

//tencia No. 1778

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIK GONZÁLEZ

Montevideo, veinticinco de setiembre de dos mil diecisiete

**VISTOS:**

Para sentencia interlocutoria estos autos caratulados: **"MAZA FARÍAS, ELIZABETH C/ BANCO HIPOTECARIO DEL URUGUAY Y OTROS - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN"**, IUE: 449-212/2007.

**RESULTANDO:**

I) El día 20 de abril del año 2007, ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Treinta y Tres de 3er. Turno, la parte actora promovió demanda de responsabilidad por daños constructivos en viviendas, contra el Banco Hipotecario del Uruguay (en adelante BHU), José Barboni y Arturo Díaz (fs. 143-153 vto.).

II) Por Sentencia Interlocutoria No. 6964/2013, de fecha 12 de diciembre de 2013, la Sra. Juez resolvió diversas excepciones previas y, en lo que interesa al presente, hizo lugar a la de defecto legal en el modo de proponer la demanda y mandó a subsanar sus defectos con plazo de 5 días (fs. 1044-1054).

III) La referida sentencia fue apelada y, posteriormente, confirmada por el Tribunal de

Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno por Sentencia SEI-0003-000085/2014, de fecha 1º de octubre de 2014 (fs. 1129-1133).

IV) Con fecha 17 de noviembre de 2014 compareció la parte actora a realizar las aclaraciones solicitadas (fs. 1169). Luego de dicha comparecencia emerge una constancia de que el expediente aún no fue devuelto por el Tribunal de Apelaciones.

V) Posteriormente, la Sra. Juez Letrada de Treinta y Tres de 3er. Turno se inhibió de oficio (fs. 1171) y declinó competencia para ante la homóloga de 2do. Turno.

VI) Por Auto No. 3954/2015, de 22 de junio de 2015, se convocó a las partes a la continuación de la audiencia preliminar a efectos de cumplir con lo dispuesto en el despacho saneador (fs. 1187), empero, no hubo pronunciamiento alguno sobre la comparecencia de fs. 1169.

VII) En la sesión celebrada el día 23 de setiembre de 2015, las demandadas solicitaron que se les confiriera traslado del escrito presentado el 17 de noviembre de 2014 (fs. 1169) y, una vez conferido, se opusieron a su agregación por considerarlo extemporáneo (fs. 1208-1215 vto.).

VIII) En la audiencia celebrada el día 2 de junio de 2016 (fs. 1253-1256), la Sra.

Juez Letrada de Primera Instancia de Treinta y Tres de 2do. Turno, resolvió tener por no presentada la demanda por considerar extemporánea la comparecencia de fs. 1169.

Dicha sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, por sentencia SEI 3-5/2017 de fecha 1º de febrero de 2017 (fs. 1304-1305 vto.).

IX) El procurador común de la parte actora interpuso el recurso de casación en estudio (fs. 1318-1324), por entender, en lo medular, que el escrito que subsanaba las observaciones realizadas a sus representados fue presentado en tiempo, en el entendido de que el plazo se debía computar desde el "cúmplase" a disponer por la Sede "a quo" (art. 259 del C.G.P.).

En definitiva, solicitó se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se tenga por presentada la demanda y se continúe con el trámite regular del proceso. Subsidiariamente, solicitó que únicamente se tenga como no presentada la demanda respecto de la codemandada Banco Hipotecario del Uruguay.

X) Sustanciado el recurso (fs. 1327), los co-demandados evacuaron el traslado, abogando por su rechazo (fs. 1333-1336 vto., 1342-1351 y

1355-1362 vto.).

XI) Franqueada la casación (fs. 1364), los autos fueron recibidos en este Cuerpo el día 18 de abril de 2017 (fs. 1368).

XII) Por Auto No. 587 de fecha 8 de mayo de 2017 (fs. 1369 vto.), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, al término del cual se acordó el presente pronunciamiento en forma legal y oportuna.

**CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus miembros, amparará el recurso de casación impetrado en relación al co-demandado Banco Hipotecario del Uruguay. Asimismo, por mayoría integrada por los Sres. Ministros Dres. Martínez, Turell y Minvielle, acogerá el recurso de casación deducido respecto a los co-accionados José Barboni y Arturo Díaz. En su mérito, anulará la recurrida en cuanto tuvo por no presentado el escrito de fs. 1169 y, en su lugar, dispondrá que se continúe con el trámite del proceso, sin especial condena procesal.

II) Admisibilidad del recurso. Liminarmente, cabe referirse a la admisibilidad del recurso de casación impetrado, atento a lo expresado por los co-demandados en sus respectivos escritos y a que la opinión de los integrantes del Cuerpo se encuentra

parcialmente dividida.

II.1) Valor de la causa. Se oponen los co-demandados BHU (fs. 1344-1345), José Barboni (fs. 1333-1334) y Arturo Díaz (fs. 1358-1360) a la admisibilidad formal del recurso en razón de cuantía, por cuanto, consideran que la parte actora no cumplió con lo establecido en el nral. 6 del art. 117 del C.G.P. y que al tratarse de un litisconsorcio facultativo los montos deben ser analizados individualmente respecto a cada litisconsorte.

No les asiste razón.

En primer término, emerge que la parte actora dio cabal cumplimiento a lo establecido en el nral. 6 del art. 117 del C.G.P., conforme emerge de fs. 152 y vto. (petitorio No. 3) y del escrito de fs. 171 y vto.

En segundo término, los Sres. Ministros consideran que, puesto que la parte actora está compuesta por un litisconsorcio facultativo y que la cifra correctamente peticionada en la demanda excede el monto mínimo exigido por el art. 269 del C.G.P., en la redacción dada por el art. 38 de la Ley No. 17.243, el recurso resulta admisible. Por ello, no se advierte que exista motivo legal alguno que justifique aplicar la consecuencia normativa prevista en el art. 276.3 del Código ritual (cf. Sentencias Nos.

45/2014, 81/2014, 494/2014, 499/2014, 495/2014, 598/2014, 706/2014, 719/2014, 746/2014, 748/2014 856/2014 y 890/2014, entre muchas otras, de la Suprema Corte de Justicia).

Como ya ha indicado este Colegiado en los fallos citados, corresponde reiterar que si bien se reconoce que el art. 269.3 del C.G.P. establece un requisito de admisibilidad del recurso de casación y el art. 43 de la Ley No. 15.750 trata de una regla para determinar la competencia, más allá de la diferencia apuntada, subyace una situación análoga. Ninguno de los artículos citados en sede de casación prevén el modo de determinar la cuantía en caso de litisconsorcio, dándose pues un vacío legal ante el cual se debe recurrir a los fundamentos de las Leyes que rigen situaciones análogas (art. 15 C.G.P.). Por lo tanto, cuando se entablan varias acciones el monto del asunto está dado por el total de todas ellas. En función de ello, y al surgir del contenido de la demanda los elementos suficientes para la determinación del monto del asunto, siendo éste superior al mínimo habilitante, permite concluir que se ha dado cumplimiento al numeral tercero del art. 269 del C.G.P.

II.2) Naturaleza de la resolución impugnada. Señala el representante del BHU que las sentencias de primer y segundo grado fueron

calificadas como interlocutorias y no como interlocutorias con fuerza definitiva, lo cual, a su criterio, determina que el recurso sea improcedente al amparo de lo establecido en el art. 268 del C.G.P. (fs. 1343-1344).

En similar sentido se pronunció la representante del co-demandado Arturo Díaz para quien la providencia apelada no se trata de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, por cuanto entiende que no pone fin a un proceso válido (fs. 1398 vto.).

Lo expresado carece del más mínimo asidero.

En primer lugar, resulta equívoco lo manifestado en cuanto a que en oportunidad de dictar la sentencia el Tribunal debe señalar si se trata de una interlocutoria con fuerza de definitiva y, mucho menos, que de no hacerlo, se entienda que es una interlocutoria simple.

En segundo lugar, aun en la hipótesis en que los Tribunales de mérito la calificaran expresamente como sentencia interlocutoria simple, ello en nada obtura las potestades de la Corporación a efectos de analizar la naturaleza de la providencia impugnada.

Finalmente, a criterio de

los Sres. Ministros que concurren al dictado de la presente, no existe la menor duda que la sentencia apelada, esto es, la que confirmó la providencia que tuvo por no presentada la demanda, se trata de una interlocutoria con fuerza de definitiva, dado que, pone fin al proceso, haciendo imposible su consecución.

II.3) Admisibilidad de un proceso ulterior sobre la misma cuestión (art. 269.2 del C.G.P.). A criterio de la defensa del co-demandado Díaz, no procede el recurso de casación en virtud de que la actora podrá replantear la demanda en forma, situación que encuadra en el art. 269.2 del C.G.P.

Lo expresado no resiste el menor análisis, por cuanto, en autos la parte actora no cuenta con la posibilidad de revisar la decisión en un proceso posterior (lo que excluye el recurso de casación), sino que, de mantenerse la resolución de mérito, se tendrá por no presentada la demanda y podrá plantear nuevamente sus respectivas pretensiones.

II.4) Admisibilidad de la casación en relación a los co-demandados José Barboni y Arturo Díaz.

En el punto la posición de los Sres. Ministros se encuentra dividida.

II.4.a) Para los Sres. Ministros Dres. Hounie y el redactor, no procede



ingresar al análisis de la recurrencia, en tanto no cumple con la exigencia de admisibilidad requerida por el art. 268 del C.G.P.

El reclamo de autos fue dirigido contra el Banco Hipotecario del Uruguay, José Barboni y Arturo Díaz. En lo que respecta a los co-demandados particulares, en el subexamine, la sentencia de segunda instancia es confirmatoria total de la dictada en el grado antecedente, lo que torna inaplicable el régimen de excepción establecido en la parte final del art. 268 del C.G.P., de acuerdo al criterio expuesto por la Corte -entre otras- en Sentencias Nos. 178/2015 y 830/2014.

En tal situación, a criterio de los Sres. Ministros resulta trasladable lo expuesto por la Corporación en Sentencia No. 38/2005 (entre muchísimas otras): *"...la 'ratio legis' del artículo 268 del C.G.P. -en la redacción dada por el art. 37 de la Ley No. 17.243-, radica en impedir que se revisen en el grado casatorio aspectos de la pretensión sobre los cuales recayeron pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en dos instancias, en razón de lo cual entiende la Corporación 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 casa-*

torio, (Cfme. Sentencias Nos. 856/02, 976/02, 980/02, 1089/02, 37/03, 363/03, 420/03, 1373/03, 345/04, 371/04, 442/04 y 578/04, entre otras)".

II.4.b) En opinión de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Turell y Minvielle, el recurso de casación impetrado en relación a los co-demandados Barboni y Díaz sí resulta admisible. Para los Sres. Ministros la expresión "*juicios seguidos contra*" señalada en el art. 268 del C.G.P. refiere a los supuestos en que sea parte demandada una entidad estatal. Una vez que se está ante un proceso como el de autos, es posible encuadrarlo dentro del supuesto legal de "*juicios seguidos contra el Estado*"; pese a la presencia de un sujeto codemandado que no es una entidad estatal.

Si la disposición en cuestión (art. 268 del C.G.P. en la redacción dada por el art. 342 de la Ley No. 18.172), se sancionó para habilitar la revisión en casación de lo decidido (amplificando las hipótesis de regla en las que procede el recurso), debe beneficiar a todas las partes que intervienen en el juicio.

Como observa Guerra Pérez en doctrina, el sistema de garantías está dado a las partes desde el propio inicio del proceso, para ambas partes en pie de igualdad. En la medida en que

inicialmente la parte demandada o uno de sus sujetos integrantes es el Estado o alguno de los órganos enunciados por la disposición, se conoce desde el inicio el estatuto de reglas y garantías que regulará el proceso (Guerra Pérez, Walter: "*Normas procesales según la Ley de Rendición de Cuentas No. 18.172. Intimación de pago, competencia de los juzgados letrados de lo contencioso administrativo y recurso de casación*", Revista Estudios Jurídicos, No. 5, UCUDAL, Montevideo, 2008, pág. 126).

En este sentido, si bien para establecer las condiciones de admisibilidad del recurso se toma en consideración un aspecto subjetivo (que una de las partes sea la Administración Estatal), la solución legal no atiende sólo a una de las partes, sino que resulta extensible a cualquiera de los sujetos que interviene como parte o co-parte en el proceso, con independencia de si integra el lado activo o pasivo de la relación procesal.

En este último caso, la actuación en supuestos de litisconsorcios facultativos debe valorarse a la luz de las reglas del proceso acumulativo, marco en el cual corresponde que se aplique la misma norma de admisibilidad de los recursos a todos los sujetos intervinientes, siendo contrario a los principios propios de la acumulación pretender cualquier

fraccionamiento.

Los Sres. Ministros consideran que una interpretación contraria no encuentra justificación en la letra, ni en el espíritu de la norma, además de contrariar los principios de igualdad y continencia de la causa. Asimismo, no resulta acorde a la comunidad de la acción que debe existir entre los litisconsortes facultativos, referente a la unidad del proceso (art. 45 in fine del C.G.P.), pues se estaría perjudicando la suerte de uno de los litisconsortes por el obrar de otro, lo cual se encuentra vedado por el art. 45 del C.G.P.

Además, las cuestiones debatidas, que tienen origen en una misma causa, deben tener un tratamiento uniforme, para no afectar el principio de continencia de la causa y el de *coherencia de las decisiones judiciales* (cf. Klett, Selva "Algunos temas de interés en el área de los medios impugnativos", RUDP No. 2/05, págs. 394/397).

III) En cuanto al mérito, corresponde anular la recurrida, por cuanto, a criterio de los Sres. Ministros, la comparecencia de fs. 1169 fue tempestiva.

Dispone el artículo 258 del C.G.P.: "Cumplimiento de la decisión del tribunal superior. Decidida la apelación y devuelto el expediente

al tribunal de primera instancia, éste dictará la providencia de cumplimiento de lo resuelto, en la cual se dispondrá lo conducente a tal efecto.

*En el caso previsto por el artículo 257.5, se señalarán expresamente las actuaciones que quedan sin efecto" (destacado no pertenece al texto original).*

Por tanto, en el caso, una vez devueltos los autos al Juzgado de origen, correspondía el dictado de una providencia que dispusiera el cumplimiento de lo resuelto por la Sede superior. Sin embargo, la parte actora compareció con anterioridad a su dictado y estando aún el expediente ante el Tribunal.

A criterio de los Sres. Ministros no fue correcto contar el plazo desde la sentencia de segunda instancia, a pesar de que resultara confirmatoria de la solución de primera instancia, por existir disposición legal expresa que impone una solución diferente.

Tal como se ha expresado:  
*"...en virtud del efecto suspensivo asignado legalmente a la apelación de las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas, el tribunal a quo reasume competencia cuando 'le es devuelto el expediente para el cumplimiento de lo resuelto en la*

*instancia superior' (art. 251, nral. 1º)" (Landoni, Á. Garderes, S. Gómez, F. González, M. E. Prato, M. Valentín, G. Código General del Proceso, comentado, anotado y con jurisprudencia, Ed. B. de F., Montevideo, 2012).*

IV) En mérito a lo expuesto, corresponde anular la recurrida y, en su lugar, tener por temporánea la comparecencia de fs. 1169, sin perjuicio de la valoración de su contenido por parte de las Sedes de mérito.

V) La correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (art. 688 del C. Civil y art. 56.1 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia

**RESUELVE:**

**AMPARAR EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y, EN SU MÉRITO, ANULAR LA RECURRIDA EN CUANTO TUVO POR NO PRESENTADO EL ESCRITO DE FS. 1169 Y, EN SU LUGAR, CONTINUAR CON EL TRÁMITE DEL PROCESO, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.**

**NOTIFÍQUESE A DOMICILIO.**

**PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE,**

**DEVUÉLVASE.**

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ**  
PRESIDENTE 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

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ**  
MINISTRA DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

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