

De: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº <mafernandez@poderjudicial.gub.uy>
Asunto: BANCO HIPOTECARIO DEL URUGUAY Cedulón Nro 167/2019 IUE 2-57650/2005
Fecha: Mie, 6 de Marzo de 2019, 1:35 pm
Para: ANV3

CED-0003-000167/2019

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1 Turno CED-0003-000167/2019

PASAJE DE LOS DERECHOS HUMANOS 1309 MONTEVIDEO MONTEVIDEO

CEDULÓN

BANCO HIPOTECARIO DEL URUGUAY

MONTEVIDEO 6 de marzo de 2019.

En autos caratulados BANCO HIPOTECARIO DEL URUGUAY c/ GRUPO BARBONI y otros
COBRO DE PESOS Recursos Tribunal Colegiado P.E. 149/2018 - IUE N°: 0002-
057650/2005

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la/s providencia/s
que a continuación se transcribe/n:

DFA-0003-000106/2019, DFA-0003-000106/2019 SEF-0003-000027/2019 Tribunal de
Apelaciones en lo Civil de 1 Turno BANCO HIPOTECARIO DEL URUGUAY c/ GRUPO
BARBONI y otros COBRO DE PESOS Recursos Tribunal Colegiado P.E. 149/2018 0002-
057650/2005 MONTEVIDEO, 06 de marzo de 2019. SENTENCIA DEFINITIVA N° Min. Red.
Dra. Beatriz Venturini Montevideo, 6 de marzo de 2019.- VISTOS: Para sentencia
definitiva de segunda instancia, en estos autos caratulados: ???BANCO
HIPOTECARIO DEL URUGUAY C/ GRUPO BARBONI Y OTROS. COBRO DE PESOS.??? IUE: 2-
57650/2005; venidos a conocimiento de la Sala en mérito del recurso de
apelación interpuesto por la parte demandada, a fs. 11816 a 11881 vto., contra

la definitiva N° 27/2017 (fs. 11685 a 11782), dictada por la Sra. Ministra del Tribunal de Apelaciones de 6to. Turno, ex - Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno, Dra. Marta Gomez Haedo. RESULTANDO: 1) Por la recurrida ??? a cuya relación de antecedentes procesales útiles se hace remisión por ajustarse a las resultancias de autos ??? se amparó parcialmente la demanda y en su mérito, se hizo lugar al cobro de pesos solicitado por el BHU, condenándose a los demandados, en forma solidaria, a abonar una suma de dinero cuya liquidación se difirió a la vía prevista en el art. 378.1 del CGP, según las pautas establecidas en el Considerando VI). Asimismo, se hizo lugar a la indemnización por daño emergente, condenándose a los demandados, en forma solidaria, a abonar una suma de dinero cuya liquidación se difirió también a la vía prevista en el art. 378.1 del CGP, según las bases establecidas en el Considerando VI). Se ordenó que a dichas sumas se adicionaron los reajustes previstos por el Decreto-Ley N° 14.500 y los intereses legales desde la fecha de la demanda, sin especiales sanciones causídicas en el grado. Se desestimó la litispendencia opuesta por el BHU como defensa de fondo respecto a la reconvencción deducida por los accionados, así como el reclamo por concepto de lucro cesante y daño moral petitionado por la demandante, y la reconvencción deducida. 2) Contra dicha decisión se alzó la parte demandada, interponiendo recurso de apelación, articulando los agravios que surgen de fs. 11816, a 11881 vto.- Por un lado, criticó la errónea aplicación de las normas jurídicas, señalando que no se trataba de un grupo de interés económico, que no se le aplicaban las normas de la sociedad de hecho, por lo cual no correspondía la condena a ningún administrador, indicando que se había demandado a la persona física -Sr. José Fernando Barboni- como representante de las empresas y no como administrador. Además, la sentencia no distinguía en qué contrato o contratos de arrendamiento de obra, respecto de qué obra u obras, y qué contratista habría incumplido sus obligaciones. Por otro lado, cuestionó la valoración de la prueba, en este enfoque, sostuvo que el BHU no podía reclamar (y no lo hizo en su demanda) la existencia de fraude cuando el supuesto e inexistente motivo era de su pleno y absoluto conocimiento, lo había descartado como tal, adjudicó la licitación a las contratistas y celebró contratos de arrendamiento con éstas para ejecutar las obras respectivas. Además, la sentencia de autos condenaba al Sr. Barboni como administrador de sociedades que integraban el grupo de interés

económico de hecho, sobre la base de descartar indebidamente la aplicación de la norma sobre responsabilidad de los miembros de dicho grupo expresamente prevista en el artículo 495 de la Ley N° 16.060 y, a su vez, por el contrario, aplicaba erróneamente a los grupos de interés económico las normas sobre responsabilidad de los miembros de las sociedades de hecho. También, dirigió su embate crítico a la conclusión que las contratistas, que habían recibido anticipos por las obras, habrían incumplido una inexistente obligación de adquirir la totalidad de los materiales acopiados al momento de entrega del anticipo. Además, la sentencia consideró en forma equivocada que existió atraso en los cronogramas de obras por parte de las contratistas demandadas, porque la prueba consistía en las actas que se realizaron por funcionarios del BHU, sin notificación, ni presencia, ni vista de las contratistas. Asimismo, relevó que los incumplimientos del BHU en el pago de certificados de avance de obra no habían sido posteriores a supuestos e inexistentes incumplimientos de las contratistas demandadas.- 3) La parte actora evacuó el traslado del recurso de apelación, abogando por la confirmatoria en los términos de fs. 11906 a 11965 vto.- 4) Por providencia N° 1764/2017 (fs. 11967) se franqueó la apelación, con efecto suspensivo, para ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil que por turno correspondiera. 5) Asignado el Homólogo de 3° Turno (fs. 11982) y recibido los autos por esa Sala el 22/06/2018 (fs. 11983), por providencia de fecha 28/06/2018 se declinó competencia para ante este Tribunal por haber prevenido (fs. 11984). Recibidos los autos el 16/07/2018 (fs. 11989) y tras el estudio de precepto, se resolvió emitir decisión anticipada al amparo de lo dispuesto por el art. 200.1 del CGP. CONSIDERANDO: I). El Tribunal por unanimidad habrá de confirmar la sentencia apelada, salvo en cuanto a la condena solidaria, en lo que se la revocará y, en su lugar se condenará *in solidum*, en mérito a las siguientes consideraciones. II). La parte demandada perdedora enuncia de fs. 11816 vto. a 11818 vto. los aspectos básicos de la sentencia atacada que le causan agravios Afirma que: La sentencia considera que existió un inexistente grupo de interés económico de hecho y aplica en forma equivocada las normas de sociedad de hecho a un supuesto grupo económico que, precisamente por definición no es una entidad societaria. La sentencia erróneamente considera que existió un solo contrato o un conjunto de contratos conexos entre sí que permite considerar incumplidor a una parte que ha cumplido

con todas sus obligaciones. Debió determinar a la contratista responsable para luego propalar la responsabilidad si es que correspondiere. En cambio, en forma equivocada, considera a todas las contratistas incumplidoras de todos los contratos, lo cual es erróneo. La sentencia considera equivocadamente que las contratistas que recibieron anticipos para las obras CH A 105, A 106, A 107, y A 108 (El Pinar) y CH B 47 (San Carlos) habrían incumplido una inexistente obligación de adquirir la totalidad de los materiales acopiados al momento de entrega del referido anticipo. La sentencia considera en forma equivocada que existieron atrasos en los cronogramas de obras por parte de las contratistas demandadas. Puntualmente que la ejecución de la obra CH 277 fue cedida a la contratista ya con importantes atrasos, obviamente no imputables a su parte, en octubre 2002, en cesión que fue consentida en tales circunstancias por el BHU. Y con relación a las obras CH A 105, A 106, A 107 y A 108, la realización del muro perimetral que produjo la demora en las obras, fue exigida por el BHU y la IMC fuera de lo previsto en el proyecto original. Finalmente, la sentencia considera erróneamente que los incumplimientos del BHU en el pago de certificados de avance de obra fueron posteriores a supuestos e inexistentes incumplimientos de las contratistas demandadas. La sentencia formula una indebida justificación en las razones de público conocimiento -la crisis financiera del sistema bancario y en especial de BHU- siendo que en nuestro derecho rige la regla pacta sunt servanda y no se admite la teoría de la imprevisión. III). Estima la Sala que no le asiste razón a la apelante, salvo en cuanto a las consideraciones sobre la existencia de una sociedad de hecho y la consecuencia de la condena solidaria, y por el contrario existe en el caso un grupo económico, formado por todos los demandados, correspondiendo la condena a todos por el todo, esto es, *in solidum*. En efecto, esta cuestión, que atañe a la legitimación pasiva, lleva a la Sala a considerar que, si bien es cierto que se demandó a las diversas sociedades y al Sr. Barboni, persona física, como integrantes de un conjunto económico, la Magistrada actuante Dra. Gómez Haedo adhirió a la postura de los Profesores Jaime Berdaguer y Jorge Luis Gamarra, en consulta agregada, y la consideración de la existencia de sociedades de hecho, al tenor de lo dispuesto por el art. 500 LSC y, por eso, les aplicó el art. 39 que establece la responsabilidad solidaria. Sin embargo, este Tribunal en su anterior integración, y las actuales

integrantes de la Sala Dras. Nilza Salvo y Beatriz Venturini cuando eran titulares del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14^a Turno (Sentencias Nos. 2/1997 y la recaída en autos "GARRONE, HECTOR EDGARDO Y OTROS C/ COOPERATIVA DE PROPIETARIOS DE AUTOMOVILES CON TAXIMETRO DEL URUGUAY Y OTROS ??? COBRO DE PESOS", IUE: 2- 16347/2005), así como la integrante de la Sala Dra. Teresita Maccio, coinciden con lo señalado en Sentencia 194/2007: ???Sobre esta temática ya se pronunció reiteradamente el Tribunal y en sentencia N° 194/2007 dijo que: ?????? la existencia de un grupo o conjunto económico no es razón suficiente ???per se??? para ???correr el velo??? o, más técnicamente, para declarar la inoponibilidad de la personería jurídica, ya que ello requiere que esta última se haya utilizado con fraude y en perjuicio de los derechos de los acreedores (art.189 Ley N° 16.060). - ???En efecto, como sostiene Nicolás Herrera ese hecho (la existencia de grupo o conjunto económico) no amerita por sí solo la aplicación de la teoría del disregard of legal entity. Así, afirma que: "Todo aquél que contrata con una sociedad comercial con personería jurídica (nos referimos especialmente a las que consagran la responsabilidad limitada de socios o accionistas por las deudas sociales) conoce el alcance jurídico de sus actos y la responsabilidad jurídica de la sociedad le es totalmente oponible. Hay que probar el abuso de ese derecho genérico de la personalidad jurídica con todo su contenido y consecuencias jurídicas". "Pero más aún, en este aspecto del conjunto económico o, en forma más genérica, la concentración de empresas es necesario realizar algunas puntualizaciones en cuanto a la posible "comunicación de responsabilidad" entre las distintas sociedades del grupo. En el análisis de la vinculación o concentración de sociedades son fundamentales dos aspectos: a) la unidad o autonomía de decisión o dirección (v.g. el control, la subordinación o coordinación); b) la unidad económica patrimonial o conjunto económico propiamente dicho". "El elemento control por sí solo no es un fundamento suficiente para suponer un abuso de la personalidad jurídica (habrá atipicidad, pero no ilicitud) ni para hacer responsables a las demás sociedades vinculadas o a la controlante. Si no existe un perjuicio patrimonial para la sociedad controlada, un perjuicio a sus acreedores, un desvío del objeto social o el interés social en favor de las otras sociedades en perjuicio de la controlada no existirá abuso de la personalidad jurídica. Así, por ejemplo, la mera existencia del control en el

derecho estadounidense no autoriza a imputar responsabilidad a la controlante por los actos de la controlada". "Asimismo cuando exista una superposición patrimonial, una confusión entre los patrimonios jurídica y teóricamente independientes de las sociedades vinculadas, el abuso, el hecho ilícito fluirá claramente cuando esa confusión se opere en fraude a la ley, o para eludir responsabilidades u obligaciones contractuales o extracontractuales (causando un daño): "(Anuario de Derecho Comercial, N°1, "Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho???, p.68 y 69). - ???Las consideraciones expuestas son perfectamente aplicables hoy en día vigente la Ley N° 16.060 que, por un lado, regula hipótesis de sociedades vinculadas, controladas y controlantes sin establecer que dichas situaciones generen responsabilidad frente a terceros (en el sentido que no son integrantes de la sociedad, por ejemplo: los acreedores) (arts. 47 a 51) y que, por otro, reclama el uso de la sociedad en fraude a la ley o para violar el orden público o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros para prescindir de su personalidad jurídica (art.189), por lo que la eventual responsabilidad del conjunto o grupo económico solo puede hacerse efectiva por la vía de este último instrumento (disregard of legal entity)???.- En consecuencia, incluso compartiendo que todos los demandados y el Sr. Barboni (que además representa a todas las sociedades), forman un conjunto económico, no corresponde la condena solidaria de todos sus integrantes porque el solo hecho del incumplimiento de los contratos celebrados con el BHU no implica existencia de fraude, a lo que cabe agregar que ???como se postula al apelar la existencia de diversas sociedades para eludir prohibiciones de los pliegos era (o debía ser) de conocimiento del BHU.- Igualmente, desde el enfoque adoptado en la sentencia de primera instancia, en particular si se considera la operación económica encubierta por los diversos contratos, bien se puede concluir que el BHU los celebró a todos con el Sr. Barboni, a través de las distintas sociedades que éste administraba. - En esta consideración, en opinión de la Sala, todos los demandados responden por el todo, esto es, ???in solidum??? (Véase Beatriz Venturini y Marcela Tabakian- La condena ???in solidum??? en la jurisprudencia Uruguaya reciente RDJC Año V Tomo V), y sin considerar, por no corresponder, que la parte demandada en oportunidad de tentarse una transacción que, en definitiva, no se concretó, reconoce la

solidaridad (véase la P. 11 a fs. 6605, y la sentencia a fs. 11.717). IV). Estima el Tribunal, que si bien no hay agravios sobre este punto, todo lo que se expone de fs. 11.721 a 11.727 de la sentencia en análisis, es transcripción de la sentencia del TCA, Nro. 764 de fecha 15 de octubre de 2015, que luce de fs. 11.444 a 11.468, y por la cual se rechaza la acción de nulidad del acto administrativo del BHU que dispuso la rescisión de los contratos, decisión que, según se sostiene en primera instancia, hace cosa juzgada e impide examinar la legitimidad del acto impugnado, de lo que se deriva que corresponde tener por resueltos los contratos desde el 26/4/2005. Nótese que, oportunamente, se dispuso tener como cuestión prejudicial (art. 305 del C.G.P.) el accionamiento promovido por los demandados ante el TCA, y suspender el proceso hasta la decisión por ejecutoria del proceso anulatorio referido (véase Resolución Nro. 675 de 27 de abril de 2015 a fs. 11.439 y vto.).- Y si atendemos a lo dispuesto en la Sentencia del TCA referida, la cuestión de los atrasos en el cronograma de obras de las correspondientes a los Complejos Habitacionales A 105, A 106, A107, A108 y B 47, ?????? los incumplimientos de las empresas cocontratantes, en los cuales se fundó la rescisión de los contratos dispuesta unilateralmente por la Administración, se encuentran acreditados??????, y ello sella la suerte del agravio de la apelante sobre esta cuestión. De la misma forma no es de recibo el agravio referente a no haberse efectuado los acopios conforme los adelantes recibidos al efecto. Por ello el TCA estimó que era legítimo el acto rescisorio de la Administración dispuesto por la Resolución del B.H.U. Nro. 330/12 del 20 de setiembre de 2012 y en ambos puntos existe cosa juzgada. V). Estando a la misma sentencia, con respecto a los incumplimientos de la Administración alegados por la accionante, -parte demandada en estos autos-, ellos no fueron objeto de análisis porque se entendió que: ???quedan fuera de la órbita de competencia??? del TCA, y, por ello no hay cosa juzgada al respecto. Es interesante esta postura del TCA, la cual fue transcripta en la sentencia de primera instancia a fs. 11.728, y se señala que dicho Tribunal sostuvo que no había ilegitimidad en el acto de rescisión, pero agregó que no le correspondía examinar si había habido incumplimiento de la Administración (ver fs.11.728). Parece que esta afirmación obedece a que el TCA entendió que era lo mismo ejercer el derecho de receso o desestimiento unilateral que rescindir un contrato por incumplimiento, puesto que de otro modo para juzgar

la legitimidad del acto habría que haber analizado también si el BHU había incurrido en incumplimiento o no antes que lo hiciera el Grupo Barboni, o quizás porque se entendió que de las actuaciones en el Juzgado Civil de 2do. Turno, surgía que ambos contratantes tenían voluntad de rescindir los contratos y la distinción está en la cuestión de la imputabilidad del incumplimiento, órbita jurisdiccional relegada exclusivamente que la competencia civil (ver de nuevo fs. 11.728). Por ello en la atacada se señala que la cuestión de la imputación del incumplimiento no fue objeto de pronunciamiento por el TCA. Sin embargo, tampoco son de recibo los agravios de la perdidosa sobre este punto. En efecto, fuera del ámbito de la cosa juzgada, la Sala comparte el análisis de la prueba producida, efectuado por la sentenciante de primera instancia. En cuanto a lo referente a los acopios, la apelante hace afirmaciones que no fueron realizadas en la sentencia atacada, en particular que se tenía que tener todos los materiales correspondientes al anticipo por acopios. Por el contrario el fallo analiza muy bien el tema conforme a la pericia del Arq. Vidart - informe a fs. 10.578 y ss en P. 36 y audiencia en P. 38 fs. 11373-. Este perito Arquitecto, que inspeccionó todas las obras y los supuestos lugares de acopio, concluyó que no existían tales acopios y no puede pretender el apelante que obraban en poder de los proveedores. Coincidentemente, el perito Cr. Jupiter Pérez -fs. 10321 y ss.- concluyó que se hicieron adelantos por U\$S 3.000.000 de los cuales U\$S 2.000.000 no se sabe donde fueron. A su vez son compartibles las conclusiones sobre esta temática de la Consulta del Prof. Delpiazzo, que acompañó el BHU al contestar la apelación -véase fs. 11904 a 11905 ??? en los literales c, d y e, y, siempre fuera del ámbito de la cosa juzgada, en que se coincide con las pericias cuando señalan que las demandadas no efectuaron los acopios en tiempo razonable y, fundamentalmente con antelación al enlentecimiento en el pago de los certificados de avance de obra. VI). La correcta conducta de las partes en el grado no amerita la imposición de especiales condenas (arts. 688 C.C. y 56 y 261 C.G.P.). Por los fundamentos expuestos, normas citadas y lo dispuesto por los arts. 197, 198 y 257 del C.G.P., el Tribunal F A L L A: CONFÍRMASE LA SENTENCIA APELADA SALVO EN CUANTO CONDENÓ EN FORMA SOLIDARIA A LOS DEMANDADOS, Y, EN SU LUGAR, SE LES CONDENA A TODOS POR EL TODO ???IN SOLIDUM???. SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN LA INSTANCIA. HONORARIOS FICTOS: \$ 50.000. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE DRA. NILZA SALVO ???DRA.

TERESITA MACCIO ??? DRA. BEATRIZ VENTURINI ??? MINISTRAS ??? ESC.ROSARIO
FERNANDEZ RUBILAR -SECRETARIA ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL MARIA DEL ROSARIO
FERNANDEZ RUBILAR SECRETARIO I ABOG - ESC .
