

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

Importancia	Fecha	Procedimiento	Ficha	Tipo
MEDIA	26-05-2010	PROCESO CIVIL ORDINARIO	2-25759/2006	DEFINITIVA
Materias				
DERECHO COMERCIAL				
Firmantes				
Nombre		Cargo		
Dr. Gregorio Fregoli SOSA AGUIRRE		Ministro Trib.Apela.		
Dr. Alvaro Jose FRANCA NEBOT		Ministro Trib.Apela.		
Dr. John PEREZ BRIGNANI		Ministro Trib.Apela.		
Redactores				
Nombre		Cargo		
Dr. Alvaro Jose FRANCA NEBOT		Ministro Trib.Apela.		
Discordes				
Abstract				
Descriptores				
Sentencias Similares				
Resumen				
daños y perjuicios				

No.168

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno

Ministro redactor: Dr. Álvaro França

Ministros Firmantes: Dr. Tabaré Sosa, Dr. John Pérez Brignani y Dr. Álvaro França

Montevideo, 26 de mayo de 2010.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados “ SUPERVEILLE CASARAVILLA MARIA MERCEDES C/ BANCO DE MONTEVIDEO SA (EN LIQUIDACION) Y OTROS . – DAÑOS Y PERJUICIOS “ Ficha 2 25759 2006 venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva No 20 de fecha 20 de noviembre de 2008 dictada por la Señora Juez Letrado de Primera Instancia de Concurso de Primer Turno Dra. Teresita Rodríguez.

RESULTANDO:

I.- La sentencia definitiva recurrida desestimó la demanda e hizo lugar a la falta de legitimación pasiva opuesta por el BANCO CENTRAL DEL URUGUAY (fojas 756 a 763).

II.- La parte actora interpuso el recurso de apelación por no compartir la valoración que se hizo de la prueba y por considerar que el BM brindó una defectuosa o errónea información , también discrepó con la solución dada respecto del BCU. Desarrolló sus agravios en fundado escrito en definitiva solicitó se revocara la sentencia y se hiciera lugar a la demanda en

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

la forma oportunamente pedida condenando a los demandados en forma solidaria (fojas 764 a 768).

III.- - Se contestaron los agravios respectivos y se franqueó la alzada con efecto suspensivo en la forma de estilo en el mes marzo de 2009 (fojas 810).

V.- Recibido el proceso en el Tribunal (octubre 2009 fojas 817), los autos se giraron a estudio en forma sucesiva, acordándose luego de diligenciar la agregación de la prueba no remitida , adoptar la presente decisión.

C O N S I D E R A N D O:

I) Que el Tribunal con el voto unánime de sus miembros naturales habrá de confirmar la sentencia recurrida por los fundamentos expuestos y por lo que se dirá.

II) En efecto, para llegar a la solución preanunciada es del caso recordar que la actora promovió el presente proceso tendiente a que se imputaran obligaciones incumplidas del TRADE & COMMERCE BANK (TCB) al BANCO DE MONTEVIDEO (BM) por un monto total de U\$S 45.185,40. Surge probado que la actora tenía una participación en Certificados de Depósito de TCB constituida en el mes de enero de 2002 por la cantidad mencionada a una tasa del 6,5% anual (lo cual era superior a las tasa correspondiente a depósito a plazo fijo en el BM en el mismo periodo de acuerdo a

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

tasas de mercado). La actora mantenía colocaciones en ésta modalidad en el TCB desde el mes de octubre de 2000 lo que es ilustrativo e indicativo de la habitualidad de la modalidad de operar. Los movimientos que tenían relación con la inversión se realizaban desde una caja de ahorro y surge probado que en varias oportunidades solicitó adelantos sobre los certificados de depósito del TCB.

También surge probado que la actora había celebrado con el BM un Contrato de “ Condiciones Generales de Administración y Asesoramiento de Inversiones “.

También surge acreditado que la actora se presentó ante la Comisión creada a los efectos del artículo 31 de la ley 17.613 para que se le reconociera su condición de ahorrista del BM y recibir igual trato pero su petición fue desestimada.

En cuanto al conocimiento del tipo de inversiones realizados asiste razón a la señora Juez a quo en el sentido que existió el consentimiento de la actora , que la misma nunca realizó observaciones a los estados de cuenta y no acreditó la defectuosa información que dice se le suministró. En tal sentido cabe remitirse a las consideraciones realizadas en la sentencia de primer grado (fojas 761y vuelto) y lo mismo se desprende del informe de la Comisión Asesora en el marco del artículo 31 de la ley 17.613 (fojas 126 a 130).

Se comparte con la recurrida que la sola existencia del grupo económico no alcanza para declarar la inoponibilidad de la personería jurídica para lo cual se requiere la prueba del fraude.

En tal sentido como ha expresado la Sala con su anterior integración que fuera ratificada en otros fallos en la actual respecto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en conceptos trasladables a la sub.lite : “ ...En ese orden cabe resaltar en primer término que la inoponibilidad de la persona jurídica resulta aplicable en los casos en los cuales se desvía la causa fin del negocio societario al utilizar a la sociedad como un medio para obtener fines no admitidos por el legislador (Cfm Caputto Leandro Javier Inoponibilidad de la persona jurídica societaria Ed Astrea 2006 pág 91).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

Lo que se pretende es la inoponibilidad de la personalidad jurídica por incumplirse a través de la relación asociativa negocial personalizada, la licitud buscada por el ordenamiento al pautar conductas humanas.

El objetivo del instituto es, por todo lo dicho precedentemente , dejar de lado la regulación legal específica que , bajo la existencia de determinadas condiciones legalmente establecidas, reconoce el legislador sin desmerecerla con una nulidad privando de todo efecto positivo el negocio societario, cuando la utilización de la imputación diferenciada se ejerce apartándose de aquellas condiciones “

“ En función de lo expuesto , debe destacarse el carácter normativo e instrumental de la persona jurídica disciplina legalmente reconocida por la regulación de determinadas relaciones humanas, puesto que puede ser dejada de lado mediante su ineficacia parcial ante el acaecimiento de dos vicios que deben presentarse coetáneamente: el desvío de la causa. fin del negocio y la existencia de algunos de los vicios de los actos jurídicos (fraude , simulación lícita o ilícita o abuso de derecho) , el apartamiento de la modalidad empresarial que subyace a toda sociedad o , finalmente por intereses públicos “

“ La existencia de alguno de los vicios mencionados en la sociedad, no puede dar lugar al apartamiento de las normas que regulan la persona jurídica pues en tal caso no se está abusando de ella sino que eventualmente existirá un obrar ilícito de la sociedad, lo cual no equivale que no se esté cumpliendo las condiciones de uso de su disciplina legal (Cfm Caputto ob cit pag 106-107)”.

“ El punto central es el siguiente : si la sociedad como corporación funciona correctamente respetando sus condiciones legales de uso a través de la consecución de su causa fin , los eventuales incumplimientos en que incurran darán origen a las deudas de la sociedad y no constituirán supuestos de abusos de la disciplina de la personalidad jurídica que permitan imputar la actuación al socio o controlando .Como bien destaca San Millan “ incumplimiento no es lo mismo que uso desviado de la personalidad “ (CfmCaputto pag 118) Es decir que la actuación imputable requiere un factor subjetivo doloso . Partimos de un agente que obra dolosamente para conseguir fines diversos a los previstos por el legislador para conceder la personalidad jurídica por medio del uso de la disciplina legal societaria , o en otras palabras, que en el origen de la conducta prevista se requiere intención concreta puesto que debe existir voluntad de encubrir la consecución de fines extra societarios o de utilizar la forma societaria como un mero recurso para obtener resultados no queridos por la norma en análisis (Cfm Caputto pág 121)”.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

Debemos tener presente que la personalidad diferencia entre la sociedad y sus socios y sus administradores , constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que configura un régimen especial , por dicho tipo societario constituye una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía; en ese contexto se considera de orden excepcional la aplicación de esta causal de responsabilidad (CFm CJNI 3/4/03 Palomeque Aldo R. C/ Benemeth S.A. y otro Ed.203181 y LL 2003 F731).

Es por ello que la desestimación de la persona jurídica debe quedar limitada a casos concretos verdaderamente excepcionales pues cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulta de no respetar aquellas salvo casos excepcionales puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de ellas se haga (Cfm CNCome. Sla E 21/4/97 Rouso de Guelar Regina c/ Esposito Ramón s/ medida precautoria LL 1998 B 935) . Ello es así por cuanto una aplicación irrestricta de las teorías mencionadas podría llegar a consagrar la excepción como regla, circunstancia que no fue la que inspiró el nacimiento de tal remedio jurídico (Cfm CNCom.Sla B 20/5/87 Jabif Ricardo c/bonina y TGomasini S.A. s/ ordinario “ ED 125-163) .

En igual sentido se ha expedido la Suprema Corte de Justicia en Sent. No. 123/00: “La mayoría de la Corte considera que el disregard es una acción excepcional mediante la cual el Juez está habilitado a ingresar dentro del marco de la persona jurídica y llegar hasta las personas físicas (o jurídicas) que hay en su base y hasta la plataforma económica subyacente, a fin de aplicar aquellas normas de derecho que correspondieren evitándose así el uso abusivo de la personalidad jurídica. Dado su carácter de excepcionalidad es que cabe aplicar este correctivo únicamente cuando la persona jurídica es utilizada abusivamente, encubriendo conductas que burlan a los acreedores El Tribunal de mérito, contrariamente a lo sostenido por la impugnante, no infringió los incs. 1 y 2 del art. 189 de la Ley No. 16.060, los cuales establecen que si bien puede prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad cuando ésta es utilizada en fraude a la Ley o para perjudicar a terceros, debe probarse fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad como instrumento para alcanzar ese fin. En tal sentido, es de señalar, con Dobson (El abuso de la personalidad jurídica, pág. 63) que indudablemente, la concesión de responsabilidad limitada a ciertas personas físicas, ya sea individual o colectivamente consideradas, importa una ventaja o preferencia.

“La concesión de este verdadero privilegio personal para una persona o un grupo de individuos halla su sustento racional en el interés estatal en promover la actividad comercial e industrial limitando el riesgo de quienes aportan capitales a emprendimientos empresariales de indudable repercusión positiva en el desarrollo económico y social, a tal punto que las

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

sociedades comerciales de responsabilidad limitada fueron y son los verdaderos motores o palancas del industrialismo en los países desarrollados, pero tal ratio o directriz teleológica se vincula esencial e inexcusablemente a la constitución de una empresa, cuya actividad es económica: aquélla que actúa sobre las cosas con el fin de producir bienes y servicios y repartir las ganancias que pueden resultar del uso del capital aportado" (op. cit., pág 73 - 74). Dobson incluye entre los supuestos legales de admisibilidad del disregard a la "sociedad de mero recurso" o "pantalla" para la actuación personal, la "simple máscara", la "sociedad de paja", el "velo tras el cual se esconde el empresario", esto es, la situación de la sociedad ficticia que ha dado lugar a tantas metáforas y que constituyó el campo inicial de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica.

Es que el fundamento de la concesión del beneficio de la limitación de la responsabilidad es la existencia de empresas que se entienden beneficiosas para el desarrollo de la comunidad (op. cit., pág. 511).(CFM S 193/2000 SCJ).

Ninguno de los presupuestos y extremos mencionados así como requeridos se dan en autos. Nada de ello se ha probado por la parte actora que habilite el pronunciamiento del grado anterior.

III) Asimismo como señalara la Sala en sentencia Nro 182 /2008 (ratificado luego en recientes fallos) respecto del conjunto económico “ La existencia de un grupo de sociedades en nada altera los requisitos sobre los cuales se aplica la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria aun cuando no pueda dejar de reconocerse que la independencia jurídica de la sociedad como sujeto de derecho , o sea dotado de personalidad jurídica presupone también su autonomía patrimonial y económica.

La existencia del grupo no permite de ninguna manera suponer que pueda existir con carácter general presuntivo un abuso de la controlante hacia la subsidiaria, lo cual implica sostener que “ la sola existencia de una relación de control no es motivo que autorice por si mismo a extender a la controlante la responsabilidad por las deudas de su controlada (Cfm Caputto ob cit pag 227-228).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

Como afirma MANOVIL , la sola pertenencia de una sociedad a un grupo , o el solo hecho del control , no son de por si indicativos de que necesariamente se produce un desplazamiento automático del interés social y su reemplazo por otro externo a ella , en principio desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad podría afirmarse que el tercero tiene el deber de diligencia de investigar con quien contrata y si no se satisfacen las condiciones de su contraparte , debe exigir garantías-

En sentido concordante se ha expedido la doctrina extranjera , al sostener que en principio , la sociedad madre no carga con la responsabilidad de sus filiales y viceversa,; los diferentes componentes de un grupo tienen una personalidad jurídica distinta, que prohíbe tener a uno como responsable en razón del comportamiento de los otros (Cfm Caputto ob cit pág 229) razón por la cual “correspondía al actor acreditar la existencia de alguno de los supuestos exigidos por la normativa aplicable (art 189 de la ley 16060) a fin de destruir la presunción de legitimidad de los actos de que goza toda persona jurídica y obtener la inoponibilidad pretendida mediante el ejercicio del accionamiento objeto de estudio.

En ese orden tenemos que el fraude , fundamento último de la acción instaurada ,se configura mediante dos rasgos generales: la intención de dañar o perjudicar (consilium fraudis) y la consecuencia de un daño real o eventual (eventos damni). (V. Tancredo Galimberti, "Diccionario jurídico", Volumen2, pág. 1.043, citado en Sentencia No. 169/98)."

Con relación a la existencia de conjunto económico debemos precisar en primer término que nuestro ordenamiento jurídico posee escasas normas en las que se aborde el tema y las mismas refieren a aspectos tributarios o de previsión social.

En tal sentido la primera norma que regula este aspecto lo constituye el art 32. De la ley 13426 (ley de jubilaciones) que contiene diversos aspectos que conllevan a la presunción de conjunto económico en forma incompleta y anacrónica a efectos de la previsión social.

Asimismo en materia económica tenemos las circulares del Banco Central No. 1330 de fecha 20/7/89 en la cual se modifica el art. 86 de la recopilación en la cual se expresa: “Se considerara que dos o más personas físicas o jurídicas residentes o no forman un conjunto económico cuando:

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

a) Están interconectadas de tal forma que las decisiones a los cambios en la estructura económica –financiera de alguna o algunas de ellas afecten significativamente a las otras ,

b)La empresa financiera así las trate al asumir un riesgo ante cualquiera de sus componentes o su presunta existencia hubiere sido informada por el Banco Central del Uruguay “

Por su parte la circular No. 1544 regula la administración de la liquidez de un grupo económico del grupo de personas jurídicas que cumplan con la definición establecida en el citado art. 86.

Del mismo modo cabe señalar que en materia comercial no se ha regulado expresamente el conjunto económico en forma orgánica existiendo normas aisladas en la ley de sociedades que regulan diversas hipótesis de agrupamiento pero no de conjunto económico como tal.-

Ahora bien la circunstancia anotada no determina la prescindencia de las personas jurídicas de las sociedades integrantes ya que nuestro ordenamiento jurídico autoriza a prescindir de la personalidad jurídica en la ley 16060 en los casos específicamente establecidos, extremos éstos que no se dan necesariamente en la hipótesis de un conjunto económico.

Por consiguiente entendemos que no es posible prescindir de la personalidad jurídica de cada una de las distintas formas societarias que compongan el conjunto económico ya que no es posible ni aun por vía analógica extender la excepción prevista en el art. 189 de la ley 16060. Máxime cuando se lo hace a partir de testimonios sin que se cuente con ningún otro elemento probatorio de clase alguna.

En igual sentido se ha pronunciado en forma unánime nuestra jurisprudencia a saber :” Porque si bien por valoración unitaria y racional del profuso material probatorio incorporado (arts. 140 C.G.P.), debe admitirse la existencia de grupo

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

económico dirigido por la familia Peirano que definía la política de los productos de inversión, igualmente se releva ausencia de designio inicial en la estructura financiera del grupo dirigida a perjudicar a los clientes e inversores, pues en todo caso lo que puede concluirse es que ante la situación de crisis financiera generalizada se utilizaron recursos de algunas entidades en beneficio de otras y nada más (ampliamente de la Sede Sents. Nos. 246/07,224/2009 etc.), sin que existan elementos que permitan sostener, sin dudas razonables, que se articularon por las personas físicas accionadas maniobras fraudulentas dirigidas a la apropiación de fondos del TCB en provecho propio y determinantes del consecuente incumplimiento negocial por no restitución de depósito o en su caso, ilicitud inicial en la contratación al haberse perfeccionado con pleno conocimiento por parte de los accionados de la insolvencia integral de la entidad extranjera (TCB).

La existencia de un grupo o conjunto económico no es razón suficiente "per se" para "correr el velo" o, más técnicamente, para declarar la inoponibilidad de la personería jurídica, ya que ello requiere que esta última se haya utilizado con fraude y en perjuicio de los derechos de los acreedores (art.189 Ley Nº16.060).- En efecto, como sostiene la doctrina, ese hecho (la existencia de grupo o conjunto económico) no merita por sí solo la aplicación de la teoría del disregard of legal entity.- así se afirma que : "Todo aquel que contrata con una sociedad comercial con personería jurídica (nos referimos especialmente a las que consagran la responsabilidad limitada de socios o accionistas por las deudas sociales) conoce el alcance jurídico de sus actos y la responsabilidad jurídica de la sociedad le es totalmente oponible. Hay que probar el abuso de ese derecho genérico de la personalidad jurídica con todo su contenido y consecuencias jurídicas". "Pero más aún, en este aspecto del conjunto económico o, en forma más genérica, la concentración de empresas, es necesario realizar algunas puntualizaciones en cuanto a la posible "comunicación de responsabilidad" entre las distintas sociedades del grupo. En el análisis de la vinculación o concentración de sociedades son fundamentales dos aspectos: a) la unidad o autonomía de decisión o dirección (v.g el control, la subordinación o coordinación); b) la unidad económica patrimonial o conjunto económico propiamente dicho". "El elemento control por sí solo no es un fundamento suficiente para suponer un abuso de la personalidad jurídica (habrá atipicidad pero no ilicitud) ni para hacer responsables a las demás sociedades vinculadas o a la controlante.

Si no existe un perjuicio patrimonial para la sociedad controlada, un perjuicio a sus acreedores, un desvío del objeto social o el interés social a favor de las otras sociedades en perjuicios de la controlada, no existirá abuso de la personalidad jurídica. Así por ejemplo, la mera existencia del control en el derecho estadounidense, no autoriza a imputar responsabilidad a la controlante por los actos de la controlada".

"Asimismo cuando exista una superposición patrimonial, una confusión entre los patrimonios jurídica y teóricamente independientes de las sociedades vinculadas, el abuso, el hecho ilícito fluirá claramente cuando esa confusión se opere en

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

fraude a la ley, o para eludir responsabilidades u obligaciones contractuales o extracontractuales (causando un daño): (Conf. Nicolás Herrera en "Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho" en Anuario de Derecho Comercial Nº1, págs.68 y

Las consideraciones expuestas son perfectamente aplicables hoy en día vigente la Ley Nº16.060 que, por un lado, regula hipótesis de sociedades vinculadas, controladas sin establecer que dichas situaciones generen responsabilidad frente a terceros (en el sentido que no son integrantes de la sociedad, por ejemplo: los acreedores) (arts.47 a 51) y que, por otro, reclama el uso de la sociedad en fraude a la ley o para violar el orden público o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros para prescindir de su personalidad jurídica (art.189), por lo que la eventual responsabilidad del conjunto económico o grupo económico solo puede hacerse efectiva por la vía del disregard of legal entity.

Resulta acreditado que TCB y Banco Montevideo eran entidades jurídicamente separadas ,independientes entre sí e integrantes del Grupo Velox, dirigidos por la familia Peirano, quien establecía las políticas para los productos ofrecidos. Lo que se considera disvalioso es la conducta vulneratoria del cumplimiento del objeto de la controlada y/o intereses de sus socios o accionistas (Conf. Elías Mantero y Laura Chalar en "Conjunto Económico ¿Responsabilidad civil de la sociedad matriz? En A.D.C.U Tomo XXXV pág.753 y de los mismos autores "Otra vez sobre La Responsabilidad en el Conjunto Económico Análisis de una sentencia relevante" en A.D.C.U Tomo XXXVI pág.777 y siguientes) (sentencias Nº41/2007 del T.A.C 3ºTurno y Nº246/2007 del T.A.C 4º Turno).- Como ha señalado el Tribunal, la teoría del disregard acuñada inicialmente por vía doctrinaria y jurisprudencial recibió consagración legal en la Ley Nº16060 artículo 189. Dicho texto normativo contiene referencias precisas que imponen una estricta aplicación dada su excepcionalidad, requiriéndose el fraude a la ley, la violación del orden público o la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica en perjuicio de los accionistas o terceros requiriéndose probar fehacientemente la utilización de la sociedad como instrumento legal con los fines expresados (sentencias Nº190/2000 y Nº216/2003 en A.D Comercial Nº11, c.10, págs.201/202, entre otras). En el caso, no surge que el conjunto económico se hubiera constituido para perseguir finalidades ilícitas o contrarias a derecho. No se advierte que TCB fuera una empresa controlada por Banco Montevideo. No surgen elementos probatorios que se utilizaran en fraude a sus acreedores, sino que, contrariamente se evidencia que Banco Montevideo aumentó sus riesgos de exposición en perjuicio de sus propios clientes, siendo observado por el Banco Central del Uruguay, al traspasar fondos al exterior para que el Grupo pudiera cumplir con los vencimientos de depósitos en el TCB. Carece de fundamento fáctico la extensión de responsabilidad a una empresa "hermana" del grupo ya que para que pudiera tener cabida la imputación en forma horizontal a Banco Montevideo se debió acreditar que éste fue el beneficiario de la colocación del actor en TCB, o un instrumento a través del cual se incumplió la obligación, lo que no resultó acreditado.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

IV) Por otra parte como expresara la Sala en sentencia Nro. 221º/2008 "" Este Tribunal ya ha expresado que en las operaciones en las cuales los ahorristas adquirirían obligaciones negociables (participaciones en certificados globales) emitidos por Velox Investment Co. actuando como comisionista (y custodio de valores) el Banco de Montevideo SA, o adquirirían participaciones en depósitos globales de mayor valor constituidos en el TCB por el Banco de Montevideo SA (certificados de depósito), éste debe responder en calidad de comisionista solamente cuando actuó contra las instrucciones de su comitente, con abuso de sus facultades o incumpliendo el deber de informar adecuadamente (asesoramiento incorrecto).

Así se coincidió " en calificar la relación contractual con el Banco como comisión al realizar la Institución bancaria por cuenta del comitente pero a nombre propio negocios individualmente considerados que son actos de comercio (artículo 335 del Código de Comercio, Mezzera, Curso..., tomo 3, pág. 230, Acali 1977; Fernández-Gómez Leo, Tratado..., tomo 3 A, págs. 156 y 256; L. J. U., caso 9.189 y 12.708).

Cuando el comisionista acepta la encomienda, expresa o tácitamente, queda obligado a cumplirla conforme las órdenes e instrucciones del comitente (artículo 342 del Código de Comercio). En caso contrario rige el principio de que todas las consecuencias perjudiciales de un contrato hecho por éste en contra de las instrucciones de su comitente o con abuso de sus facultades, será de cuenta del mismo comisionista (artículo 347 del Código de Comercio) (Mezzera, op.cit., pág. 237 y 242. Iguales normas comentan Fernández-Gómez Leo, op.cit., pág. 270-271).

Por ende, el comisionista responde cuando el tiempo del contrato conocía la insolvencia de las personas con quienes contrata (argumento a contrario del artículo 363 del Código de Comercio "El comisionista no responde en caso de insolvencia de las personas con quienes contratarse en cumplimiento de su comisión, siempre que al tiempo del contrato fueran reputadas idóneas,..., o si obrare con culpa o dolo.")..." (Sentencia de la Sala No. 118 de fecha 2 de mayo de 2007; asimismo Sentencia No. 239 de fecha 18 de octubre de 2006; Sentencia No. 360 de fecha 12 de diciembre de 2007-con discordia del redactor de la presente-citada en ADCU, tomo XXXVIII, caso 766; sentencia No. 92 de fecha 16 de abril de 2008; Sentencia No. 97 de fecha 16 de abril de 2008 y Sentencia No. 204 de fecha 27 de agosto de 2008; en forma concordante SCJ, Sentencia No. 212/2007, en ADCU, tomo XXXVIII, caso 761)."

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

Y como se afirmara en sentencia 109/2009 “, la actora tenía la carga de probar sus afirmaciones y no podía ignorar que si no o hacía, corría el inevitable riesgo de perder el juicio al decir de COUTURE (Fundamentos pág 234)

Lo decisivo y particular del caso es entonces que la actora no acreditó ser ahorrista como alegó, del Banco de Montevideo y que sus ahorros hubieran sido transferidos al TCB sin su consentimiento (o con su voluntad afectada por vicios). La actora RIVOIR era inversora del TCB persiguiendo obtener mayor interés y ello revela su conocimiento y consentimiento de que el dinero estaba colocando en el TCB, asumiendo el riesgo consiguiente.

V) Ahora bien la valoración de las distintas probanzas producidas conforme a las reglas de la sana crítica y a la luz de los conceptos referidos anteriormente nos lleva al acogimiento de los agravios introducidos por la demandada y al rechazo de la demanda instaurada. La parte actora era inversora del TCB, por lo que mal puede alegar desconocimiento de tales actos o que fueran realizadas en contra de su voluntad. Es mas surge con claridad meridiana que la demandada Banco de Montevideo actuó como comisionista de los hoy reclamantes, y dentro de los limites del encargo según se desprende de la documentación referida .y por consiguiente no responde n por la insolvencia de las personas que contrata.

Asimismo no emerge del análisis referido la existencia de dolo o fraude por parte de la demandada que determine la prescindencia de la personalidad jurídica de la demandada requisito este imprescindible para el acogimiento de la acción instaurada.

Por otra parte conforme a lo claramente preceptuado por el inciso tercero del art 190 de la LSC “ En ningún caso la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe “ extremo este que se produciría en el caso de autos ya que la declaración de inoponibilidad afectaría fondos del Banco de Montevideo en claro perjuicio de los restantes depositantes de buena fe de la institución En este orden como afirma con claridad meridiana Nicolás Herrera “ no puede afectar los derechos de los terceros de buena fe la una decisión judicial que desconoce a una persona jurídica para

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

favorecer al actor , por mas razón que este tenga cuando hay terceros que no tienen defensa ninguna que no son parte en el juicio , que no corresponde que sean parte en el juicio y que contrataron de buena fe con la sociedad “ Cfm Herrera , Nicolás la inoponibilidad de la personalidad jurídica en La nueva Ley de Sociedad pág 92) .

VI) Respecto a los agravios introducidos con relación a la responsabilidad del Banco Central del Uruguay en la presente causa la Sala con el voto unánime de sus miembros naturales habrá de desestimar los mismos en virtud de no darse en la especie los supuestos para que proceda su acogimiento

La responsabilidad que se reclamó del Banco Central fue por incumplimiento de los deberes de control, tolerando que Banco Montevideo ofreciera el producto TCB sin que existiera autorización formal a tales efectos,. El material fáctico incorporado al expediente no permite acreditar la responsabilidad del Banco Central del Uruguay en función de los hechos articulados en la demanda. Por otra parte la participación, en el certificado de depósito de TCB no era una operativa prohibida ni requería autorización expresa del Banco Central. (Cfm TAC 1 S 51/2008).

“ En igual sentido se ha pronunciado los Tribunales de apelación de 3er Turno en sentencia 337/2007 y Tribunal 4to. S 64/2008).

Por otra parte es de hacer notar que ninguna de las disposiciones legales referidas anteriormente ni las leyes 17292 (Ley de urgencia)y 17613(Fortalecimiento del sistema Financiero) establece una comunicación de responsabilidades salvo en caso de una hipótesis de conducta ilícita asimilable al fraude pauliano (art 32 de la ley 13426) la cual debe ser acreditada fehacientemente extremo éste que en la especie no acontece “ Cfm Sentencia Nro. 182/2008 entre otras.

En tal sentido como ha expresado la Sala en anteriores pronunciamientos con diferente integración :“ La obligación de supervisión y contralor de la actividad bancaria del Banco Central del Uruguay no es una obligación de resultado sino una mera obligación de medios, y que por ende la mera caída de una institución financiera o de varias no implica por si la

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

responsabilidad del ente controlador. "-Puede ser que exista una seria presunción de que el contralor del Central funcionó mal, ineficientemente en los meses previos a la crisis bancaria de julio del 2002: pero ello no basta, en ausencia de prueba pericial, para concluir sin la menor hesitación, en la existencia de una total responsabilidad de ese organismo como tal."

"La autoridad banco centralista antes de la crisis bancaria no tenía por finalidad "evitar insolvencias" sino controlar el ajuste a las reglas que la misma dictaba tendientes a medir la liquidez y solvencias exigidas y las entidades estaban obligadas a suministrar a la autoridad de supervisión toda la información que la ley o las normas reglamentarias establecían, de modo que por ese medio se pudiera fiscalizar el cumplimiento de las reglas de liquidez y solvencia.

Pero la crisis de 2002 fue esencialmente crisis de liquidez profunda, sistémica (afectó a todo el sistema financiero), se presentó como severa crisis de confianza (cf. Olivera, Bragard, Leiza El sistema bancario uruguayo a partir de la crisis, p. 25-28) . La supervisión bancaria integrada por la normativa del dec-ley 15322, modificaciones introducidas por la Ley 16327 y Carta Orgánica del BCU fue "fortalecida" por la Ley 17613, lo que significa que era el rol estatal en general el que se entendió no suficiente o idóneo.-

"Hasta la aprobación de la nueva ley nuestro sistema de supervisión se apoyaba en un sistema mixto de revisión in situ "Por medio de sus propios inspectores y la auditoria externa practicada por empresas independientes, permitiéndole analizar la exactitud de los reportes recibidos, las operaciones en su globalidad, la calidad de la cartera, la suficiencia de los sistemas de administración de la información y su contabilidad. También contaba con la posibilidad de ejercer su vigilancia extra situ a través del régimen de entrega periódica de información a que están obligadas las entidades bancarias".-

"Sin embargo, la aplicación de las herramientas mencionadas puso de manifiesto algunas carencias en nuestro sistema lo que ambientó el dictado de medidas de supervisión más intensas, que se suman a las existentes"(op. cit. p. 43).

"El fortalecimiento de la supervisión bancaria consistió en ampliación de las potestades del BCU (alcance subjetivo de la supervisión a grupo económico que integra la entidad bancaria, empresas tercerizadas), la incorporación de nuevos medios para ejercer el control (deber de información de los empleados de las empresas controladas por el BCU) y el aumento de las potestades de contralor (se delega a la reglamentación cuestiones que eran legales, como activos que integran los encajes: se faculta a observar la organización y personal superior; control accionario) así como nuevas sanciones y exigencias. Fue

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

bajo la normativa anterior y hasta el feriado bancario del 30 de julio de 2002 que el gobierno frente a la crisis procuró otorgar asistencia financiera a las entidades y mantenerlas en funcionamiento; particularmente el Banco BComercial se capitalizó pari passu con accionistas internacionales, contribuye el Estado a apoyarlo financieramente en el desarrollo de su operativa y toma el control del Directorio del Banco a través de la designación de personas para esos cargos. "La cuestión sufre un importante cambio cuando el Gobierno percibe que las reservas del BCU habrían de resultar insuficientes para seguir atendiendo financieramente a las entidades controladas y a otras entidades en dificultades y se enfrenta a la negativa de los organismos internacionales de crédito a de seguir asistiendo financieramente al Estado uruguayo para que éste otorgue a su vez, asistencia financiera a los bancos. Este cambio en la situación del Gobierno motiva la aprobación de una serie de normas tendientes, primero a detener la situación de inestabilidad existente en plaza y luego para resolver el problema de los bancos en dificultades" (op. Cit pagina 30)." Los bancos están expuestos a crisis.- En la normativa anterior, exigir que el BCU se anticipara a la misma, obturándola o impidiéndola con medidas de diligencia no era lo debido por falta de una política en tal sentido ya que se creía que las crisis se resolvían atendiendo financieramente a las entidades, además de la falta de todos los medios legales y reglamentarios e idóneos. No debe juzgarse bajo el punto de vista posterior a la crisis el cumplimiento del servicio a cargo del BCU, sus eventuales faltas de servicio, más específicamente sus demoras o dilaciones, deben analizarse bajo la política anterior donde la asistencia financiera era lo peor que podía pasar.-(Cfm Sentencia de la Sala 34/2007)

En igual sentido ha fallado la jurisprudencia nacional sobre el punto a saber " Porque debe de verse, que la operativa desarrollada por el BM en relación a sus depósitos en TCB no requería de autorización especial del BCU (arts. 183.2 y conc. de la Recopilación) y que el TCB no estaba sujeto a supervisión al tratarse de una entidad extranjera que se desempeñaba en plaza a través de representante .También debe tenerse presente, que a partir de las inspecciones del mes 2/2002 el BCU señaló al BM para el cese inmediato en concesión de créditos directos o contingentes y en incrementar por cualquier otra vía la asunción de riesgos con respecto a personas físicas o jurídicas vinculadas y para cancelación de los concedidos al TCB (Resolución del 7/3/2002), reclamando la constitución de depósitos y garantías y en frustración de las ofertas e incumplimientos del BM se desembocó en la intervención y posterior disolución y liquidación de la institución (Resoluciones del 25/4/2002 y 21/6/2002; del 30/7/2002 , del 31/12/2002 etc.). Es decir, que se adoptaron diversas resoluciones formalizando instrucciones, con soporte exclusivo en razones de práctica bancaria, dirigidas a que el BM no incrementara los créditos en TCB, lo que determina no puede reprocharse al BCU la falta de servicio denunciada por pretendida omisión en la tarea de contralor a su cargo que no incluía supervisión directa de la entidad extranjera, ni la advertencia tardía de los hechos relevados, ni que la adopción de medidas de corrección acordes a la emergencia devinieran tardías, como tiene admitido la Sala en desarrollos a los que conviene remitirse evitando inútiles reiteraciones (ampliamente T.A.C. 2do. en Sents. Nos. 234/06, 34/07; T.A.C. 7mo. en Sent. de la Sala Nº 164/07;. 222/06; 3/08, 182/2008.).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

Finalmente tampoco el BCU incurrió en omisión al no aceptar el reclamo de reconocimiento de la condición de ahorristas del BM que los actores realizaron en el marco del artículo 31 de la ley 17.613 ya que aplicó la norma en forma totalmente ajustada a derecho y a la ratio de ésta. La finalidad de la norma legal era la de proteger a los ahorristas del BM que fueron engañados de forma tal que sus depósitos fueran al TCB lo que, claramente no es el caso de autos por todo lo dicho.

VII) La conducta procesal de las partes no amerita sanción procesal especial en el grado.

En virtud de lo expuesto y de lo que disponen los arts 688 del CC , 140 y ss del CGP , la ley 16060 EL TRIBUNAL FALLA :

CONFIRMARSE LA RECURRIDA Y desestimase la demanda sin especial condenación.

NOTIFIQUESE Y DEVUELVA CON COPIA PARA LA SEÑORA JUEZ LETRADO (HONORARIOS FICTOS 5 BPC CADA PARTE).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

Dr. Tabaré Sosa

Ministro

Dr. John Pérez Brignani

Ministro

Dr. Álvaro França

Ministro

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 168/2010

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº