

//tencia No.131

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, cinco de mayo de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"FROUFE MOSQUERA, Lourdes c/ DIÉGUEZ GARCÍA, Daniel y otro. Medidas cautelares. Casación"**, IUE 2-7038/2007, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud de los recursos de casación y de adhesión a la casación, interpuestos, el primero por los demandados, y el segundo, por la parte actora, contra la sentencia identificada como SEF 0010-000047/2015, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1^{er} Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 35/2013, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 8° Turno, Dra. Adriana Arturo, hizo lugar a la demanda y decretó la inoponibilidad del vale suscripto por el codemandado Daniel Diéguez García a favor del codemandado Benigno Diéguez Gil y de los embargos trabados sobre los bienes de la sociedad conyugal respecto de Lourdes Froufe Mosquera. Además, impuso a Daniel Diéguez García la sanción prevista en el art. 2002 del C. Civil. Todo, sin especial condenación

procesal (fs. 232-245).

II) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1^{er} Turno, integrado por los Sres. Ministros, Dres. María del Carmen Díaz, Eduardo Cavalli y Eduardo Martínez Calandria, órgano que, por sentencia definitiva, dictada el 10 de junio de 2015, confirmó la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto a la sanción impuesta a Daniel Diéguez, que la revocó. Todo, sin especial condenación procesal (fs. 432-438).

III) Daniel Diéguez interpuso recurso de casación (fs. 444-449).

Sostuvo, en lo medular, lo siguiente:

La sentencia de primera instancia desconoce los efectos de la cosa juzgada de la sentencia recaída en el proceso ejecutivo promovido por Benigno Diéguez para el cobro del vale y la dictada en segunda instancia incurre en igual omisión.

Lourdes Froufe se encontraba alcanzada por los efectos de dicha sentencia ya que, de lo contrario, no hubiera promovido una acción autónoma procurando su nulidad. No puede, ahora, intentar hacer caer lo resuelto en el proceso ejecutivo, desconociendo su inmutabilidad.

Tampoco puede invocarse,

respecto de Benigno Diéguez, la relación interna entre los cónyuges ni los derechos que de tal relación emanan para pretender desconocer la cosa juzgada, afectando los derechos de terceros.

La sentencia impugnada también "desconoce los efectos legales de la denuncia del crédito (vale) efectuada por Benigno Diéguez Gil en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal entre Lourdes Froufe y Daniel Diéguez García" y vulnera, así, los valores de certeza, seguridad y paz social.

En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se desestimara la demanda.

IV) Benigno Diéguez interpuso recurso de casación (fs. 477-489).

Sostuvo, en lo medular, lo siguiente:

1) La Sala considera diversos elementos como indicios del fraude (el antedatado del vale, el juicio ejecutivo promovido sólo contra Daniel Diéguez, la inexactitud del monto adeudado, el parentesco, entre otros). Así, invierte la carga de la prueba y la aplica al dicente, quien debe demostrar su inocencia.

Además, aplica erróneamen-

te el art. 1974 del C. Civil, dado que no existen pruebas del fraude ni de la simulación.

2) La sentencia recurrida vulnera la cosa juzgada, en virtud de los mismos argumentos que desarrolló Daniel Diéguez.

3) En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se desestimara la demanda.

V) A fs. 496-512, la actora evacuó el traslado de los recursos abogando por su rechazo, oportunidad en la cual adhirió a la casación, por entender, en síntesis, que:

1) La Sala no debió revocar la sanción impuesta a Daniel Diéguez al amparo del art. 2002 del C. Civil, por cuanto, aquel, al apelar, no impugnó ese punto.

2) Se debió condenar a los demandados al pago de las costas y costos, ya que los dos tribunales concluyeron que existió fraude.

3) En definitiva, solicitó que se casara parcialmente la sentencia recurrida en los puntos objeto de impugnación por su parte.

VI) Daniel Diéguez evacuó el traslado de la adhesión a la casación, abogando por su rechazo (fs. 520-521).

VII) Por providencia del 23 de

setiembre de 2015, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1^{er} Turno resolvió conceder los recursos de casación y de adhesión a la casación para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 525).

VIII) El expediente se recibió en la Corte el 6 de octubre de 2015 (fs. 534).

IX) Por providencia N° 1742/2015 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 535vto.).

Posteriormente, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, se declaró inhibido de oficio, en virtud de lo cual este Colegiado se integró con el Sr. Ministro, Dr. Gerardo Peduzzi, integrante del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno (fs. 538 y 544).

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

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, desestimaré los recursos de casación interpuestos por los demandados, con costas y costos, y hará lugar al interpuesto por la parte actora y, en su mérito, casará la sentencia recurrida en cuanto: a) revocó la sanción impuesta a Daniel Diéguez al amparo de lo previsto en el art. 2002 del C. Civil y,

en su lugar, mantendrá la condena impuesta en primera instancia; y b) no condenó a los demandados a pagar las costas y costos de la segunda instancia y, en su lugar, los condenará a pagar tales conceptos.

II) En cuanto a los recursos de casación interpuestos por Daniel y Benigno Diéguez.

A la luz de los agravios formulados, los recursos resultan inadmisibles.

En efecto, por un lado, la recurrida confirmó -sin discordia- la declaración de inoponibilidad del acto de libramiento del vale realizado por Daniel Diéguez a favor de Benigno Diéguez y, por otro lado, revocó la sanción prevista en el art. 2002 del C. Civil, que, en primera instancia, se le había impuesto a Daniel Diéguez.

Al recurrir en casación, ambos demandados cuestionaron la declaración judicial de inoponibilidad del acto de libramiento del vale, punto que, como fue objeto de dos decisiones coincidentes en ambas instancias de mérito, quedó excluido del control en esta etapa procesal.

En tal sentido, corresponde reiterar lo expresado por la Suprema Corte de Justicia en sentencia N° 209/2015: *Como ha expresado la Corte en múltiples oportunidades, la "ratio legis" del art. 268 del C.G.P., en la redacción dada por el art. 37*

de la Ley 17.243, radica en impedir que se revisen en casación aspectos de la pretensión sobre los cuales recayeron pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en dos instancias. Por ello, se considera que aquellas cuestiones involucradas en el objeto de la litis y a cuyo respecto la decisión de primer grado fue confirmada en segunda instancia se encuentran exiliadas del control en sede de casación (sentencias N^{os} 3/2014 y 72/2015, entre otras).

A su vez, la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez, agrega que una interpretación sistemática de dicha disposición permite concluir que tal limitación surge del contexto normativo, pese a su aparente tenor literal (mecanismo habilitado por el art. 17 del C. Civil).

Se trata de una norma que tiene por finalidad establecer una limitación a la procedencia del recurso de casación en aquellos supuestos en que existan dos pronunciamientos favorables en dos instancias, tal como acontece en la especie.

Si el sector objeto de revocatoria no es motivo de agravio, va de suyo que los agravios refieren a la parte confirmatoria, lo cual torna inadmisibile el recurso movilizado en autos.

III) En cuanto al recurso de casación interpuesto por la parte actora.

1) En relación con la sanción prevista en el art. 2002 del C. Civil impuesta a Daniel Diéguez.

El agravio es de recibo.

Al apelar la sentencia de primer grado, Daniel Diéguez no se agravió de la sanción impuesta (fs. 329-349vto.).

En consecuencia, el tribunal "ad quem" infringió el art. 253.1 del C.G.P., habida cuenta de que, como el demandado, al apelar, no articuló un agravio útil y fundado sobre el punto, debió tenerlo por consentido.

Es cierto que Daniel Diéguez, al formular el petitorio, ligeramente solicitó que "se [revocara] in totum la sentencia apelada" (fs. 327), de lo cual la Sala hizo caudal a fs. 437. Sin embargo, atento al contenido y al alcance del escrito de apelación, la virtualidad de lo genéricamente pedido por el apelante quedó necesariamente limitado a la hipótesis de que en segunda instancia se entendiera que no existió actuación fraudulenta por su parte, lo que también determinaba la revocatoria de la sanción impuesta al amparo del art. 2002 del C. Civil.

Pero una vez que el tribunal "ad quem" confirmó la actuación fraudulenta, quedó impedido para introducir de oficio argumentos para

revocar el sector no apelado de la condena, pues sin agravio útil y fundado, el análisis en segunda instancia debió limitarse exclusivamente al sector efectivamente impugnado.

En este marco, resulta clara la incongruencia en la que incurrió la Sala.

2) En relación con la condena en costas y costos en primera instancia.

El recurso resulta inadmisibile, puesto que se trata de un punto en el que la sentencia de segunda instancia confirmó lo resuelto por la jueza "a quo" (art. 268 del C.G.P.).

3) En relación con la condena en costas y costos en segunda instancia.

El agravio es de recibo.

En primer lugar, cabe señalar que si bien la recurrente no individualizó cuál era la disposición infringida por la Sala en este punto, esto es, cuál era el número de artículo de la ley vulnerada, sí identificó claramente la norma erróneamente aplicada, esto es, que aquel que litiga con malicia temeraria debe pagar las costas y costos del juicio. Esto es lo que exige, precisamente, el art. 273 nral. 1 del C.G.P.

Como enseña Vescovi: *El requisito fundamental del recurso, se ha dicho, consiste*

en individualizar el agravio de modo que a través de los motivos pueda individualizarse, también, la violación de la ley que lo constituye (...).

La primera exigencia consiste en citar concretamente cuál es la norma de Derecho que se entiende violada ("infringida") o erróneamente aplicada.

Cuando hablamos de norma de Derecho, entendemos que debe usarse el criterio amplio que surge de esa expresión en su tenor literal (...). En consecuencia, no se hace necesario exigir la cita de un determinado artículo de la ley violada (...).

Nuestra fórmula es más amplia y expresamente se quiso adoptarla así, por lo cual la interpretación no debe restringir el texto legal (...), ("El recurso de casación", 2ª edición, pág. 107).

En segundo lugar, la defensa de la ejecución judicial fraudulenta por parte de ambos demandados (padre e hijo), declarada inoponible a la actora, implica un comportamiento malicioso, no acorde con el principio de la buena fe (arts. 5 y 56 del C.G.P.), lo cual justifica la máxima condena en gastos causídicos de la segunda instancia (cf. sentencias N^{os} 254/2010 y 27/2009 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno).

IV) Por los mismos fundamentos

que los expuestos en el considerando anterior, corresponde imponerle a los codemandados el pago de las costas y costos generados en esta etapa procesal (art. 279 del C.G.P.), aunque limitado a los recursos de casación por ellos movilizados y desestimados.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

Desestímense los recursos de casación interpuestos por los demandados.

Acógrese el recurso de casación interpuesto por la actora y, en su mérito, mantiénese la condena impuesta en primera instancia a Daniel Diéguez al amparo del art. 2002 del C. Civil y condénase a los codemandados al pago de las costas y los costos de la segunda instancia y de la casación, con la precisión efectuada en el considerando IV de esta decisión.

Publíquese. Y devuélvase.

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
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. GERARDO PEDUZZI
MINISTRO

PARCIALMENTE DISCORDE: por
cuanto estimo corresponde
desestimar el recurso de
casación deducido por la
parte actora en vía

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

adhesiva, al no compartir los fundamentos expuestos por la mayoría en los Considerandos III) numeral 1) y 3).

I.- En relación al agravio por la revocatoria de la sanción impuesta en primera instancia en virtud de lo establecido en el art. 2002

del Código Civil, razones de fondo militan para disponer su rechazo.

A diferencia de lo sustentado por la mayoría que suscribe el presente fallo, estimo que la Sala no incurrió en vicio de incongruencia al abordar el estudio de la sanción prevista en la referida norma del Código Civil. Si bien es cierto que los co-demandados Diéguez al apelar no expresaron agravios concretos sobre el punto, y únicamente apuntaron su batería argumental a atacar la decisión en cuanto entendió fraudulento el libramiento del vale entre padre e hijo por el cual se comenzó a tramitar el proceso ejecutivo acordonado a las presentes actuaciones, estimo que el agravio en segunda instancia respecto a la aplicación del art. 2002 del Código Civil se encontraba implícitamente contenido en el embate crítico hacia la decisión en cuanto a la fidelidad del libramiento del referido título valor.

II.- Siendo integrante del T.A.C. 4to., en Sentencia No. 332/2005 sostuve: *"Los Tribunales en virtud de los principios de congruencia y dispositivo, deben siempre decidir 'secundum res allegata et probata', en tanto las facultades decisorias en el grado están limitadas al conocimiento de las cuestiones que hayan sido expresa o implícitamente propuestas a la decisión del inferior y no hayan sido*

expresa o implícitamente excluidas por el apelante (Palacio, Manual de derecho procesal T. II págs. 141-145 de la 4a. ed.).

Como anota Vescovi, en el mismo sentido, '... el órgano de apelación sólo puede actuar dentro de las pretensiones de las partes y el material fáctico de la primera instancia (salvo la prueba en segunda) ... se transfiere al superior el conocimiento de la causa, pero dentro de determinados límites que son, en principio, los mismos que los de la primera instancia, puesto que puede enunciarse el siguiente principio negativo: el objeto del proceso en segunda instancia no puede ser distinto al de la primera... el Tribunal ad quem no puede conocer sobre cuestiones no propuestas a la decisión del Juez a quo' (Derecho procesal T. VI 2a. parte págs. 124-125 de la 2a. ed.)".

Pese a que los co-demandados Diéguez al recurrir la sentencia de primera instancia no expresaron agravios concretos sobre la aplicación de la sanción prevista en el art. 2002 del Código Civil, no puede sustentarse que excluyeron explícita o implícitamente el tema, puesto que se trata de cuestión conexa con el agravio edificado sobre la base argumental de la inexistencia de fraude en el libramiento del vale objeto de ejecución entre ellos.

Sobre el tema del principio de congruencia en segunda instancia y el límite impuesto por la expresión de agravios, la Corte en Sentencia No. 39/2013 sostuvo: "La Corporación, por su parte, ha señalado en Sentencia No. 434/2003, reiterando lo expresado en Sentencia No. 432/1997: 'Señala Vescovi que están incluidas en la expresión de agravios no sólo las cuestiones planteadas claramente, sino también pretensiones implícitas y sobre todo conexas con las deducidas, e indica pautas para atemperar interpretaciones excesivamente formales propiciando un 'criterio amplio, dentro de la limitación mencionada (tantum devolutum...)' y agrega: 'consideramos criticable que el propio Tribunal de alzada se autolimite sus poderes revisivos -que constituyen en definitiva una garantía para el justiciable, como dijimos y en algunos países de rango constitucional- y no entienda que dentro de la expresión de agravios deben considerarse contenidas (aunque fuera implícitamente) cuestiones o puntos vinculados con los expresados por las partes. La propia tendencia al aumento de los poderes del Juzgador y a su colaboración con las partes para imponer el Derecho y la Justicia, militan a favor de este criterio amplio' (Derecho Procesal, t. 6, 2a. Parte, págs. 112 y ss.) (cfe. Sents. Nos. 89/90, 7/92, 35/93 entre otras)".

En efecto, si los apelantes sostuvieron en segunda instancia, y nuevamente en casación, que el vale suscrito por Daniel Diéguez García a favor de Benigno Diéguez Gil no constituye fraude a la sociedad conyugal, va de suyo que el tema de la sanción prevista en el art. 2002 del Código Civil para tales casos, es cuestión conexa con la principal y, en su mérito, el Tribunal no incurrió en vicio de incongruencia al abordar su análisis.

III.- Ahora bien, cuestiones de mérito se imponen para adoptar la solución confirmatoria anunciada respecto a la no aplicación de la sanción prevista en el art. 2002 del Código Civil.

El art. 2002 del Código Civil expresa: *"Aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y será obligado a restituirla doblada"*.

Comparto el criterio empleado por la Sala, en el sentido de que los bienes embargados, al no haber salido aún del patrimonio conyugal, no fueron ocultados o distraídos efectivamente de la sociedad conyugal y, por tanto, la sanción prevista en el art. 2002 del Código Civil no sería aplicable.

Como toda norma sanciona-

toria debe ser de interpretación restrictiva, lo que es un principio básico en derecho. El art. 2002 del Código Civil emplea los verbos "ocultar" o "distraer" como acción reprochable respecto a los bienes que integran la sociedad conyugal. Resulta evidente que la maniobra fraudulenta de la emisión de un vale por U\$80.000 entre padre e hijo, para afectar mediante embargo bienes comunes del primero con la actora, constituyó una actividad preparatoria, dirigida hacia el resultado final perseguido, pero no bastó para excluir dolosamente los bienes embargados de la masa conyugal.

El tempestivo accionar de la damnificada impidió que, efectivamente, su ex cónyuge pudiera excluir de la sociedad conyugal los bienes afectados por el embargo consecuencia del proceso ejecutivo iniciado con el título valor fraudulento. En efecto, al haberse declarado en forma previa al remate de los bienes embargados la insinceridad del referido título valor, ello obtura la posibilidad de culminar el proceso de ejecución, el que pierde por vía de la nulidad declarada su presupuesto procesal indispensable (título valor válido) y, en definitiva, impidió excluir efectiva y dolosamente dichos bienes de la sociedad conyugal.

En una analogía impropia con el derecho penal, podría sustentarse que el co-

demandado Daniel Diéguez García incurrió en una suerte de "tentativa" de ocultamiento o distracción de dichos bienes, hipótesis que en materia sancionatoria de derecho civil no tiene cabida alguna, porque si no existe daño concreto al bien jurídico tutelado por la norma civil no procede aplicar sanción alguna.

Distinto hubiera sido el caso si la actora demoraba su actuación para reclamar el fraude a la sociedad conyugal a la etapa posterior al remate y escrituración de los bienes embargados, ya que allí sí se habría efectivizado por el ex cónyuge la distracción de los bienes de la sociedad conyugal y, por ende, cabría aplicar la sanción prevista en el art. 2002 del Código Civil que, como ya se anotara, no admite reproche para el caso de una modalidad "tentada" de dicha actuación dolosa.

IV.- En relación al agravio movilizado por la actora en cuanto a la no adopción de las máximas sanciones causídicas para los co-demandados en segunda instancia, éste tampoco resulta de recibo.

La Corte, en Sentencia No. 4.008/2011, sostuvo:

"Couture señala: 'El juez condena en costas y costos si ha existido de parte del perdidoso malicia que merezca la nota de temeridad; esto es, la mala fe. No es ya el espíritu irreflexivo, poco

cauto, sino que es la conciencia de la propia sinrazón; es el litigar estando convencido de que no se tiene razón' (Cf. Procedimiento..., Primer Curso T. III p. 32).

Esta Corporación ha sostenido que la imposición de las costas y costos del grado '...forman parte de la apreciación soberana del Tribunal sobre la conducta de las partes y solamente sería revisable si hubiera dispuesto la pena en forma ostensiblemente arbitraria o injusta' (Sent. No. 87/89).

Por lo que, la única posibilidad de ingreso del órgano casatorio a la referida temática resultaría de la infracción al subsumir la conducta procesal de la parte dentro del concepto de 'malicia que merezca la nota de temeridad', que lo haga pasible de la imposición de las condenas causídicas.

La Corte, ha sostenido, respecto a la conceptualización del abuso en el ejercicio de las vías procesales en Sentencia No. 363/97, remitiéndose a pronunciamiento No. 889/94 que: '... según expone VESCOVI, no puede admitirse la simple responsabilidad objetiva, sino la fundada en la mala fe o mala intención, correspondiendo aplicar a nuestro proceso la tendencia general de la doctrina francesa y la opinión de las Cámaras Civiles exigiendo dolo o falta

grave que se le pueda equiparar, concretamente la intención de perjudicar ('Responsabilidad por actuación en juicio' en 'Estudios en Memoria de Amézaga', págs. 566-567 y 573-577). Y ese abuso de derecho (...) se caracteriza por la temeridad, el fraude a la Ley, la colusión, la intención de perjudicar, el propósito de vejar, la ausencia de un interés legítimo, o el error grosero...'. .

'Coincidentemente el Prof. GAMARRA al precisar cuándo el proceso es utilizado con fines ilícitos, enseña que: '... para que exista abuso es necesario que el sujeto, en lugar de recurrir a este documento para lograr los fines que le son propios, persiga con el mismo la obtención de un resultado desaprobado por el derecho; en suma, hay abuso siempre que el interés que mueva el ejercicio de una vía procesal sea un interés ilícito (en contraposición con el ordenamiento jurídico), y el acto procesal concreto no esté dirigido a la específica finalidad de actuación del derecho'.

'Y más adelante luego de analizar las posiciones doctrinarias y la jurisprudencia, concluye: '... que el abuso de las vías procesales sólo puede existir ante conductas intencionales. No es concebible una forma culposa, dado que cuando el proceso se utiliza con un propósito que no

concuera con su función natural, la intención deliberada no puede menos que existir'' (Tratado..., T. 19, Ed. 1988, págs. 212, 217, 218)' (Cfe. Sentencia No. 460/2010)".

Resulta evidente que, en virtud del libramiento de un vale en fraude a la sociedad conyugal, los co-demandados actuaron con absoluta mala fe al defender, a sabiendas, un acto insincero desde el punto de vista jurídico, lo que habría ameritado la imposición en segunda instancia de las máximas condenaciones causídicas.

No obstante, y como surge de la cita jurisprudencial que viene de efectuarse, la Corte sólo ingresa al estudio de un agravio por imposición de condenas causídicas cuando éstas se disponen por los tribunales de mérito en forma ostensiblemente arbitraria o injusta; es decir, cuando se adoptan en clara violación del principio de tipicidad en materia sancionatoria, o sea, cuando no se verificó actuación procesal que merezca la nota de malicia temeraria o mala fe y deslealtad.

En el caso, si bien la actuación procesal de los co-demandados, al defender un acto fraudulento, configura clara mala fe, por proceder a sabiendas de su sin razón, la sanción no fue impuesta en segunda instancia por el Tribunal, lo que hace

imposible que la Corte la imponga por vía de recurso.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA