

//tencia N° 563

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, ocho de mayo de dos mil diecisiete

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"SILVA GIMÉNEZ, Heber y otro c/ BORGES ARIAS, Mariana y otro. Impugnación de asamblea y disolución de sociedad. Casación"**, IUE 2-50577/2013, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por el representante de la parte actora contra la sentencia identificada como SEF 3-116/2016, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1^{er} Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 27/2015, la entonces titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19° Turno, Dra. Beatriz Tommasino, acogió la demanda y, en su mérito, declaró la nulidad de las decisiones adoptadas en la asamblea extraordinaria de Fabricor S.A. del 17.12.2013 y condenó a la administradora Mariana Borges y, en forma solidaria, al accionista Carlos Hernández por haber incurrido en responsabilidad en el ejercicio de sus respectivos cargos de Administradora-Directora y de Accionista-Director, de hecho, de Fabricor S.A. por los daños y perjuicios irrogados a los

demandantes, cuya liquidación derivó a la vía del art. 378 del C.G.P. Asimismo, dispuso el cese de Mariana Borges en el cargo de Administradora de Fabricor S.A. y declaró la disolución judicial de la sociedad. Todo, sin especial condenación procesal (fs. 606-626).

II) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1^{er} Turno, integrado por las Sras. Ministras, Dras. Nilza Salvo, Teresita Macció y Beatriz Venturini, órgano que, por sentencia definitiva identificada como SEF 3-116/2016, dictada el 31 de agosto de 2016, confirmó la sentencia apelada, excepto en cuanto condenó a Mariana Borges y a Carlos Hernández, en forma solidaria, al pago de daños y perjuicios, en lo que revocó y, en su lugar, desestimó la demanda en este aspecto, sin especial condenación procesal (fs. 721-725).

III) El representante de la parte actora interpuso recurso de casación (fs. 729-732vto.).

Sostuvo, en lo medular, lo siguiente:

1) La Sala infringió los arts. 83, 391 y 394 de la ley 16.060 al entender que los accionistas no tienen legitimación para ejercitar por sí mismos la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad. El art. 83 establece la

obligación de los administradores de actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. La acción dirigida a hacer valer la responsabilidad de los administradores es conferida tanto a la propia sociedad como a los socios. A su vez, el art. 391, para las sociedades anónimas, prevé que los administradores o directores de la sociedad respondan ante la sociedad, los accionistas y los terceros, mientras que el art. 394 establece que los accionistas pueden ejercer la acción social de responsabilidad siempre que se hubieran opuesto a la extinción de responsabilidad.

Sus representados poseen el 48,37% del capital social y se opusieron a todas las resoluciones adoptadas en la asamblea del 17 de diciembre de 2013 (entre las que se encontraba la aprobación de la gestión de la administradora). También emplazaron a la sociedad para que tuviera la oportunidad de ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 393 de la ley 16.060.

Dado que las dos sentencias de mérito entendieron que Carlos Hernández había actuado como director de hecho de la sociedad, corresponde que también se lo condene al pago de los daños y perjuicios.

2) La Sala infringió el art. 56 del C.G.P. porque no condenó a los demandados al

pago de las costas y costos del juicio.

3) En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se confirmara el pronunciamiento de primer grado.

IV) La representante de Carlos Hernández evacuó el traslado del recurso de casación abogando por su rechazo (fs. 737-745).

V) Por providencia del 12 de octubre de 2016, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1^{er} Turno resolvió conceder el recurso de casación para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 747).

VI) El expediente se recibió en la Corte el 21 de octubre de 2016 (fs. 751).

VII) Por providencia N° 1779/2016 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 752vto.).

VIII) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia hará lugar al recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anulará la sentencia recurrida y mantendrá firme el pronunciamiento de primer grado.

II) En el caso, Heber Silva y Myrian Roetti impugnaron las resoluciones de la asamblea

general de accionistas de Fabricor S.A. y demandaron a Carlos Hernández, en su carácter de accionista mayoritario de la sociedad, por haber votado favorablemente la resolución que dispuso la aprobación de la gestión de la administradora, así como por haber votado negativamente la moción de disolución de la sociedad. También lo demandaron por abuso del derecho de voto y conflicto de intereses.

Demandaron, además, a Mariana Borges, en su calidad de administradora de la sociedad, por los daños y perjuicios causados por el mal desempeño de su cargo y abuso de facultades, con dolo o culpa grave.

Asimismo, solicitaron que se declarara la disolución de Fabricor S.A.

Para justificar su legitimación activa, invocaron ser accionistas de la sociedad (titulares del 48,37% de las acciones) y agregaron que no votaron favorablemente las resoluciones de la asamblea del 17 de diciembre de 2013 (art. 367 de la ley 16.060), (fs. 73-74).

III) En cuanto a la legitimación activa.

En forma liminar, cabe señalar que si bien la jueza "a quo" se refirió a los daños y perjuicios "irrogados a los accionistas" (fs.

626), la Sala Civil de 1^{er} Turno expresamente indicó: "En definitiva los daños reclamados por los actores serían daños causados a la sociedad, por lo cual los actores carecen de legitimación para reclamarlos, en tanto no son administradores de la misma y por ende no la representan (...)", (fs. 724vto.). Esto es, la Sala entendió que la pretensión impetrada era la acción social de responsabilidad, lo que no fue impugnado en casación y, en consecuencia, no puede ser analizado por la Corte.

Se trata, además, de una cuestión que la propia recurrente admitió expresamente al fundar su legitimación en el art. 394 de la ley 16.060 y al señalar: *Si el accionista minoritario dispone de una acción para evitar el voto abusivo de accionistas mayoritarios, o para impugnar una resolución que apruebe indebidamente la gestión cuestionada, y aun para remover al administrador desleal (como ha ocurrido en el presente caso), es absolutamente lógico que también disponga de una acción para que éste responda por los daños causados a la sociedad* (fs. 731vto.-732).

Aclarado tal extremo, entendemos que los actores están legitimados para promover la acción social de responsabilidad al estar expresamente comprendidos en las previsiones del art. 394 de la ley 16.060.

La referida norma, en lo que a este tema refiere, dispone: (*Ejercicio por accionistas de la acción social de responsabilidad*). La acción social de responsabilidad podrá ser ejercida por los accionistas que se hayan opuesto a la extinción de la responsabilidad (artículo 392).

Si la acción prevista en el primer inciso del artículo 393 no fuera iniciada dentro del plazo de noventa días contados desde la fecha del acuerdo, cualquier accionista podrá promoverla, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del incumplimiento de la medida ordenada.

Parece claro que la norma prevé dos supuestos: 1) el ejercicio de la acción por los accionistas disidentes en caso de que la asamblea haya resuelto aprobar la gestión del administrador; 2) el ejercicio de la acción por cualquier accionista en supuestos de mora de la administración en ejercer una acción resuelta por asamblea.

En el caso, se trata de accionistas que representan un 48,37% del paquete accionario de Fabricor S.A. (fs. 2-7vto.) y que se opusieron a la gestión (fs. 43-45), por lo que se encuentran ubicados en el primero de los supuestos, contando, por ende, con legitimación para promover la acción social de responsabilidad.

Lo expresado abarca tanto los daños y perjuicios reclamados a Mariana Borges (administradora) como a Carlos Hernández, dado que este último fue considerado, en ambas instancias, como el "director de hecho" de la sociedad (fs. 624vto. y 724).

No compartimos el razonamiento del tribunal "ad quem" cuando expresa: *En definitiva los daños reclamados por los actores serían por daños causados a la sociedad, por lo cual los actores carecen de legitimación para reclamarlos, en tanto no son administradores de la misma y por ende no la representan, lo que torna trasladable lo expuesto en el considerando anterior respecto de la legitimación en la causa.*

Siendo la legitimación causal un presupuesto procesal, y por ende relevable de oficio, se revocará la apelada en cuanto condenó al pago de los daños irrogados los que se liquidarán por la vía del art. 378 CGP (fs. 724vto.).

En tal sentido, Nuri Rodríguez, comentando el art. 394 de la ley 16.060, dice: *Si la asamblea resolvió no iniciar acción, pueden promoverla los accionistas que representen por lo menos el 5% del capital social.*

El ejercicio de la acción por decisión de los accionistas es posible si en la

asamblea se hubiere resuelto no promover la acción. Se establece que los accionistas deben reunir un mínimo de capital.

Debe tenerse en cuenta la conveniencia de rodear la actividad de los administradores de la seguridad indispensable que les permita actuar con la autonomía y la libertad necesarias para la gestión eficaz de los negocios sociales, sin el temor de verse expuestos a la amenaza de acciones perturbadoras e infundadas. Si se permitiera el libre ejercicio de la acción correspondiente a la sociedad por cualquier accionista, podría turbarse el funcionamiento de la sociedad con intervenciones continuas e irresponsables, en perjuicio de la marcha normal.

La acción singular del accionista tiene fundamento igual a la acción social: el daño causado a la sociedad. Como el daño causado a la sociedad repercute en el patrimonio de los accionistas, la Ley habilita a que cierto porcentaje de accionistas promuevan la acción. El accionista actúa en nombre de la sociedad, en defensa del patrimonio de la sociedad. La Ley otorga a la minoría la representación de la acción para intentar la acción contra los administradores. Dice Carvalhosa que el o los accionistas minoritarios se constituyen en órgano subsidiario de la sociedad con poderes de representación (...) y que el ejercicio de la

acción social por los accionistas se trata de una típica sustitución procesal o como la llama la doctrina "legitimación anómala". La parte admitida en el proceso no es el titular del derecho material objeto de la acción. El titular de la pretensión es la sociedad. Hay disociación entre el derecho de acción y el derecho sustantivo. La sentencia produce efectos y alcanza a la sociedad que no fue parte en el proceso, porque así lo establece la Ley (Manual de Derecho Comercial Uruguayo, Vol. 4, T. 4, FCU, 1ª ed., 2007, págs. 330-331).

Resulta, entonces, perfectamente admisible un accionamiento en el que se reclamen daños producidos en el patrimonio de un sujeto distinto (el de la sociedad) al del promotor de la pretensión (los accionistas).

IV) Para la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez, así como también para el redactor, una vez despejadas las dudas en cuanto a la legitimación de los actores, no cabe más que estar a lo resuelto en primera instancia, dado que la demandada no formuló agravios en forma eventual.

Por su parte, los Sres. Ministros, Dres. Jorge Chediak, Ricardo Pérez Manrique y Eduardo Turell, consideran que cabe reiterar la posición que han sostenido previamente en cuanto a que a la parte que no le causa agravio la sentencia no tiene la carga

de interponer recurso de casación ni de adhesión a la casación. El ganancioso no está habilitado para impugnar; en consecuencia, no resulta admisible exigirle un replanteo de sus defensas, y menos aún, tenerlo por renunciado a lo que oportunamente dedujo (cf. Perera, J., *Apelación y segunda instancia. Proceso Civil y Penal*, 1ª Ed. A.M.F., año 1994, pág. 149 y ss.; Labat, S. y Taullard, A., *Algunos aspectos prácticos en materia de adhesión a la apelación*, en XIVas. Jornadas de Derecho Procesal; sentencias N^{os} 560/2016, 566/2016, 1334/2010 de esta Corte).

En primer lugar, entienden que únicamente corresponde pronunciarse con respecto a los agravios relacionados con los daños y perjuicios reclamados a Carlos Hernández, desde que en lo restante existió pronunciamiento confirmatorio de la Sala (art. 268 inc. 2 del C.G.P.).

En segundo lugar, sin perjuicio del confuso y extenso libelo recursivo, que dificulta su estudio y perjudica la posición del recurrente, estiman que la batería de agravios se orienta a que la Sede "a quo" infringió las reglas de valoración del material probatorio. Así, expresó a fs. 648: *Conclusión, la totalidad de lo expuesto surge de un análisis de la prueba aportada en forma tajante, clara y verdadera, por la que esta parte se agravia del análisis*

que la Sede ha realizado de la misma, ya que la aportada por esta parte no se valora ni tan siquiera en atención a las normas de la sana crítica.

En relación con el error en la valoración probatoria como causal de casación, los Sres. Ministros, Dres. Jorge Chediak y Eduardo Turell, se remiten a la jurisprudencia de la mayoría de la Corte en cuanto a que la revaloración del material fáctico tenido en cuenta por los tribunales de mérito se encuentra vedada en la etapa de casación, salvo en hipótesis de absurdo evidente, arbitrariedad o falta de lógica en la ponderación realizada por dichos órganos.

Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido en forma reiterada que a pesar de que el art. 270 del C.G.P. prevé la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba como causal de casación, el ámbito de la norma queda circunscripto a la denominada prueba legal o tasada y, en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando se incurre en absurdo evidente por lo grosero o infundado del razonamiento y la denuncia de tal error surge, explícita, del memorial de agravios o se infiere de la forma en que ellos han sido estructurados.

En esta línea de razonamiento, la Corporación ha expresado que tanto la

revisión de la plataforma fáctica como la revaloración de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa de casación o de revisión meramente jurídica en una tercera instancia no querida por el legislador (sentencias N^{os} 58/1993, 716/1996, 338/2002, 323/2003, 202/2005, 706/2008, 74/2009, 163/2009 -en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1-2/2010, c. 1122, págs. 596 y 597-, 685/2012, 243/2013, 534/2013, 16/2014, 306/2015, 66/2016 y 162/2016, entre otras).

En el caso concreto, y respecto a la valoración de la prueba realizada por el a-quo, sostienen que no hubo un apartamiento del canon legal de valoración establecido en los artículos 140 y 141 del C.G.P. que habilite su revisión en casación. En efecto, sin perjuicio de las meras discordancias y apreciaciones genéricas realizadas por el recurrente, en forma alguna, puede calificarse como absurda o arbitraria.

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, considera que, tal como ha reiteradamente sostenido, la valoración probatoria realizada por los tribunales de mérito no resulta excluida de control en casación, en la medida en que, toda vez que se invoca como causal la infracción o la errónea aplicación del artículo 140 del C.G.P., es

posible ingresar al análisis de la eventual vulneración de las reglas de la sana crítica, sin que sea necesario, para que proceda la referida causal, acreditar la existencia de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta, habida cuenta de que la Corte se encuentra habilitada para analizar la adecuación lógica de la decisión adoptada.

Ahora bien, sin perjuicio de los diferentes matices que en torno a este tema sustentan los integrantes de la Corporación, todos coinciden en que el razonamiento probatorio en cuestión no supuso apartamiento alguno de las reglas legales de valoración de la prueba.

Por el contrario, se advierte una valoración probatoria que se ajusta estrictamente al sistema legal consagrado en el artículo 140 del C.G.P.

V) En cuanto a la condena en costas y costos.

El agravio es inadmisibile.

Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia excluyeron la condena en gastos causídicos peticionada por la parte actora respecto de la demandada. Se trata, pues, de un punto que fue resuelto en igual sentido en ambas instancias de mérito, por lo que está excluido del

control en casación (art. 268 inc. 2 del C.G.P.).

VI) El contenido de este fallo obsta a imponer en esta etapa especiales condenaciones en gastos causídicos (art. 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

Acógrese el recurso de casación interpuesto y anúlase la sentencia recurrida en cuanto revocó la condena a Mariana Borges y a Carlos Hernández, en forma solidaria, al pago de los daños y perjuicios causados y, en su lugar, mantiénesse firme el pronunciamiento de primer grado.

Sin especial condenación procesal.

Publíquese y devuélvase.

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA