

//tencia No.1031

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, primero de abril de dos mil diecinueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **"CAPOANO TALLONE, CARLOS Y OTROS C/ ESTADO - PODER EJECUTIVO - MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN"**, IUE: 2-21025/2015.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia individualizada como **SEF-0476-000048/2016** de 28 de julio de 2016, el titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4º Turno falló:

"Desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva. Amparando parcialmente la demanda, y en tal mérito condenando a la demandada al pago por concepto de pérdida de chance a la suma de U\$S 344.987,06 y por concepto de daño emergente las sumas de U\$S 23.789,06 y \$ 6.100, con sus intereses desde la demanda y respecto de la condena en pesos con sus reajustes e intereses desde el efectivo pago. Sin especial condena..." (fs. 3935/3984).

II) Que por sentencia definitiva de segunda instancia, identificada como **DFA-0009-**

000443/2017/ SEF-0009-000133/2017 de 3 de noviembre de 2017, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno, dispuso:

"Confírmase la sentencia de primera instancia salvo en cuanto:

1. Fija el monto de la condena al pago por pérdida de chance y en su lugar se difiere su liquidación al proceso incidental (art. 378 del CGP) de acuerdo a las pautas dadas en el Numeral XIII.

2. Condena al pago del daño emergente por los honorarios profesionales abonados, lo que se revoca y en su lugar se dispone:

Desestímase la indemnización pretendida por daño emergente relativa a los honorarios abonados por la actuación profesional en el expediente administrativo de clausura (ajeno al caso) y ante el TCA.

Sin especial condenación procesal en el grado" (fs. 4122/4140).

III) En tiempo y forma, la parte actora interpuso el recurso de casación en examen. En su libelo impugnativo planteó, en concreto, los siguientes cuestionamientos:

(i) **Absurdo evidente en la valoración del material probatorio.**

La parte recurrente denunció una serie de errores que encuadran, a su entender, en el supuesto de absurdo evidente en la valoración de la prueba.

Dichos errores los presentó del siguiente modo:

(i.i) **Primer absurdo evidente en la valoración de la prueba: el error aritmético no implica falta de prueba.** Denunció que la sentencia de segunda instancia incurre en un evidente error, al concluir que el monto de la pérdida de chance no fue debidamente probado a causa de un error aritmético en el cálculo realizado por el profesional Cr. González, que asistía a los actores al presentar la demanda.

No es lógico ni ajustado a derecho concluir que el monto no está probado, cuando todo lo que se necesita para realizar la liquidación está agregado al expediente. El pretendido error aritmético está en el informe del Cr. González, pero no descalifica la base documental cierta y verdadera que se acompañó con la demanda.

La prueba documental aportada (compraventas, promesas de compraventas, certificados registrales, proyectos, planos, permisos municipales) ya resulta de por sí suficiente para probar

el monto de las ganancias que han percibido con los proyectos inmobiliarios hasta la actuación ilícita de la Dirección General Impositiva (en adelante: D.G.I.).

Igualmente, dicho medio probatorio fue respaldado con la declaración testimonial de los profesionales que los han asesorado en sus proyectos (Esc. Marta García, fs. 3700; Arq. Williams Rocha, fs. 4011; Cr. Antonio Deus, fs. 4013), como de quienes los asistieron profesionalmente a partir de las actuaciones inspectivas y el largo procedimiento administrativo tramitado ante la D.G.I. (Dr. Andrés Blanco, fs. 4174 y Cr. Luis González, fs. 4015).

No puede concluirse que el monto no está probado cuando, tanto las partes como el Juez de primera instancia, realizaron un análisis de la liquidación efectuada en base a la prueba diligenciada, que el mismo Tribunal menciona haber relevado.

Tampoco corresponde exigir una pericia contable cuando los cálculos ya fueron realizados, tanto por las partes como por el Juez. La labor del perito contable consistiría en una eventual repetición de dichos cálculos absolutamente innecesaria, lo que seguirá dilatando el proceso y esta larga historia, iniciada hace ya más de 12 años. Además, implicaría nuevos y mayores costos.

Imponer en el caso el

inicio de un nuevo proceso incidental, así como la realización de una pericia contable, resulta violatorio del principio de tutela jurisdiccional efectiva.

Resulta absurdo afirmar que un error de aritmética en un informe deje sin valor a la prueba diligenciada, la cual fue correctamente valorada en primera instancia y carece de todo error.

En suma, refieren que se está frente a un caso de absurdo evidente, que deberá revisarse en casación a fin de evitar un nuevo proceso incidental de liquidación que resulta innecesario e impertinente.

(i.ii) **Segundo absurdo evidente en la valoración de la prueba: las pautas determinadas para la liquidación posterior son arbitrarias.** Al fundamentar este agravio, la recurrente recordó que, al diferir la liquidación al proceso incidental, el Tribunal determinó las siguientes bases para el cálculo de la pérdida de chance:

a) Estableció un porcentaje del orden del 50% de probabilidad cierta de pérdida de ganancia en el período reclamado.

b) Determinó que se considerará un promedio de las ganancias obtenidas en un período de cinco años y;

c) Fijó el período a

considerar al inmediato anterior a la actuación ilegítima de la D.G.I.

En el punto afirman los recurrentes que, del cúmulo probatorio, surge que dichas bases distan de ser razonables y ajustadas a las máximas de la experiencia, además de vulnerar los principios de reparación integral del daño y la tutela jurisdiccional efectiva.

Sobre la probabilidad considerada por el Tribunal (50%), indicó que fue baja y no se ajusta al elevado grado de certeza que resultó probado de las ganancias que habrían obtenido de no haberse interrumpido su actividad a raíz de las ilegítimas actuaciones de la Administración demandada.

La decisión objetada resulta completamente apartada de la prueba diligenciada en autos. En tal sentido, está plenamente probado que por la proyección de ganancias se hubiesen obtenido U\$S1.384.775 (dólares estadounidenses un millón trescientos ochenta y cuatro mil setecientos setenta y cinco), mientras que por los proyectos a ejecutarse sobre los padrones Nos. 1271 y 4762 se obtendrían U\$S616.460 (dólares estadounidenses seiscientos dieciséis mil cuatrocientos sesenta) por el primero y U\$S1.189.125 (dólares estadounidenses un millón ciento ochenta y nueve mil ciento veinticinco) por el segundo y

de las ventas malogradas de las unidades del edificio "Carabelas" se debió haber obtenido U\$S88.000 (dólares estadounidenses ochenta y ocho mil) por cada negocio.

Por otra parte en el año 2008, mientras estaban embargados, se vieron obligados a malvender las unidades 004 y 102 de "Carabelas" en U\$S67.000 (dólares estadounidenses sesenta y siete mil) y U\$S65.000 (dólares estadounidenses sesenta y cinco mil) respectivamente, mientras que el precio de mercado -unidades de tres dormitorios- era de U\$S110.000 (dólares estadounidenses ciento diez mil) cada una. La diferencia por cada venta fue de U\$S88.000 (dólares estadounidenses ochenta y ocho mil).

Según la posición de la sentencia que se impugna, las ganancias derivadas de los proyectos relativos a los padrones antedichos, así como la que se debió obtener por las ventas de las unidades relacionadas, se encuentran subsumidos en la proyección realizada en primer lugar, en base al promedio de las ganancias obtenidas tanto antes como después del período de inactividad (determinado en ambas instancias de grado como período de ilicitud).

Atendiendo a las liquidaciones realizadas, lo cierto es que se llega, por dos caminos distintos y mediando prueba complementaria, a

cifras similares. La suma que se hubiese obtenido con los dos proyectos y con las ventas de las unidades arroja un resultado equivalente a U\$S1.351.900 (dólares estadounidenses un millón trescientos cincuenta y un mil novecientos), tal como surge del informe del Cr. González que obra a fs. 790 y que fuera reconocido a fs. 4015. Esto es, U\$S32.847 (dólares estadounidenses treinta y dos mil ochocientos cuarenta y siete) de diferencia con la proyección realizada sobre los años 2006-2010, equivalente a U\$S1.384.775 (dólares estadounidenses un millón trescientos ochenta y cuatro mil setecientos setenta y cinco).

Atendiendo a tales consideraciones y a la prueba diligenciada en autos, los recurrentes refieren que la probabilidad de la pérdida de chance es del 90%, dada la certeza de los ingresos de los que se vieron privados.

Por otra parte, afirmaron que considerar únicamente las ganancias obtenidas durante los cinco años anteriores a la inspección de la D.G.I. resulta absurdo e ilógico.

El período de 5 años de ilegitimidad, que va desde enero de 2006 hasta noviembre de 2010, debe ser tomado en su totalidad para proyectar las ganancias o aplicar los porcentajes de la pérdida de chance que se determine, pero nunca como una referencia

para acotar la base de cálculo.

La base de cálculo está dada por toda la actividad de los actores, la que resultó plenamente probado en autos y admitida por la demandada.

Finalmente, alegaron que debe advertirse que el período 2001-2005 que la sentencia de segunda instancia elige para tomar como base para el cálculo, comprende a una de las crisis económicas más grandes en la historia de nuestro país, que impactó en las ventas de los proyectos, concretamente, en los edificios "Mansamar" y "Carabelas".

Siendo así, cualquier acotación del período no se ajusta a la verdadera historia del negocio inmobiliario, detalladamente descrito y plenamente probado en este proceso.

En un negocio de construcción inmobiliaria, circunscribir las cosas a un período determinado arbitrariamente, distinto al que verdaderamente ocurrió y que fue mucho más extenso, parcializaría una verdad que fue probada en su totalidad.

En suma, afirman que se está frente a otro supuesto de absurdo evidente que deberá revisarse en casación a fin de determinar un

monto de condena que refleje racionalmente toda la prueba diligenciada en el proceso o, en todo caso, de entenderse procedente, para determinar bases que sean lógicas para el incidente de liquidación.

(i.iii) **Tercer absurdo evidente: el reacondicionamiento del negocio de las cabañas fue una exigencia de la Administración demandada y no una inversión buscada.** En este punto, recordaron que la sentencia impugnada rechazó el daño emergente derivado de la reestructuración del negocio de las cabañas "Paradise", fundando la decisión en la circunstancia de que los actores optaron por cambiar la modalidad negocial. Transformaron el alquiler de las cabañas "Paradise" en hotel, constituyendo una sociedad de responsabilidad limitada y reacondicionando las cabañas. Siendo así, es claro que no existe nexo causal entre el hecho ilegítimo de la Administración y los gastos de reestructuración que fueron resueltos por los accionantes, en base a criterios de conveniencia. Dichos gastos, razonablemente deben apreciarse como una inversión.

Afirman los recurrentes que dicha interpretación se aparta de la base fáctica probada en autos, en tanto la única razón de ser de la constitución de "Paradise VIP S.R.L.", así como la transformación del negocio de alquiler de cabañas en

hotel no fue una opción sino, pura y exclusivamente, una decisión ilegítima de la Administración en aquel verano del 2006.

Por lo dicho y en razón de las siguientes consideraciones, los impugnantes entienden que el fallo debe de ser anulado también en este punto. A raíz de las inspecciones de la D.G.I., no sólo padecieron la detención de sus negocios inmobiliarios, sino que debieron reestructurar el negocio de alquiler de las cabañas referidas para adecuarse a los requerimientos de la Administración, con los costos y perjuicios consiguientes.

No se trató de una inversión, sino de un gasto innecesario y no querido. El monto de este rubro quedó plenamente probado, desde que se debieron acondicionar las cabañas y realizar construcciones sobre los inmuebles de los hijos de los actores, que se encontraban en los padrones linderos y que poseían para realizar sus propios proyectos.

En tal sentido, afirman que, según surge del informe del Cr. González que obra a fs. 777 y que fuera reconocido a fs. 4015, elaborado en base a los registros contables de "Paradise VIP S.R.L.", la readecuación de las fachadas e interiores de estos inmuebles implicó un gasto de \$5.338.161 (pesos uruguayos cinco millones trescientos treinta y ocho mil

ciento sesenta y uno).

En suma, solicitan la revisión de la sentencia impugnada en lo que respecta al rechazo de este sector del reclamo.

(ii) Ilegítimo rechazo de la condena al pago de los honorarios profesionales.

Finalmente, indicaron que la sentencia incurre en error al rechazar la indemnización por concepto de daño emergente derivado de los honorarios que los actores debieron abonar para solventar su asistencia letrada en vía jurisdiccional ante el T.C.A. y durante el procedimiento administrativo relativo a la clausura del establecimiento comercial. Dicho vicio resulta de un error a la hora de aplicar el principio de reparación integral del daño.

IV) Conferido el traslado de precepto, fue evacuado por la demandada en los términos que surgen del escrito que corre a fs. 4164/4178 vto.

V) El recurso fue debidamente franqueado (fs. 4184) y los autos fueron recibidos en este Cuerpo el 5 de abril de 2018 (fs. 4185).

VI) Por Decreto N° 734 de 16 de abril de 2018 (fs. 4186 vto.), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, al término del cual se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, debidamente integrada y por mayoría, hará lugar parcialmente al recurso de casación movilizado.

II) **El caso de autos.**

Corresponde, en lo inicial, recordar sumariamente los hechos que ambientan la causa y derivaron en la promoción de este proceso contencioso administrativo de reparación patrimonial.

II.I) En su demanda, los actores afirmaron que desde el año 1994 el núcleo familiar Capoano-Bevilacqua se ha dedicado al rubro de la construcción, especialmente en el balneario de Atlántida, mediante la compra de terrenos y la ejecución de proyectos inmobiliarios para su posterior venta.

Sin embargo, dicha actividad se vio interrumpida a raíz de las actuaciones inspectivas llevadas a cabo por la D.G.I. en el mes de enero de 2006, las medidas cautelares iniciadas en su contra, así como los actos de determinación dictados con posterioridad por la Administración.

A los tres días de haberse llevado a cabo las actuaciones inspectivas relacionadas, los inspectores de la D.G.I. inscribieron de oficio en el RUC a una sociedad de hecho conformada por el matrimonio Capoano-Bevilacqua y su hijo Adrián Capoano

Bevilacqua. También los intimaron a presentar una reliquidación de impuestos y a efectuar los anticipos correspondientes a la temporada en un plazo de 48 horas.

Atendiendo a tales actos administrativos y a los embargos trabados, el 6 de abril de 2010 se realizó el primer pago indebidamente exigido por la D.G.I. y, con fecha 22 de setiembre de 2010, se realizó el segundo pago indebidamente exigido por dicho órgano.

Las dos resoluciones conclusivas del procedimiento administrativo, por las que se determinaron los tributos y se les impusieron sanciones tributarias, fueron impugnadas con los recursos administrativos correspondientes y, previo agotamiento de la vía administrativa, enjuiciados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Como corolario de dicha impugnación jurisdiccional, el referido órgano dictó las Sentencias Nos. **790** del 27 de noviembre de 2012 y **512** del 14 de octubre de 2014, por las que anuló los actos administrativos dictados por la Dirección General Impositiva.

Indicaron que la inscripción de oficio de la sociedad de hecho conformada por los actores; la determinación sobre base presunta realizada a su respecto; las infracciones tipificadas y

las sanciones aplicadas configuran -a partir del fallo anulatorio- hechos ilícitos, cuya ilegitimidad posee autoridad de cosa juzgada. Constituye, para el Poder Judicial, una cuestión prejudicial.

En base a lo dicho, los actores reclamaron la indemnización de los siguientes daños y perjuicios que la ejecución de los actos administrativos anulados les causaron, que discriminaron en los siguientes rubros:

(i) **Lucro cesante.** Dicho rubro consiste en las ganancias que habrían obtenido por su actividad de construcción por un total de U\$S1.384.775 (dólares estadounidenses un millón trescientos ochenta y cuatro mil setecientos setenta y cinco); ganancias que hubieran derivado de los proyectos que ya se encontraban en ejecución y de los que estaban elaborados y próximos a comenzar por U\$S1.263.900 (dólares estadounidenses un millón doscientos sesenta y tres mil novecientos) y diferencias por ventas malogradas por U\$S644.000 (dólares estadounidenses seiscientos cuarenta y cuatro mil); total: U\$S3.292.675 (dólares estadounidenses tres millones doscientos noventa y dos mil seiscientos setenta y cinco).

(ii) **Daño emergente.** Dicho rubro consiste en: (a) los honorarios profesionales que tuvieron que sufragar para resistir los actos dictados

por la D.G.I. en vía administrativa y jurisdiccional; los que cuantificaron en las sumas de U\$S34.566 (dólares estadounidenses treinta y cuatro mil quinientos sesenta y seis) y \$19.520 (pesos uruguayos diecinueve mil quinientos veinte); (b) gastos de reestructuración de negocios por cumplimiento de exigencias de la D.G.I. por \$5.338.161 (pesos uruguayos cinco millones trescientos treinta y ocho mil ciento sesenta y uno); (c) reajuste de la devolución del pago de lo indebido por \$2.272.569 (pesos uruguayos dos millones doscientos setenta y dos mil quinientos sesenta y nueve); (d) diferencia por el tipo de cambio tomado en cuenta por la D.G.I. al momento de pagar las sumas supuestamente adeudadas por \$631.571 (pesos uruguayos seiscientos treinta y un mil quinientos setenta y uno); total: U\$S34.566 (dólares estadounidenses treinta y cuatro mil quinientos sesenta y seis) y \$8.261.820 (pesos uruguayos ocho millones doscientos sesenta y un mil ochocientos veinte).

(iii) **Daño moral:** Por este rubro reclamaron, el Sr. Carlos A. Capoano la suma de U\$S40.000 (dólares estadounidenses cuarenta mil); la Sra. Ruth Bevilacqua la suma de U\$S60.000 (dólares americanos sesenta mil) y el Sr. Adrián Capoano Bevilacqua la suma de U\$S40.000 (dólares estadounidenses cuarenta mil); total: U\$S140.000 (dólares estadounidenses ciento cuarenta mil).

II.II) La pretensión del actor fue parcialmente estimada en primera y en segunda instancia, en los términos detallados *ut supra*, en los RESULTANDOS I y II.

III) Análisis de la cuestión sustancial.

En lo sucesivo, corresponde examinar los puntos de cuestionamiento en el mismo orden que fueron planteados. En tal sentido, corresponde abordar los cuestionamientos sobre la valoración del material probatorio denunciados por la parte recurrente y, posteriormente, el agravio sobre el rechazo del rubro daño emergente consistente en los honorarios profesionales que tuvieron que sufragar para defenderse en la vía administrativa y jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

III.I) La recurrente, como se recordó en los resultandos (ver en particular el resultando i.i), denunció que la conclusión de la Sala, que entendió que el monto de la pérdida de chance no fue debidamente probado, resulta absurda.

La Corporación considera que el cuestionamiento no resulta de recibo. En primer lugar, corresponde señalar que, en ambos grados de mérito, se entendió configurado y acreditado el *an debeatur* de la pérdida de chance objeto de reclamo.

La controversia se centra en la cuantificación concreta del daño. Mientras que el Juez de primer grado lo fijó en U\$S344.987,06 (dólares estadounidenses trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos ochenta y siete con seis centésimos), la Sala en la alzada -mediante la sentencia impugnada- estimó que no estaba debidamente probado el monto de la indemnización, difiriendo su liquidación a la vía del art. 378 del C.G.P.

Esto último es lo que agravia a los recurrentes.

La Corporación no participa de la postura de la parte recurrente, cuando aduce que el Tribunal se apartó ostensiblemente del principio de unidad de la prueba, así como de las reglas de la lógica y máximas de la experiencia y que, con ello, se vulneraron los arts. 177.1 y 378 del C.G.P. Tampoco se aprecia un quebrantamiento de los principios de reparación integral del daño y tutela jurisdiccional efectiva, que también se aduce que fueron violentados.

Por el contrario, el fallo -escueto pero serio- luego de subrayar la inconsistencia de la prueba principal agregada por la parte actora para acreditar el rubro (informe de parte confeccionado por el Cr. González, fs. 736/737) señala, en lo sustancial, que: "...la determinación de la pérdida de chance exige

conocer primero el monto de la pérdida de ganancia para lo cual correspondía designar un perito contable".

Entonces, la decisión revocatoria de segundo grado no se asienta sobre un mero error aritmético (relevado por la enjuiciada al contestar la demandada, corregido en la sentencia de primera instancia y ratificado por la impugnada), sino en una cuestión mucho más importante: la orfandad probatoria en orden a demostrar el valor real de las utilidades líquidas históricas, previas al hecho ilícito (de forma de tomar dicha cifra, proyectarla y aplicarla durante el período de ilicitud).

Dicho enfoque se comparte plenamente.

La situación es tan clara que, aún si el "informe de parte" no hubiera incurrido en el inexplicable error aritmético relacionado (que pone en dudas la propia seriedad de sus conclusiones), de cualquier modo, es un valor entendido a nivel académico y jurisprudencial, que un dictamen privado no puede equipararse a la prueba pericial, sino antes bien a las alegaciones de parte (Cfme. Cardinal, F. y Klett, S., "El informe del asesor técnico de la parte: su naturaleza jurídica y valoración" en AA. VV: "IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", Universidad, Montevideo, 1997, pág. 209 y sentencia de esta Corte

Nos. 858/2017, 1634/2017; 1.640/2017).

Finalmente, el resto de la prueba producida en la causa (planos, anteproyectos, permisos de construcción, promesas de compraventa y compraventas originales, glosadas a fs. 8/124, 126/143, 147/150, 173/446, 458/493 y 513/643), así como las declaraciones testimoniales (fs. 4010 y 4013), no acreditan, por sí solas, el monto de la pérdida de chance.

En suma, de modo indubitable, tales consideraciones descartan que la Sala -al requerir prueba pericial- hubiera incurrido en la especie en el vicio que la recurrencia le atribuye. Y menos que tenga las notas de arbitrariedad, que legalmente son requeridas para su progreso en casación (Cfme. Sentencias de la Corporación Nos. 216/2018, 1.638/2017, 406/2017, 216/2017, 10/2017, 631/2016, 366/2016, 162/2016, 66/2016, 7/2016, 306/2015, 16/2014, 534/2013, 243/2013, 685/2012, 163/2009, 74/2009, 706/2008 y 202/2005, por citar solamente algunas).

III.II) El segundo punto de cuestionamiento, relacionado con la valoración del material probatorio, estriba en las pautas consideradas para la liquidación del monto por concepto de pérdida de la chance.

Como premisa de análisis,

no es ocioso señalar las dificultades que tiene el establecimiento de estas pautas, para liquidar el daño por concepto de pérdida de la "chance" en caso como en este.

Como enseña Gamarra, se hace referencia a la "chance" en el sentido de la pérdida de la probabilidad, pues con el evento dañoso imputable al ofensor se frustra la posibilidad de ganar algo o de evitar una pérdida. La situación puede esquematizarse -como bien dice el autor- en base a dos componentes: 1º) la probabilidad que es suprimida por el evento dañoso y 2º) la ventaja esperada o resultado final, cuya realización frustra la pérdida de la probabilidad.

Al frustrarse una "chance" u oportunidad, la cuestión radica en qué tan probable era esa probabilidad segada por el evento dañoso. En palabras de Gamarra: *"...en la pérdida de 'una chance' el dato definitorio es la existencia de una probabilidad concreta, y la reparación queda reducida inevitablemente a una fracción de la ganancia esperada, cuantificada en función de la importancia de la 'chance'"* (Cfme. "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", T. XXIV, FCU, Montevideo, 2009, págs. 115/116).

En los procesos en los que está en juego demostrar la pérdida de la "chance",

corresponde demostrar que si el ilícito [en este caso la indebida actuación de la D.G.I.] no hubiese tenido lugar, el sujeto habría tenido una oportunidad que, por el contrario, ha perdido (Cfme. Taruffo, M.: "La prueba científica en el proceso civil" en AA. VV.: "Estudios sobre la prueba", Fontamara, México, 2016, pág. 183).

Como enseña Blanco, el decisor se enfrenta a una situación que, lingüísticamente, se expresa con la figura del condicional contrafáctico: "si "x" no hubiera ocurrido se habría producido "y". En este caso, la cuestión radica en establecer qué hubiese pasado si la DGI no hubiese realizado la inspección y reclamado las obligaciones e impuesto las sanciones a los interesados que, a la postre, se revelaron como contrarias a Derecho.

Ahora bien, no puede ignorarse que la pérdida de la oportunidad de realizar negocios a raíz de la actuación ilegítima de la Administración Tributaria, debe juzgarse no solamente a la luz de este evento, sino también, a la luz del contexto que rodeó la situación. Ello que en palabras de Blanco serían las "condiciones ajenas al cambio tributario". Solo así podrá determinarse si la pérdida de ganancias es atribuible al cambio tributario,

ejercicio que únicamente puede hacerse mediante una inducción probabilística (Cfme. Blanco, A.: "Responsabilidad del Estado por su actividad tributaria" en AA. VV.: "Estudios sobre la Administración Uruguaya (Rotondo, F., Coordinador)", T. II, FCU, Montevideo, 2016, págs. 25/26).

Parece indudable que la actuación ilegítima de la D.G.I. en este caso fue determinante de que se truncaran oportunidades de negocio; el punto es en establecer cuáles fueron y en cómo incidieron en ello las ilegítimas actuaciones de la D.G.I.

En tal sentido, respecto a los proyectos frustrados a ejecutarse sobre los padrones Nos. 1271 y 4762, por los cuales se habrían perdido ganancias por U\$S1.805.585 (dólares estadounidenses un millón ochocientos cinco mil quinientos ochenta y cinco), el agravio resulta de rechazo.

Más allá de si dicho reclamo debería considerarse incluido (o no) dentro del rubro "pérdida de chance" que fuera objeto de reclamo independiente, lo cierto es que el detalle probatorio que sustenta la recurrencia no logra convencer en punto a la configuración del *an debeatur*.

Véase que los proyectos datan de los años 2004-2005 (fs. 739), mientras que la

actuación inspectiva de la D.G.I., es de principios del año 2006.

Si bien están acreditados los anteproyectos y proyectos, lo cierto es que la parte actora no logró acreditar que la frustración de su concreción estuvo condicionada por la actividad administrativa llevada a cabo por la D.G.I.

En este punto, se comparten plenamente las observaciones formuladas por la parte demandada (fs. 4169 vto. *in fine* y 4170), cuando, al evacuar el recurso en estudio, alega y cita prueba que debilita seriamente el planteo de los actores; específicamente, en punto a la ausencia del nexo causal invocado en la demanda, circunstancia que describe la total ausencia de absurdo evidente en la valoración probatoria ejercitada por el Tribunal.

Por otra parte, las conclusiones que los recurrentes pretenden extraer a partir del informe confeccionado por el Cr. González, son pasibles de las mismas apreciaciones ya hechas respecto a su valor y fuerza probatoria.

En otro orden, en relación al reclamo por lucro cesante derivado de las malogradas ventas de las unidades del edificio "Carabelas" (operaciones en las que se habría perdido U\$S88.000 por cada unidad enajenada), tampoco le asiste razón a los

recurrentes.

Nuevamente, la ausencia de prueba seria que acredite el necesario vínculo entre la actividad ilícita desplegada por la D.G.I. y la pérdida referida, determina que el reclamo no pueda progresar.

Al respecto, otra vez, se comparten las consideraciones expresadas en el punto por la demandada (fs. 4168 vto. in fine y 4169), que ponen en evidencia que la valoración probatoria practicada por el Tribunal no es merecedora del vicio que se le imputa.

Finalmente, en cuanto al valor porcentual de la pérdida de chance fijada por la Sala, tampoco puede recibirse el agravio.

Al respecto, el cerno del debate está fijado en si la valoración probatoria realizada por la Sala, a la hora de fijar las pautas de la liquidación diferida, por pérdida de chance (50%), se ajusta a la prueba producida en la causa o, si por el contrario, resulta arbitraria.

Véase que en primera instancia la condena por pérdida de chance se fijó en la suma de U\$S344.987,5, frente a lo cual, al apelar, los reclamantes refirieron que *"dicha cifra se traduce en la aplicación de un bajo porcentaje al monto reclamado, lo*

que significa que la **probabilidad considerada** por la Sede de Primera Instancia **fue baja**" (el resultado pertenece a la redacción).

A estar al monto objeto de reclamo (ganancias que habrían obtenido por su actividad de construcción: U\$S1.384.77) y al fijado como condena (U\$S344.987,5), evidentemente asiste razón a los recurrentes cuando realizaron tal afirmación.

Sin embargo, dicho aserto tiene, en realidad, consecuencias aciagas en el grado, puesto que la Sala al definir la chance perdida en un 50%, ciertamente, terminó fijando un valor porcentual superior al considerado en primera instancia. De ahí que, por esta razón, los actores no mantienen agravio en casación. La recurrida, al elevar el valor porcentual, terminó mejorando su situación procesal respecto a la reconocida en primer grado.

Por último, en punto al error en el que habría incurrido la Sala al tomar el período 2001-2005 como única medida de referencia para la proyección del cálculo de las pérdidas económicas producidas en los años 2006-2010, cuando en aquel lapso se produjo una de las crisis económicas más grande de la historia del país -y como tal no refleja la realidad histórica de las ganancias-, tampoco le asiste razón a los recurrentes.

En el capítulo donde los reclamantes analizan el primer supuesto de absurdo evidente, sostienen que la liquidación realizada por el Juez de primera instancia es ajustada a la liquidación efectuada por las partes y que no corresponde la revocación efectuada por el Tribunal de segunda instancia; cuando en realidad la liquidación efectuada en la sentencia de primera instancia, justamente, toma en consideración las ganancias obtenidas en el período 2000-2005, llegando al índice de 1,43 a partir del cual se fija la condena por U\$S344.987. Es decir, que el Juez "a-quo" consideró únicamente el período que ahora los actores objetan.

Dicha base de cálculo (concretamente: el período considerado en la sentencia de primera instancia como base para proyectar las pérdidas futuras), no fue objeto de agravio específico en apelación por parte de los hoy recurrentes, circunstancia que ahora deja sin objeto la impugnación introducida en el grado.

Entonces, para repeler este punto de cuestionamiento, resulta suficiente atender a su inadmisibilidad formal, por cuanto con anterioridad, la parte actora no dedujo apelación sobre dicho punto, circunstancia que, en razón de lo dispuesto por el art. 272 del C.G.P. veda la casación en ese

aspecto, sin necesidad de realizar alegaciones adicionales (Cfme. Sentencia de la Corte -integrada- No. **1.633/2017**).

III.III) En cuanto a la prueba de los daños por la necesidad de reperfilear el negocio, a raíz de las exigencias de la D.G.I., el cuestionamiento tampoco resulta de recibo.

Aún cuando se considere probado que la constitución de "Paradise Vip S.R.L." fue por exigencia de la D.G.I. (extremo que fue frontalmente controvertido por la demandada al evacuar el recurso de casación, fs. 4171 vto. y ss.), lo cierto es que la alegación recursiva no logra descalificar la conclusión del Tribunal, cuando refirió que "*el negocio transformado*" (...) "*razonablemente, deben apreciarse como una inversión*".

En efecto, los recurrentes no afirman, ni ofrecieron probar, que -más allá del gasto inicial para concretar la transformación empresarial- el nuevo emprendimiento hubiera ocasionado pérdidas, por lo ruinoso.

Tal extremo determina que deba repelerse el reclamo.

III.IV) Por último, el agravio concerniente a la reparación del daño consistente en los honorarios profesionales que los

actores debieron sufragar para defenderse, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, de la ilegítima actuación de la D.G.I., resulta de parcial recibo a juicio de la mayoría de la Corte.

III.IV.I) La Corporación en mayoría integrada por los Sres. Ministros Dres. Martínez, Álves de Simas y la redactora, considera que la reparación del monto que, por concepto de honorarios de abogados, tuvieron que desembolsar los reclamantes para poder defenderse en vía jurisdiccional ante el TCA, debe ser reparado.

El principio de reparación integral del daño determina que el damnificado por el obrar del ofensor, deba quedar en idéntica situación que si el hecho ilícito -en este caso el ilegítimo obrar del Estado- no se hubiese producido. Por lo tanto, de no haberse producido la actuación de la D.G.I, los reclamantes no hubiesen tenido que contratar los servicios de los curiales que los patrocinaron en el contencioso de anulación y, ante, en la impugnación administrativa de los actos lesivos ilegítimos.

Resulta por completo irrelevante que el T.C.A., en sus sentencias, no haya impuesto los costos a cargo de la perdedora. Y ello porque lo que se juzga para imponer las condenas causídicas en dicho proceso, es el comportamiento

endoprosesal de las partes. Ahora bien, a la luz de la responsabilidad del Estado, es indudable que se trata de un daño emergente para el damnificado y que el mismo resulta resarcible.

Como afirman Pezzutti y Villamil en el caso de la anulación de los actos administrativos, el art. 688 del Código Civil tiene algo de norma de competencia. En los casos en que exista alguna de las conductas típicas previstas en la norma, el juez actuante podrá condenar, y ello incluye al TCA. Fuera de esos casos, la interpretación correcta es que la norma se limita a no asignar la competencia al juez de la causa. Pero de modo alguno excluye el derecho a ser resarcido o, dicho de otro modo, el deber de reparar conforme al art. 24 de la Constitución (Pezzutti, M. y Villamil, L., "¿Debe el Estado indemnizar los honorarios del accionante en los procedimientos administrativo y anulatorio?" -Jurisprudencia comentada- en Revista Jurídica "La Justicia Uruguaya", Tomo 147, Montevideo, 2013, pág. 9 y Cal Laggiard, M., "Contencioso administrativo de reparación patrimonial", Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, N° 37, págs. 96/98).

De no haber existido el ilegítimo proceder de la Administración, el administrado no hubiera tenido que incurrir en costos por servicios

profesionales y en otro tipo de gastos para enfrentar el juicio (eventualmente contratación de consultas, peritajes, etc.). La vuelta al punto cero solamente es posible si la reparación integral tiene lugar y, para ello, la reparación del daño debe ser admitida (Cf. Patritti Isasi, M. y Gómez Leiza, J., "Enfoque procedimental y procesal de la controversia tributaria en la República Oriental del Uruguay" en AA.VV.: "Memorias de las XXIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario", Tomo IV, Instituto Boliviano de Estudios Tributarios, Santa Cruz de la Sierra, 2016, pág. 131; ver también del mismo trabajo publicado en la Revista Tributaria, Tomo XLIV, Número 259, julio-agosto 2017, págs. 624/625).

En jurisprudencia, la Corte comparte el parecer del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, que ha dicho en sentencia No. **76/2012**:

"Comenzando por el análisis del agravio introducido por la parte demandada, fundado en que el principio de reparación integral del daño no resulta idóneo para fundar la decisión de condenar al reembolso del costo de la defensa en el proceso jurisdiccional anulatorio, no es de recibo a juicio de la Sala. El Tribunal considera que la condena impuesta por el rubro de los honorarios debe ser

mantenida, tal como ha sostenido en casos similares (ver sentencia N° 265/11). Se comparte la consideración realizada por la Sra. juez 'a quo' en cuanto a que el proceso ante el T.C.A. vuelve necesaria e imprescindible la contratación de un abogado, gasto en el que no se hubiera incurrido de no haber acaecido el acto ilícito, con el que existe un claro nexo de causalidad".

En la misma orientación, en la Sentencia N° 169/2010, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno dijo: "...es de advertir, por la relevancia que ello adquiere en la decisión a adoptar, que, el actor demanda el desembolso de lo abonado por el juicio anulatorio como parte del daño material emergente, fincado en que dicha tramitación era indispensable para poder defender sus derechos. Entonces, siendo que lo lesivo radica en la necesidad de promover la instancia anulatoria para modificar la decisión administrativa, se justifica el amparo de la pretensión movilizada y el consiguiente recibo del agravio articulado en el tema puntual, cuando infolios resulta palmariamente acreditada la actitud desviada de la Administración, que no solo desestimó la instancia revisiva en sede administrativa sino que obliga al funcionario a ocurrir ante el TCA para obtener la satisfacción de un legítimo interés, anulando la Corporación el acto administrativo impugnado, sobre la

base de un demostrado mejor derecho del accionante al ascenso, del cual había sido relegado en su oportunidad".

También en términos plenamente compartibles, en una sentencia de fecha 3 de setiembre de 1958 -de segunda instancia- se sostuvo que: *"Los errores y quebrantos de un servicio público deben ser soportados por todos los integrantes de la colectividad y no por unos pocos. (...) Y si para obtener la reparación el damnificado debe recurrir a la justicia, es evidente que aquel principio [se refiere al principio de igualdad ante las cargas públicas] dejaría de tener aplicación si éste tuviera que cargar con las costas y costos del juicio"* (véase este pronunciamiento en Giorgi, H.: "La desviación de poder en el procedimiento" -Jurisprudencia anotada- en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año X, No. 3, julio-setiembre, Montevideo, 1959, págs. 809 a 815).

Así las cosas, le asiste razón a los recurrentes cuando aducen que el fallo vulneró el principio de reparación integral del daño (art. 24 de la Constitución). Conforme a lo dicho, corresponde anular la recurrida y, en su mérito, mantener la decisión de primera instancia, en cuanto, por el concepto reclamado, condenó a abonar la suma de U\$S23.789,06 (dólares estadounidenses veintitrés mil

setecientos ochenta y nueve con seis centésimos), más intereses.

III.IV.II) Finalmente, en punto a los honorarios generados en el procedimiento administrativo de clausura del establecimiento comercial, la ausencia de fundamentación que respalde este punto de la impugnación, determina su rechazo de acuerdo al juicio unánime de la Corporación.

En tal sentido, las consideraciones formuladas en la recurrencia, contenidas en el numeral 31 del escrito referido (fs. 4158), no satisfacen a cabalidad las exigencias formales de la casación (arts. 270 y 273 del C.G.P.).

Véase que la parte recurrente se limitó a afirmar que: *"la clausura del establecimiento si bien no se llegó a concretar, insumió gastos a los comparecientes, quienes debimos comparecer ante dicho procedimiento. Resulta asombroso como la sentencia de segunda instancia omite considerar que la causa del inicio de dicho trámite fue la misma ilegitimidad que dio lugar a los procesos contenciosos-anulatorios"*.

En un caso de similares características, donde se debatió acerca del costo de la defensa en el curso del sumario administrativo y se relevó la misma carencia argumentativa, este Colegiado

expresó:

"A juicio de la Corte, lo expuesto al respecto por el recurrente no constituye un agravio útil en casación.

Ello, porque constituye la expresión de una mera discordancia con lo resuelto por la Sala, expresión que no cumple con la carga de la debida argumentación que grava a toda litigante y que, en sede de casación, contiene el artículo 273 numeral segundo del C.G.P.

El recurrente debió exponer las razones concretas de por qué la Sala incurrió en error de derecho al no disponer la condena de este rubro.

Como enseña el Prof. Enrique Vescovi, quien recurre debe indicar cuál es la aplicación de la norma de Derecho que pretende, lo que supone indicar cuál es el error de derecho que denuncia y cuál es la correcta solución al caso planteado (cf. 'Derecho Procesal', T. VI, 2ª parte, Ediciones Idea, Montevideo, 1985, pág. 198)".

Expresando más adelante -en oportunidad de analizar otro aspecto de la impugnación que en esa ocasión era objeto de análisis-: "Se trata de afirmaciones que no se han articulado como una crítica atendible en esta etapa procesal. Como es

sabido, al recurrirse en casación, debe articularse una batería argumental concreta y específica con relación a lo que es objeto de crítica (cf. Carlos A. Sandoval Molina, 'Recurso de Casación', Advocatus, 1ª ed., Córdoba, 2016, págs. 231 y 232)".

En definitiva, el rechazo del sub-rubro honorarios por la defensa en el procedimiento de clausura está determinado por razones adjetivas o rituales (art. 273 del C.G.P.).

Por estos fundamentos y en atención a lo establecido en los arts. 268 y concordantes del Código General del Proceso la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

AMPÁRASE PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN CUANTO REVOCÓ LA CONDENA AL PAGO DEL DAÑO EMERGENTE POR LOS HONORARIOS PROFESIONALES Y, EN SU LUGAR, SE MANTIENE FIRME LA CONDENA IMPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA POR DICHO RUBRO.

LAS COSTAS Y COSTOS DEBERÁN SER SOPORTADAS POR EL ORDEN CAUSADO.

FÍJENSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 40 B.P.C. PARA CADA PARTE (ART. 71 LITERAL B DE LA LEY N° 17.738).

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO,

PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

DRA. MARTHA ÁLVES DE SIMAS
MINISTRA

DRA. TERESITA MACCIÓ
MINISTRA

DR. JORGE O. CHEDIK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE PARCIALMENTE: A

mi juicio, también co-

rresponde rechazar los

agravios esgrimidos por la

recurrente vinculados a la desestimatoria del rubro daño emergente derivado de los honorarios profesionales devengados en el proceso anulatorio seguido ante el T.C.A.

I) Sobre el punto recientemente he tenido oportunidad de pronunciarme en Sentencia No. 143/2019, cuyos términos, por ajustarse exactamente al *subexamine*, corresponde reeditar: "*A juicio del Dr. Turell y del redactor [Dr. Chediak], corresponde rechazar los agravios articulados en el punto por cuanto*

comparten la posición jurisprudencial que sostiene la improcedencia del amparo del daño emergente reclamado (gastos y honorarios profesionales devengados a raíz del juicio anulatorio ante el T.C.A.) en supuestos en los cuales (como ocurre en el subexamine) no existió especial condenación procesal por parte del T.C.A.

En este sentido, la Corporación, en mayoría y reeditando jurisprudencia anterior, ha expresado: 'En lo referente al daño material emergente, por gastos y honorarios profesionales, el actor alegó que resultaba de rechazo la postura del Tribunal, de revocar dicha indemnización, cuando en aplicación del principio de reparación integral del daño, correspondía que el reembolso de los gastos y honorarios de la instancia anulatoria se hicieran extensivos a la presente litis.

La mayoría que integra la decisión en éste punto, siguiendo reiterado criterio de la Corporación, considera que la solución adoptada por la Sala, de no amparar la pretensión referida a los gastos y honorarios generados en la vía anulatoria, es la correcta, por cuanto los mismos no se encuentran alcanzados por el concepto de reparación integral del daño.

Como se sostuvo en Sentencia de la Corte No. 829/2012: '... no puede

sustentar el reembolso del costo de la defensa en el proceso jurisdiccional anulatorio, porque en este ámbito, la indemnización colidiría con la cosa juzgada emergente de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y con el carácter indisponible de la normativa legal que reglamenta la distribución de costas y costos en juicio en función de la conducta procesal'.

'Si el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no impuso tal condena al Estado, al dictar la sentencia anulatoria, no puede serle impuesta por vía indirecta reparatoria, porque se estaría vulnerando la decisión de dicha Corporación, que juzgó que la conducta estatal no ameritaba esa sanción, aplicando al efecto los criterios determinados por la legislación, en materia no disponible para las partes ni tribunales. En esta órbita, la aplicación del principio de reparación integral no puede realizarse en desmedro de la incidencia de otros principios más específicos que conducen a solución distinta'.

De acuerdo con los argumentos que vienen de señalarse, no se advierte por parte del órgano de mérito vulneración alguna al principio de la reparación integral del daño (Cf. Sentencia No. 64/2015 del Cuerpo)'".

II) Sin especial condena

procesal.

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