani y Federico -sindicados como los autorizados a ejercer los derechos políticos que conferían las acciones- y de qué modo esas conductas llevaron ya sea a concretar el "Plan de acción" o a generar un pasivo de tal magnitud que impusiera la quiebra a Panou SA.

Vinculó luego, a partir de reproducir párrafos de la sentencia en los que se decidiera que la cesación de pagos no podía imputarse a un abordaje de hecho, practicado con hostilidad por parte de MBA SA, la circunstancia de que no se valoró adecuadamente la posición adoptada por ésta en las reuniones mantenidas con las entidades bancarias que -según reitera el recurrente- solo se dirigiera a dilatar la adopción de una solución posible y que encuentra probada con la contestación que formulara el Banco de La Pampa.

Al respecto, comparto también la conclusión de la jueza de grado en cuanto fundamentara que no está probado que por la participación de MBA SA en las mencionadas reuniones pudiera afirmarse la existencia de un control de hecho que según calificara el actor, resultaría prácticamente defraudatorio.

De la lectura de la contestación brindada por el mencionado banco, -fs. 1088- surge que funcionarios de la institución participaron de reuniones -sin poder afirmar si habían sido convocadas por MBA SA- para tomar conocimiento del endeudamiento de Panou y las posibilidades de estructurar alternativas de pago.

Detallaron la participación de Federico por parte de MBA SA, y de otras entidades bancarias mencionando al banco Roberts; Citibank, Bansud, Mayo Coop. Ltda., General de Negocios, Río, Boston General de Negocios, entre varios más y refirieron muy genéricamente que existieron "una serie de propuestas".

Al examinar la documentación que remitió el banco, se lee un informe elaborado por esa entidad, dirigido "A la Comisión Especial de Control y seguimiento de la cartera irregular", en la que la entidad bancaria alude a que existiría una categorización de acreedores que cada una de ellas sería destinataria de distintos tipos de refinanciación; y menciona también una propuesta de conformar un equipo administrador por 180 días liderado por Maciel; con tareas de control y gestión de aspectos comerciales, financieros y administrativos, la designación de un nuevo gerente general y que Ibarguen continuaría como gerente de ventas.

Estas circunstancias fueron informadas como tratadas en una reunión de abril del año 1997, aspecto que me interesa señalar pues de alguna manera contradice lo afirmado por el actor pues si la propuesta era poner a cargo a Maciel ello implica que hasta ese momento no lo estaba, cuestión que es coherente con lo declarado por Estrada que aseveró que las decisiones las tomaba Ibarguen.

Concurre en apoyo de lo expuesto la circunstancia del endeudamiento bancario de PANOU SA que también fue señalado por la síndico en sus informes y reiterado al contestar los agravios, subrayando que era preciso que esas deudas fueran reestructuradas y que en definitiva esa es la conclusión que cabe extraer de la prueba informativa y de lo que a través de las diversas declaraciones aportaron los bancos por ese medio.

La funcionaria agregó que al momento de brindar el informe en el expediente de la quiebra también profundizó el impacto que las condiciones económicas tuvieron en la necesidad de la concesionaria de buscar alguna vía que le habilitara solucionar conflictos patrimoniales cuyo origen cabe ubicarlo en aquellas condiciones y no en lo que la funcionaria califica de hipótesis de un accionar defraudatorio por parte de Mercedes Benz SA en perjuicio de PANOU, con la intención de provocar la falencia de la empresa.



Oportunamente, la Sindicatura expresó: -fs. 2737/2739 y 3363/3365 concurso y quiebra respectivamente, autos "PANOU SA S/ QUIEBRA" 173102/97-: *"Análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor: ...esta Sindicatura ha efectuado una serie de investigaciones y estudios, entre ellos un análisis de tendencia resultante de la comparación de los Estados Contables pertenecientes a la empresa, del que surgen algunos conceptos de interés... respecto de los activos se observa que de un valor contable de \$21.989.281 en septiembre de 1993, se produce un incremento a \$ 33.712.092 en el ejercicio siguiente (1994)... Los valores decrecen a \$ 21.536.208 en 1995, para experimentar un pequeño incremento en 1996 a \$ 22.725.726. De manera análoga evoluciona el pasivo empresarial, que lo hace en forma similar a lo que se ha observado con el Activo, pasando de \$14.660.018 al 30-9-93 a la suma de \$ 29.059.717 en 1994, a \$ 19.486.104 en 1995 y a \$ 22.000.287 en 1996...puede manifestarse que la empresa ha evolucionado desde el punto de vista patrimonial, manifestando un paulatino deterioro durante los últimos ejercicios, cuyas causas se tratarán de explicar más adelante, especialmente la incidencia del factores externos a la conducción de la empresa (efecto tequila) ."*

Destacaba *"... de una venta anual para 1994 de 937 unidades, la misma disminuyo al año siguiente (1995) a 342 unidades- Ello obviamente no fue sólo producto del manejo empresarial sino fundamentalmente del ya comentado efecto tequila"*

Agregaba: *"Estos acontecimientos pusieron de relieve que la dirección empresarial, como la de la mayoría de las empresas nacionales que operaban de la misma forma que PANOU SA, garantizando las operaciones crediticias de sus clientes-, no estaba preparada o no contaba con elementos para afrontar situaciones de crisis sorpresivas como la que se produjo con el efecto tequila.*

A partir de esa circunstancia MBA no fue ajena a la crisis de PANOU SA, ya que al tomar conocimiento de la gravedad de

la situación de su concesionaria comenzó a tomar medidas tendientes a resguardar sus propios intereses (como por ejemplo requerir la contratación de auditorías externas, comprar activos de PANOU SA para que ésta con dichos fondos cancelara deudas con MBA, modificar estructuras administrativas e imponer metodologías de pago que solo beneficiaban a MBA). Posteriormente las ventas cayeron a 93 unidades en el año 1996.

En esta instancia resulta imposible para Sindicatura aventurar una opinión respecto de la influencia que MBA tuvo en el agravamiento de la situación de desequilibrio como consecuencia de la situación de la Empresa Concedente (art. 33 de la Ley de Sociedades).

No obstante ello las causas iniciales de la cesación de pagos ya se habían manifestado con anterioridad por lo que Sindicatura considera que fue la crisis internacional y nacional del llamado efecto tequila y la falta de previsión lógica de estas situaciones por parte de la empresa, la que se constituyeron en factor determinante de estas situaciones por parte de la empresa, las que se constituyeron en factor determinante del desequilibrio económico de PANOU SA"

Luego y sin perjuicio de que la Sindicatura menciona algunas de las cuestiones en las que Del Río sustentara la acción, es preciso también destacar que MBA SA impugnó esas expresiones en las dos ocasiones sobre la base de argumentos similares a los que resistiera la pretensión en estos autos.

Asimismo, y respecto a esas afirmaciones tampoco la Sindicatura brinda los fundamentos concretos u ofrece apoyo probatorio que pudiera haber recabado de documentación de la empresa o de las pruebas que sustentaran los pedidos de verificación, informando que no puede "aventurar" una opinión al respecto pero sí aseveró sin dudas que las consecuencias del denominado "efecto tequila" fueron las que produjeron finalmente el

perjuicio sobre la estructura financiera y comercial de la empresa, y ello fue tan así que la fecha de la cesación de pagos fue fijada en el 8 de septiembre de 1995.

De todo lo hasta aquí expuesto y analizado, concuerdo con la jueza de grado en que la relación de casualidad que debía acreditarse no se encuentra presente, y que lo que si aparece es una correlación entre variables, cuestión que como señalara López Mesa es insuficiente para fundar la responsabilidad del agente a quien se imputa un daño.

En ese sentido, resultaría pueril afirmar que MBA SA no tenía una posición dominante en relación a PANOU y en esa senda es que entiendo cabe interpretar los dichos de la síndica invocados por el recurrente: *"... MBA no fue ajena a la crisis de Panou SA, en tanto que ante la gravedad de la situación de la concesionaria, comenzó a tomar medidas para el resguardo de sus intereses"* pues, repito, el carácter de monoproveedor es un elemento que aun cuando puede ser característico de una posición dominante, de ello no se deriva necesariamente que se haya verificado, en el caso concreto, ilicitud en el ejercicio de esa posición.

III.- Por los fundamentos expresados, propongo al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto, y confirmar la sentencia en cuanto fuera materia de agravio, con costas a cargo del recurrente (art. 68 del CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia en el 30% de lo reglado en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

La jueza Patricia CLERICI dijo:

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

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:



I. Confirmar la sentencia dictada el 19 de abril de 2021 (fs. 130/132).

II. Imponer las costas de Alzada a la parte recurrente vencida (art. 68, CPCyC).

III. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia en el 30% de lo reglado en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria