

//tencia No. 2213

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria estos autos caratulados: **"CRUZ S.A. - CONCURSO NECESARIO- CALIFICACIÓN DE CONCURSO - RECURSO DE APELACIÓN - CASACIÓN"**, IUE: 40-18/2013, venidos a conocimiento de esta Corporación en mérito al recurso de casación interpuesto por los representantes de Telmo Canabarro Eula y Jacqueline Dianessi contra la Sentencia Interlocutoria No. 24/2019, de fecha 20 de febrero de 2019, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. Turno.

RESULTANDO:

I.- Por Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia No. 24/2019, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. Turno confirmó la sentencia apelada, "... excepto en cuanto a la condena a Estela y Juan Pedro Kechichian por la totalidad del déficit patrimonial de la concursada cuya responsabilidad se limita a los bienes dejados por el causante Pedro Kechichian. Con las costas y costos del grado a cargo de los perdidosos Canabarro y Dianessi..." (fs. 3385/3419).

A su vez, el pronunciamiento anterior, emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1er. Turno, por Sentencia 1937/2018 de fecha 19 de julio de 2018, había fallado: *"Declárase culpable el Concurso de CRUZ S.A. al haberse configurado las causales previstas en el artículo 194 numerales 1), 2) y 3) de la ley 18.387. En razón de su responsabilidad en la producción o agravación de la insolvencia y en las omisiones que generaron las presunciones de culpabilidad señaladas, decláranse afectados por tal calificación a los Sres. Daniel Enrique Long Lageard y Jacqueline Dianessi y en su mérito inhabilitados para administrar bienes propios o ajenos, así como para representar a cualquier persona, por un período de 10 años. Condénase a los Sres. Daniel Long, a los sucesores de Pedro Kechichian: Juan Pedro y Estela Kechichian, a Telmo Canabarro Eula y a Jacqueline Dianessi a cubrir la totalidad del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva. Ofíciase al Registro Nacional de Actos Personales a los efectos previstos en el art. 201 numeral 3) de la ley 18.387, sin costo por no existir recursos suficientes..."* (fs. 3265/3305).

II.- En tiempo y forma, Telmo Canabarro Eula y Jacqueline Dianessi interpusieron recurso de casación contra la sentencia dictada por el "ad quem".

En su libelo impugnativo, que obra a fs. 3427/3431 vto., el curador de Telmo Canabarro Eula cuestionó la decisión judicial que lo consideró un administrador de hecho de la sociedad concursada y, sobre todo, los fundamentos en los que basó dicha calificación.

En tal sentido, indicó que la sentencia colide con lo establecido en los artículos 192, 194 numerales 1º, 2º y 3º así como en el artículo 201 numeral 3º de la Ley No. 18.387.

Planteó que no se requiere aclarar si se tiene la condición de accionista o ex accionista, para solicitar la declaración del concurso.

Esgrimió que la justicia del Trabajo concluyó que no estaba legitimado pasivamente ante un reclamo emprendido por trabajadores de la sociedad concursada; que tampoco es un extremo indicativo de su calidad de administrador de hecho el haber sido fiador de CRUZ S.A., en el contrato de arrendamiento del local comercial donde funcionaba el negocio explotado por la sociedad comercial. A la fecha del concurso, llevaba 12 años fuera del Directorio de la sociedad, por lo que la conclusión establecida no es razonable.

Indicó que el Tribunal se apartó de las reglas vigentes en materia de valoración

probatoria. La prueba testimonial diligenciada fue valorada de manera absurda por la Sala.

También denunció infracción a lo previsto en el artículo 201 de la Ley No. 18.387, puesto que dicho precepto establece que cuando el concurso sea calificado como culpable, la sentencia podrá contener una condena a los administradores. La expresión "podrá" deja a criterio del Tribunal hacerlo, lo que debe realizar atendiendo a las circunstancias del caso y de manera fundada.

Por último, señaló que el fallo resulta ilógico e injusto, al aplicar el art. 688 del Código Civil de manera infundada y, por ello, improcedente. Estima que para aplicar preceptivamente la condena en costas y costos, el Tribunal debió valorar la malicia temeraria de la apelante y no lo hizo. La sentencia se limitó a transcribir lo que sostuvieron unos y otros sin hacer una argumentación propia, fundada, que conduzca a una condena tan grave y gravosa.

III.- Por su parte, el representante procesal de Jacqueline Dianessi en su recurso que obra a fs. 3433/3444 indicó, que le causa agravio la sentencia porque mantuvo la condena de inhabilitación impuesta en primera instancia, que le prohíbe administrar bienes propios o ajenos, así como representar a cualquier persona por un período de 10

años. Además, porque realiza una modificación respecto de la responsabilidad patrimonial de Juan Pedro y Elena Kechichian, lo que incrementa la responsabilidad de los restantes condenados en relación al déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

A su vez, planteó que la sentencia impugnada es nula por estar indebidamente motivada (fundamentada). Estrictamente, la decisión carece de fundamentos, porque se limita a remitirse a los argumentos de la decisión de primera instancia y a los esgrimidos por la sindicatura. El Tribunal rechazó los agravios articulados en varios párrafos del recurso, sin siquiera justificar por qué lo hacía. Si bien la fundamentación por remisión es válida, no puede ser tan amplia como para habilitar el rechazo de los agravios por la mera remisión a los fundamentos de la sentencia impugnada.

Expresó que no se consideraron algunos de los cuestionamientos que esgrimió en su recurso de apelación. Por ejemplo, el que denunció que el juzgado de primera instancia no consideró algunos elementos probatorios que le resultaban favorables. Relevó varias declaraciones testimoniales que demuestran, a su entender, que no era una administradora de hecho ni tomaba decisiones en CRUZ S.A. Estima que la valoración de la prueba fue

ostensiblemente errónea, porque los testigos a los que se remite el Tribunal, declaran que ella no administraba, no tomaba decisiones, no impartía órdenes ni realizaba controles.

Agregó la existencia de error en la interpretación del alcance de la transacción otorgada en sede laboral ante el reclamo de los trabajadores de CRUZ S.A. porque no asumió obligación alguna en dicha transacción a título personal, sino que el dinero para su cumplimiento fue integrado por otros codemandados.

En definitiva, bregó por la anulación de la sentencia y la remisión del expediente al Tribunal de Apelaciones que por turno corresponda, por entender que la Sala incurrió en un error "*in procedendo*".

IV.- El recurso de casación movilizado fue sustanciado mediante el correspondiente traslado a la sindicatura (Liga de Defensa Comercial), que lo evacuó en los términos que surgen del escrito que obra a fs. 3458/3468, en el que se abogó por su rechazo.

V.- El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. Turno ordenó franquear el recurso interpuesto (fs. 3504/3511) y los autos fueron recibidos por este Cuerpo el 16 de agosto de 2019 (fs. 3520).

VI.- Por Decreto No. 1743 del

29 de agosto de 2019 (fs. 3521 vto.), se ordenó el pase de los autos a estudio, por su orden.

VII.- Culminado el estudio, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, anulará la condena en costas y costos impuesta en segunda instancia al recurrente Telmo Canabarro Eula y, en su lugar, dispondrá que dicho recurrente sufrague los gastos procesales por el orden causado. En lo restante, desestimaré los recursos interpuestos. Sin especial condenación procesal en la instancia.

II.- En primer término, a los efectos de facilitar el razonamiento expositivo, toma nota la Corte que en obrados se sustanció el incidente de calificación del concurso de la sociedad comercial CRUZ S.A., que explotó el restaurante "La Pasiva" sito en la esquina de la Avenida 18 de Julio y Ejido.

Corresponde recordar que la sentencia de segunda instancia impugnada, confirmó la calificación de culpable al concurso de CRUZ S.A. También ratificó la decisión de declarar afectados por tal calificación a los Sres. Daniel Enrique Long Lageard y Jacqueline Dianessi y, en su mérito, inhabilitados

para administrar bienes propios o ajenos, así como para representar a cualquier persona, por un período de 10 años. Además, mantuvo la condena a los Sres. Daniel Long, Telmo Canabarro Eula y Jacqueline Dianessi a cubrir la totalidad del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva

III.- Considera la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus integrantes, que el recurso de casación planteado debe ser desestimado con la salvedad que se dirá.

En forma liminar, conforme al parecer de los Sres. Ministros Dres. Turell y el redactor, la mayoría de los cuestionamientos que los recurrentes dirigen contra la sentencia impugnada no pueden ser examinados en casación. En efecto, se trata de extremos respecto de los cuales existen dos pronunciamientos contestes (artículo 268 inciso 2° C.G.P.). El único punto sobre el que no existe doble confirmatoria, es sobre la condena causídica impuesta en segunda instancia, decisión que es cuestionada por el recurrente Canabarro Eula.

En efecto, ambas instancias de mérito entendieron acreditado el carácter de administradora de hecho de Dianessi y por tanto la misma se vio afectada por la calificación del concurso, disponiéndose su inhabilitación por el lapso de diez

años y la condena a cubrir la totalidad del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

En cuanto al recurso interpuesto por Canabarro, el sector de agravios relativos al carácter de administrador de hecho del recurrente resulta inadmisibles; ambas instancias de mérito entendieron acreditado el carácter de administrador de hecho de Canabarro y por tanto se vio afectado por la calificación del concurso, resultando condenado a cubrir la totalidad del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

En definitiva, concluyen los Sres. Ministros Dres. Turell y el redactor que, sin perjuicio que las sentencias de primera y segunda instancia no resulten totalmente coincidentes en su parte dispositiva, no resulta posible reexaminar en casación aquellos puntos de las sentencias sobre los cuales han recaído dos pronunciamientos coincidentes (artículo 268 inciso 2º del C.G.P.) (Cfme. Sentencias Nos. 1296/2019, 160/2016 y 359/2017 entre otras).

A diferencia del criterio postulado en los párrafos anteriores, la Sra. Ministra Dra. Bernadette MINVIELLE considera de recibo una tesis más amplia sobre los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, que entiende que siempre que el Tribunal de segunda instancia revoque en forma total o

parcial la sentencia de primera instancia, o que la confirme pero con discordia, la sentencia en su integralidad, será pasible de ser revisada en casación. Desde luego que, como esta posición sobre la admisibilidad del recurso es minoritaria, resulta estéril en este caso ingresar a examinar aspectos sobre los cuales, a juicio de la mayoría de la Corporación, resulta vedado su control en casación (Cfme. Sentencia No. 693/2018).

Efectuada la apreciación que antecede, la Corte constata, como se adelantó, que el único cuestionamiento que resulta pasible de ser revisado es el articulado por el recurrente Telmo Canabarro Eula, que se dirige a cuestionar la condena causídica impuesta por la Sala de 7mo. Turno en su sentencia.

El recurrente denunció que el fallo resulta ilógico e injusto, al aplicar el artículo 688 del Código Civil de manera infundada y, por ello, improcedente. Para aplicar preceptivamente la condena en costas y costos, el Tribunal debió valorar la malicia temeraria de la apelante y no lo hizo. La sentencia se limitó a transcribir lo que sostuvieron unos y otros sin hacer una argumentación propia, fundada, que conduzca a una condena tan grave y gravosa.

La corte estima que el

agravio resulta de recibo.

En efecto, la decisión de condenar al recurrente al pago de las costas y costos del grado resulta totalmente infundada, por lo que colide frontalmente con el deber de fundamentación impuesto al Tribunal por el artículo 197 in fine del C.G.P. La absoluta carencia de fundamentación, como en la especie, es causal de anulación.

Cabe observar que cuando la imposición de las condenas causídicas no resulta preceptiva, como ocurre en este caso, el juzgador debe ponderar la conducta de las partes litigantes. La imposición de una condena en costas y costos, tiene como presupuesto necesario la atribución de una conducta maliciosa y temeraria a quien se impone la condena.

En efecto, el art. 688 del Código Civil requiere, para que un litigante sea condenado en costas y costos, que este actúe con "malicia que merezca la nota de temeridad" (véase sobre el punto: Tarigo, E: "¿Cuándo corresponde la condenación especial con constas o en costas y costos al vencido?", RUDP, 1/1994, págs. 88/89).

Desde luego que la atribución de esa conducta a un litigante, requiere de una fundamentación suficiente que, en este caso, no existe (Cfe. Sentencia de esta Corporación No. 1.128/2019).

La Corte tuvo oportunidad de expedirse en un caso similar al presente, en el que también se anuló la condenación causídica realizada en una sentencia de segunda instancia por falta de fundamentación adecuada. En efecto, en la Sentencia No. 4008/2011 dijo la Corporación:

"En cuanto a la falta de fundamentación de la sentencia en relación a la condena en costas y costos, el agravio resulta de recibo.

Al respecto, mutatis mutandi son trasladables al subexamine las consideraciones efectuadas en la Sentencia No. 2.432/2010: 'Tal como afirma De La Rúa, para que la ausencia de motivación importe nulidad de la sentencia por violación de las formas, debe tratarse de una carencia total de motivos justificantes de la convicción del Juez. Dicha carencia debe ser de tal entidad que el fallo resulte privado de razones suficientes, aptas para justificar el dispositivo, con relación a las cuestiones de la causa (El recurso de casación, págs. 153/154). (...)

Ahora bien, la Sala sostuvo que '... no se han probado los extremos alegados por la actora en su pretensión... y sabido es que a cada parte le corresponde probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico

perseguido por ella, cualquiera sea su posición procesal y para el caso de no hacerlo se traducirá en una decisión desfavorable a su pretensión... la conducta procesal fue correcta sin embargo la falta de fundamentos en los agravios y la doble confirmatoria hacen que se apliquen las costas y costos correspondientes en la instancia (artículo 56 y concordantes CGP) (fs. 2581).

(...) En efecto, para que corresponda la condena preceptiva en costos, es necesario incurrir en malicia temeraria. Los gastos del proceso no son una consecuencia necesaria del hecho culposo, sino de algo ulterior, no hay una relación de causa a efecto entre el ilícito y ese rubro de la demanda; es la conducta procesal de la parte la que genera el gasto procesal, resultando aplicable el art. 688 del C. Civil.

Couture señala: 'El juez condena en costas y costos si ha existido de parte del perdedor 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 concuerda 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).

En el caso, no surge acreditado que la actora haya actuado con la intención maliciosa de perjudicar a la contraparte, presupuesto de

fundabilidad de la condena, en consecuencia, la sanción establecida basada en el hecho de ejercitar una recurrentia sin estar asistido de razón, posibilita su revisión en el presente grado casatorio, al no poder entenderse que la parte actuara con 'malicia que merezca la nota de temeridad', máxime cuando el propio órgano que lo impone determina que la conducta procesal de las partes fue correcta".

En definitiva, sostiene la Corte que tiene facultades para revisar en casación si está debidamente fundamentada la decisión de atribuir a una parte malicia que merezca la nota de temeridad y hacerla cargar con todos los gastos del proceso (art. 688 del Código Civil).

En este caso es evidente la falta de fundamentación, porque el Tribunal no hizo el menor esfuerzo en orden a explicitar los extremos en los que basó la condena que le impuso al recurrente.

Ante este escenario, la conclusión es evidente, esa decisión judicial no está debidamente justificada y colide con el deber de fundamentación que impone a los órganos jurisdiccionales el artículo 197 del C.G.P. Por ende, la sentencia debe ser anulada en ese punto.

IV.- La correcta conducta procesal de las partes determina que las costas y los

costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (artículo 688 del Código Civil y artículos 56.1 y 279 del C.G.P.).

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

FALLA:

HACIENDO LUGAR EN PARTE AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y EN SU MÉRITO, ANULANDO LA RECURRIDA EN CUANTO CONDENÓ EN COSTAS Y COSTOS A TELMO CANABARRO EULA, DISTRIBUYENDO LOS MISMOS, EN SU LUGAR, POR EL ORDEN CAUSADO. EN LO DEMÁS, DESESTÍMANSE.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL EN LA PRESENTE INSTANCIA.

FÍJANSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 20 B.P.C.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. EDUARDO TURELL
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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