

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

| Importancia | Fecha | Procedimiento | Ficha | Tipo |
|---|------------|---------------------|--|------------|
| ALTA | 04-06-2020 | RECURSO DE CASACIÓN | 2-57650/2005 | DEFINITIVA |
| Materias | | | | |
| DERECHO CIVIL | | | | |
| DERECHO PROCESAL | | | | |
| Firmantes | | | | |
| Nombre | | | Cargo | |
| Dra. Elena MARTINEZ ROSSO | | | MINISTRO S.C. de J. | |
| Dr. Tabare SOSA AGUIRRE | | | MINISTRO S.C. de J. | |
| Dra. Bernadette Josefina MINVIELLE SANCHEZ | | | PRESIDENTE S.C. de J. | |
| Dr. Eduardo Julio TURELL ARAQUISTAIN | | | MINISTRO S.C. de J. | |
| Dr. Luis Domingo TOSI BOERI | | | MINISTRO S.C. de J. | |
| Dr. Gustavo Orlando NICASTRO SEOANE | | | Secretario Letrado | |
| Redactores | | | | |
| Nombre | | | Cargo | |
| Dr. Eduardo Julio TURELL ARAQUISTAIN | | | MINISTRO S.C. de J. | |
| Discordes | | | | |
| Nombre | | | Cargo | |
| Dr. Tabare SOSA AGUIRRE | | | MINISTRO S.C. de J. | |
| Abstract | | | | |
| Camino | | | Descriptores Abstract | |
| DERECHO PROCESAL->MEDIOS DE IMPUGNACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES->RECURSO DE CASACION->INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION->SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA CONFIRMATORIA->CONCEPTO DE SENTENCIA CONFIRMATORIA | | | | |
| DERECHO PROCESAL->MEDIOS DE IMPUGNACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES->RECURSO DE CASACION->INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION->SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA CONFIRMATORIA | | | JUICIO CONTRA EL ESTADO | |
| DERECHO CIVIL->RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL | | | RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - RESPONSABILIDAD IN SOLIDUM | |
| DERECHO COMERCIAL->GRUPOS DE INTERES ECONOMICO->ADMINISTRACION DEL GRUPO DE INTERES ECONOMICO | | | DE HECHO | |
| DERECHO PROCESAL->RESOLUCION JUDICIAL->MOTIVACION DE LA RESOLUCION JUDICIAL | | | | |
| DERECHO CIVIL->RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL->INCUMPLIMIENTO->CLAUSULA PENAL | | | ACUMULACION CON DAÑOS Y PERJUICIOS | |
| DERECHO PROCESAL->PRUEBA->MEDIOS DE PRUEBA->PRUEBA PERICIAL | | | | |
| DERECHO PROCESAL->COSA JUZGADA (ref) | | | SENTENCIA TCA - CUESTION PREJUDICIAL | |
| DERECHO PROCESAL->PRUEBA->VALORACION DE LA PRUEBA->ERROR EN LA VALORACION DE LA PRUEBA | | | | |
| Descriptores | | | | |
| Sentencias Similares | | | | |
| Resumen | | | | |
| La Suprema Corte de Justicia por mayoría integrada por los Sres. Ministros, Dres. Tosi, Martínez, Minvielle y Turell, desestimó el recurso de casación interpuesto. | | | | |
| En lo que respecta a la pretensión incoada por la parte actora se limitó a la forma en que deben responder los distintos co-demandados, esto es si deben responder en forma solidaria o in solidum y si será posible o no ejercer luego, por el demandado que pague, la acción de regreso. | | | | |
| Por su parte respecto a la pretensión de resolución de los contratos por incumplimiento y daños y perjuicios, deducida por la parte reconviniente, han recaído dos sentencias coincidentes. No obstante, dado que se trató de una pretensión seguida "contra el Estado", resulta admisible el recurso interpuesto y se revisó la totalidad de lo resuelto por la Sala en relación a dicha pretensión. | | | | |
| (D) Ministro Dr. Sosa, por entender que correspondía hacer lugar al recurso de casación y desestimar la demanda. | | | | |

Montevideo, cuatro de junio de dos mil veinte

VISTOS:

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **“BANCO HIPOTECARIO DEL URUGUAY C/ GRUPO BARBONI Y OTROS – COBRO DE PESOS - CASACIÓN”**, individualizados con el IUE: **2-57650/2005**.

RESULTANDO:

I.- Con fecha 24 de noviembre de 2005, compareció el representante del Banco Hipotecario del Uruguay, según testimonio de poder para pleitos de fs. 2/4, promoviendo demanda por cobro de pesos y daños y perjuicios, contra el “Grupo Barboni” integrado por las empresas Amiga S.A., Consorcio Barboni, Consorcio El Pinar, Fernando Barboni S.A. y el Sr. Fernando Barboni, en su carácter de representante legal de las mismas.

Alegó en síntesis que, los demandados mantienen relaciones contractuales con su mandante como consecuencia de los contratos de arrendamiento de obra suscritos para la construcción de los siguientes conjuntos habitacionales: A) CH A-105 contrato de arrendamiento de obra No. 617 del 6/8/2001, para la construcción de 74 viviendas en el predio padrón No. 43.739 fracción B paraje “Los plátanos” Pinar Norte Ciudad de la Costa de Canelones; B) CH A-106 contrato de arrendamiento de obra No. 619 del 16/8/2001, para la construcción de 76 viviendas en el predio padrón No. 43.739 paraje “Los Alamos” sito en la 19^a sección judicial de Canelones “Lomas de Solymar”, Km 27.500 Gianattasio; C) CH A- 107 contrato de arrendamiento de obra No. 620, para la construcción de 68 viviendas en el predio padrón No. 43.739 ubicado en la Avda. Gianattasio Km. 27.500 “El Pinar Norte” “Los Ceibos” de la 19^a sección judicial de Canelones; D) CH A-108 contrato de arrendamiento No. 621, para la construcción de 76 viviendas en el predio padrón No. 43.739 de la 19^a sección judicial de Canelones; E) CH B-47 contrato de arrendamiento No. 628, para la construcción de la “Torre Molino” en el predio padrón No. 2.817 ubicado en la ciudad de San Carlos; F) CH C 32 según contrato de arrendamiento del 14/5/2002, para la construcción de 28 viviendas en la etapa 1 y 20 viviendas en la etapa II en el predio padrón No. 11.336 del departamento de Rocha; G) CH 277 por cesión de contrato de la empresa Nelori S.A. del 12/9/2002, del contrato de arrendamiento del 17/4/2002, para la construcción de 188 viviendas en el departamento de Montevideo.

El régimen jurídico de dichos contratos es el que emerge de los términos de sus cláusulas, de los Pliegos de Condiciones de Licitación respectivos y el del Código Civil.

Los accionados, quienes contrataron con el B.H.U., son un conjunto económico cuyo régimen respecto de terceros es la solidaridad de las obligaciones.

El B.H.U., de acuerdo con la normativa del contrato, hizo adelantos a cuenta del precio, con el único objeto de acopiar materiales necesarios para llevar a cabo las obras de construcción de los CH A 105, A 106, A 107, A 108 y B 47. El empleador debe destinar estas sumas de dinero en adquirir los bienes y materiales de construcción útiles y necesarios de acuerdo a la memoria de la obra para la construcción de la misma.

Se constató por parte del B.H.U. la falta de materiales. Por Resolución de la Gerencia de Arquitectura del 3/11/2003 se resolvió citar al demandado a efectos de que indicara los locales destinados al almacenamiento de los materiales acopiados

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

en el mes de agosto de 2001.

El 6/11/2003 se recibió fax donde Fernando Barboni comunica que lo solicitado en el Acta de Notificación del 3 de noviembre se habría contestado por expediente No. 777.144. De dicho libelo surge únicamente que los materiales que aún no se han incorporado a las obras, se encuentran en los locales de sus proveedores.

Esta respuesta motivó una nueva resolución de la Gerencia de Arquitectura que mandó intimar se determine el lugar donde se encuentran, proveedores, facturas de compra y recibo del material acopiado que no se ha agregado a las obras, con plazo de 5 días hábiles. Se cursó telegrama colacionado y hasta la fecha no ha habido respuesta por parte del demandado ni consta la existencia de materiales en obra ni en depósito conocido por el B.H.U.

Los montos que el contra-tista percibe por anticipos para acopios de materiales y bienes para luego ser incorporados a las obras, deben ser empleados exclusivamente en la adquisición de dichos bienes, con independencia del momento en que los mismos se incorporen efectivamente a la construcción. Es recién cuando se incorporan a la obra, que se deben descontar dichos montos de los certificados de avance de obras respectivos a percibir por el contratista. Hasta que se incorporen a la obra (se desacopian) el contratista se constituye en depositario de dichos bienes y debe responder por los mismos, en su existencia y conservación.

Las empresas adjudicatarias de las obras correspondientes a los CH A 105, CH A 106, CH A 107, CH A 108 y CH B 47 no han indicado hasta la fecha donde se encuentran depositados los materiales acopiados. Han vencido los plazos en que debían devolver al B.H.U. los anticipos que les realizara para acopio de materiales. El volumen del anticipo para acopio de materiales fue por un valor equivalente a U\$S3.000.000 y que a cuatro años y medio de haberseles entregado esos adelantos solo se ha desacopiado la tercera parte de los mismos. A ello se deberá agregar que los materiales presuntamente adquiridos no se ubican satisfactoriamente de acuerdo con lo que se estipula en el contrato.

El demandado incurrió en incumplimiento grave.

Debido a ello, el B.H.U. dispuso por Resolución del Directorio del 29/10/2003 la suspensión de las obras del demandado (CH 277, CH B 47, CH C 31, CH C 32, CH A 105, CH A 106, CH A 107, y CH A 108), al amparo de la normativa de los Pliegos aplicables que facultan al B.H.U. a tal efecto. De dicha resolución se notificó a la contraria el 3/11/2003. Al día siguiente al de la suspensión de las obras, aun sin notificar la resolución, el demandado presentó en el B.H.U. breves notas con las que se formaron expedientes administrativos en donde comunica la presunta suspensión de las obras dispuesta también presuntamente por su parte (la indemnización a abonar en esos casos es mayor a cuando la suspensión la dispone el Banco).

Cinco días después, la Gerencia de Arquitectura del B.H.U. munida de notario público, pudo constatar en inspecciones simultáneas llevadas a cabo el 6/11/2003, que no se habían suspendido las obras sino que éstas continuaban ejecutándose normalmente. El demandado no suspendió las obras contrariamente a lo manifestado en las notas anunciando tal extremo.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Ante la situación de incumplimiento comprobada, el Banco por Resolución de Directorio del 9/12/2003 dispuso la aplicación de la cláusula de compensación incluida en los contratos de arrendamiento B 47, A 105, A 106, A 107 y A 108, a los efectos de los pagos por cualquier concepto a realizar a las empresas adjudicatarias de las obras.

De conformidad con la cláusula de compensación que se incluye en todos los contratos suscritos, el B.H.U. queda autorizado a compensar automáticamente sin previa comunicación, las cantidades líquidas y exigibles que los deudores les adeuden, imputando al pago de las mismas las sumas que por cualquier concepto actualmente o en el futuro tengan a percibir de dicha Institución, aun cuando éstas no sean líquidas y exigibles.

La compensación se ha producido ipso jure o por el solo imperio de la ley (aun sin noticia de los deudores), respecto a cualquier pago que el B.H.U. pudiera adeudarle al contratista por certificados de obras o cualquier otro. La contraria entiende que se le deben certificados de avance de obra pero una vez producida la compensación, el grupo demandado aun adeuda al B.H.U. el monto que resulta del informe de cuenta corriente del contratista que se acompaña como documentos No. 23 y No. 24.

Todas las obras registran atrasos en su ejecución, lo que no solo genera la aplicación de multas sino que agrava el incumplimiento del contrato.

A partir de la suspensión de las obras (no por la contraria sino por efecto del acto administrativo del B.H.U. en razón del incumplimiento imputable del demandado) y de la aplicación de la cláusula de la compensación, se llevaron a cabo negociaciones con el grupo demandado, que no tuvieron resultado.

Ante las diversas causales de incumplimiento imputables al grupo contratista, el Banco dispuso la rescisión administrativa de los contratos (Resolución del Directorio No. 0410/05 del 16/4/2005).

Como consecuencia de la rescisión administrativa dispuesta por causa imputable al contratista, se establece en los pliegos, el deber de entregar las obras en el estado en que se encuentran, bajo inventario. El Banco ha tomado posesión de las obras y para poder proceder a su venta y con ello recibir el retorno de la inversión, será necesario proceder a contratar la terminación de las mismas.

Los plazos estipulados en el contrato son improrrogables, salvo por efecto de las hipótesis taxativamente enumeradas, no produciéndose ninguna de ellas en el caso de autos.

Los atrasos en el cumplimiento de plazos parciales (num. 4 Art. 68 Pliego 1994 y Art. 50 num. 4 Pliego 1986) y los atrasos en el cumplimiento del plazo total (num. 5 Art. 68 Pliego 1994 y Art. 50 num. 5 Pliego 1986), son objeto de imposición de multas.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Se dispuso por parte del B.H.U. la aplicación de multas previstas en el Pliego, derivadas directamente de la situación de incumplimiento. Además de la imposición de multas se dispuso la aplicación de la cláusula de compensación convencional inserta en todos los contratos de obras de autos.

Se han compensado certificados de obras hechas presentados por el demandado, con las multas impuestas y el adelanto financiero no utilizado a los fines previstos en el contrato, resultando de tal cálculo un remanente de dinero a favor del B.H.U.

Los servicios contables han determinado la liquidación, de la que emerge un crédito a favor del B.H.U. y en contra del grupo contratista de \$78.142.642, que se demandan en esta instancia de cobro de pesos; estimación que es sin perjuicio de lo establecido en el art. 378 del C.G.P.

Acumulativamente a la demanda de cobro de pesos, se demanda por daños y perjuicios derivados en forma causal y directa de la situación en causa, por los siguientes rubros:

- Daño Emergente: Teniendo en cuenta que deberá realizarse un nuevo llamado a licitación pública con los costos y demoras que ello apareja la culminación de los complejos habitacionales, la situación genera a su mandante perjuicios consistentes en costos de gastos de mantenimiento, conservación y vigilancia de las obras; efectuar a su cargo todos los pagos por tributos nacionales y departamentales que recaen respecto a los inmuebles por no poder haberlos enajenado y los costos de terminación de las obras. Este rubro también se deberá liquidar por el procedimiento del art. 378 del C.G.P.

Este daño se estima provisoriamente en UR 631.482. Sin perjuicio de ello, se pone de manifiesto el daño consistente en la vigilancia de las construcciones por parte de dos oficiales de policía en cada obra por "servicio 222", lo que da una suma diaria de \$16.896 que se solicitará a partir de la fecha de entrega de las obras hasta su efectiva terminación y venta.

- Lucro Cesante: Por este concepto se reclaman las pérdidas ocasionadas al B.H.U. como propietario por la no entrega de las obras en tiempo y forma y como consecuencia la imposibilidad de su venta y comienzo del proceso de amortización y recuperación del capital invertido en las mismas y los intereses aplicables; rubro que se liquidará por la vía del art. 378 del C.G.P.

- Daño a la imagen: Su mandante ha sido objeto de un importante daño a su imagen como empresa pública dedicada a la construcción y venta de viviendas. Se estima que puede establecerse en un porcentaje de los daños materiales mencionados, que estima en el 30% de dicha suma.

Solicita que en definitiva, se condene a pagar las sumas indicadas por concepto del crédito alegado, multas pactadas en el Pliego, los daños y perjuicios peticionados, monto al que se deberá agregar los ilíquidos y reajustes de conformidad con el Decreto-Ley No. 14.500 (fs. 426/457 vto.).

II.- El día 16 de febrero de 2006, se presentó el Sr. José Fernando Barboni, por sí y en representación de Amiga S.A., Consorcio El Pinar, Fernando Barboni S.A., Consorcio Construcciones F. Barboni y Construcciones José Fernando Barboni,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

contes-tando la demanda y deduciendo reconvención, fundándose en síntesis:

- Luego de dos años de ejecución de obras, 2001/2003, sin haber recibido ninguna observación, habiendo acumulado hasta seis meses de atrasos en los pagos, cuando suspendieron las mismas por falta de pago y exigieron la indemnización y extensión de los plazos del cronograma, de acuerdo a lo establecido en los Pliegos, el Banco, a partir de entonces, adopta una actitud conflictiva hacia las empresas y dicta toda una cantidad de resoluciones en su contra, a partir del 30/10/2003.
- No existe el pretendido "Grupo Barboni". Por cada obra ha sido suscrito un contrato formal por una o varias empresas determinadas, a las cuales representa, pero las mismas no integran un grupo económico, conforme a derecho. Es sorprendente también que los representantes del Banco, excediendo su mandato, pretendan demandarlo como persona física, por responsabilidad extracontractual como administrador de las empresas demandadas, cuando le consta que ello excede de la acción que se le ha encomendado, lo que merece la condena en costas y costos (art. 688 C. Civil) y les ha hecho incurrir en la responsabilidad prevista en los arts. 60 y 61 del C.G.P., correspondiendo sancionar con las costas y costos, a cargo del apoderado solidariamente con su representado, más los daños y perjuicios.
- El propio B.H.U. fue quien dispuso el enlentecimiento de las obras, de modo que las empresas no pudieron cumplir los cronogramas contractuales ni desacopiar como estaba previsto.
- Durante años en que se ejecutaron las obras, el B.H.U. nunca observó que no se hubieran cumplido los plazos y aprobó los certificados de obra realizados, sin aplicar multa alguna.
- En agosto de 2001 el B.H.U. les ofreció un anticipo para acopio, posterior a la firma de los contratos de obra, de acuerdo a los pliegos de condiciones respectivos. En la solicitud de anticipo que enviaron y que el Banco aprobó, no fueron indicados los depósitos para el acopio de los materiales. Aproximadamente 2 años y 3 meses después de iniciadas las obras, el Banco les solicitó por primera vez y luego que ellos las suspendieron por atrasos en los pagos, que indiquen donde se encuentran depositados los materiales acopiados y exhibieran la documentación de compra correspondiente, en el marco de una normativa fuera del régimen legal aplicable. Ante ello, comuni-caron que mantuvieron en todo momento los acopios de materiales necesarios para mantener los cronogramas de obra, según establecen los pliegos; que su solicitud de anticipos que aprobó el Banco, no especifica los depósitos para almacenar los acopios, que los anticipos cuentan con las garantías necesarias exigidas por los pliegos y que los mismos son una parte de precio contratado que se abona a cuenta de los trabajos a realizar. El B.H.U. dispone la aplicación de sanciones y cláusula de compensación, con las cuales discrepan, al no asistirle derecho de acuerdo a los contratos de obra.
- Las resoluciones del B.H.U. referentes a los anticipos, no se ajustan a derecho al no estar amparadas en las disposiciones de los pliegos de condiciones de 1986 y 1994. Por tanto no existe incumplimiento de su parte, ni son aplicables las sanciones ni la cláusula de compensación dispuestas por la resolución del 9/12/2003. Dicha Resolución pretende distraer la atención del grave incumplimiento del Banco de atrasos en los pagos.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

- La Resolución No. 410/2005 del B.H.U. que dispuso la rescisión de los contratos y la entrega de las obras no reunió la unanimidad de los miembros del Directorio para rescindir los contratos, por lo que debe ser anulada.
- No se ha dado vista previa antes de la Resolución, causándoles indefensión (art. 76 Decreto No. 500/91). Tampoco se les ha dado vista de los informes que se citan en la Resolución, pese a haberlo solicitado expresamente en el petitorio 2) del recurso de revocación, impidiendo ampliar la fundamentación de dicho recurso, cercenando un derecho establecido por la reglamentación a ejercer en la vía administrativa.
- Rescindir los contratos por temas sometidos al arbitraje configura la violación de la cláusula compromisoria. La Resolución impugnada carece de motivos válidos o no son causales de rescisión imputables al contratista.

La suspensión dispuesta por el Banco se realizó en contravención con lo dispuesto en el art. 67 del Pliego ("El Banco podrá disponer en cualquier momento mediante orden escrita librada como mínimo con 15 días hábiles de anticipación, que se suspendan los trabajos. Al recibo de dicha orden, el Contratista deberá suspender la ejecución de la Obra o la parte que se establezca y durante el lapso de suspensión cuidará y protegerá los trabajos realizados como sea necesario a juicio de la Dirección de la Obra").

La Resolución omite decir que luego de haber resuelto el Directorio del Banco, de común acuerdo con las empresas, someter dichos temas a la decisión arbitral, dejó sin efecto unilateralmente dicha resolución, no obstante haber aceptado por nuestra parte en forma irrevocable los temas controvertidos.

Si bien el Banco tiene la potestad de rescisión por estar establecido en los Pliegos, deben existir justas causas para la rescisión y en este caso se está haciendo un uso arbitrario e infundado de dicha facultad, incurriendo en abuso de derecho.

No es verdad que existiera incumplimiento con el régimen de acopio de materiales objeto de adelantos financieros y con el cronograma previsto para las obras de la construcción. Quien ha incumplido es el B.H.U. no pagando los certificados de obra realizada, estableciendo cupos que enlentecieron las obras y suspendiéndolas luego durante más de un año, con los graves daños y perjuicios causados por mantener inactivos los equipos, no poder desacopiar el material acopiado, tener que despedir al personal, entre otros, además del lucro cesante por no poder terminar las obras.

La resolución por la cual se rescinden todos los contratos con las empresas que representó constituye la culminación de una maniobra urdida por la entonces Presidente y el Vicepresidente del Banco, Cra. Graciela Pérez Montero y Cr. Gerardo Saxlund, como surge del fundamento de voto discrepante con lo dispuesto en la Resolución No. 0412/04 que aceptaba el arbitraje sobre todos los temas controvertidos. Toda la andanada de resoluciones del Directorio del Banco en contra de nuestras empresas, son posteriores a la fecha de suspensión de las obras notificadas por las empresas el 30/10/2003. Resulta elocuente como el Banco a partir de entonces tuvo una actitud conflictiva hacia las empresas, revisando pagos realizados, sin fundamento legal alguno, como es de la pesificación de un adicional en dólares, etc., pretendiendo así fabricar una situación de incumplimiento por parte de las empresas que le permitan generar créditos a su favor. Es prueba

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

contundente de la desviación de poder que inficciona la resolución impugnada.

Los atrasos en los pagos de los certificados de obra desde julio/2002 originó importantes perjuicios financieros a las empresas, que pese a todo continuaron la ejecución de las obras con financiamiento propio hasta el límite de su capacidad, hasta fines de octubre/2003. Esta situación motivó la decisión, por parte de las empresas, de suspender las obras según notas cursadas al B.H.U. con fecha 30/10/2003, al amparo del art. 4º de la modificación del Pliego de 1986 y del art. 83 del Pliego de 1994. Lo adeudado por certificados de obra emitidos entre junio de 2002 y abril de 2004, para el conjunto de las obras, suma un total de \$182 millones. A la fecha se encuentran pendientes certificados de obra realizadas por \$149 millones, más el saldo generado por atrasos en los pagos.

Hasta este momento el B.H.U. no había efectuado observaciones de incumplimiento sobre atrasos en los cronogramas de obra ni sobre la falta de materiales suficientes para asegurar el ritmo de las obras y cumplir con los cronogramas. Si hasta ese momento las empresas no registraban incumplimiento, luego de suspendidas las obras no existe posibilidad material que incurran en ningún incumplimiento.

- El Directorio del B.H.U. adoptó medidas en represalia por no haber adherido al convenio celebrado con la cámara de la construcción.

La suspensión de las obras por parte del Banco para no pagar lo que contractualmente estaba obligado y obligar a suscribir el Convenio mencionado, constituye una violación dolosa del contrato. Se entretuvo a las empresas con negociaciones que nunca culminaron y acuerdos que se dejaron sin efecto, con el objeto que no iniciaran acciones judiciales o contencioso-administrativas.

- La Presidente del Banco dispuso que no se le pagara el cupo mientras duren las negociaciones, lo que representó una verdadera extorsión y configuró un gravísimo daño financiero y moral a estas empresas dedicadas exclusivamente a construir para el B.H.U., por cuanto significaron el no pago de las obligaciones corrientes a los proveedores, a los empleados y obreros, al B.P.S., a la D.G.I., etc. Prácticamente significó la muerte financiera de las empresas que se vieron impedidas de efectuar los pagos corrientes.

Las empresas que representa son las únicas a las que no se le efectuaron pagos, se suspendieron las obras durante un año y medio y se les rescindieron los contratos.

- El Directorio del Banco no hizo lugar a la suspensión de la ejecución del acto impugnado, ni al pedido de vista de los informes en que afirma basa su resolución, causándoles indefensión y daños y perjuicios.

- No existen atrasos en los cronogramas de ninguna de las obras, no existió incumplimiento de su parte y por ende no pueden existir multas.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En cuanto a la recon-vención deducida expresó:

- En la especie, ha existido un conjunto de incumplimientos en las obligaciones de pago respecto a certificados de obra aprobados, que dieron lugar a la decisión de las empresas que representa de suspender las obras de acuerdo a lo establecido en el art. 83 del Pliego.

Al B.H.U. le corresponde: 1) Abonar las indemnizaciones por atrasos en los pagos, que el propio Pliego establece taxativamente en el art. 83. 2) Debe abonar las sumas de dinero no pagadas correspondientes a certificados de obra realizada. 3) El B.H.U. está obligado a reparar un conjunto de daños que han sufrido las diferentes empresas contratistas con motivo del enlentecimiento de las obras dispuestas por el B.H.U., la suspensión de obra dispuesta por sus representadas y por el propio B.H.U. después y finalmente, la rescisión por decisión unilateral del B.H.U., incluido el daño emergente y el lucro cesante. 4) Le corresponde la devolución de las garantías y reintegro de dinero retenido a las empresas contratistas con motivo de no continuarse la ejecución de las obras, más la indemnización por su no devolución. 5) La indemnización por la falta de terminación de la obra de los CH A-105 – A-108, el pago de la multa por resistirse al arbitraje sobre el relleno y muro perimetral, el pago de honorarios del CH 284 y el daño moral.

Se solicita que se rescindan los contratos por incumplimiento doloso del B.H.U. y se le condene al pago de los siguientes rubros: A) Obra realizada y no cobrada: \$149.718.075. B) Indemnización por atraso en los pagos: \$1.061.074.454. C) Indemnización por atraso en los pagos (arts. 51 y 69): \$36.500.344. D) Indemnización por rescisión de contrato (arts. 51 y 69): \$3.457.996. E) Lucro cesante por rescisión de contrato: \$151.469.118. F) Lucro cesante por arrendamientos: \$641.625.600. G) Indemnización por enlentecimiento de las obras - 1) Pérdida por no utilización de equipo: \$206.878.240; 2) Pérdida por personal permanente en obra: \$2.915.572; 3) Pérdida por gastos indirectos: \$7.897.230; 4) Pérdida derivada del costo de pólizas del B.S.E.: \$7.203.625-. H) Pérdida por pagos del despido del personal: \$7.017.093. I) Pago de honorarios del CH 284: \$4.597.397. J) Multa por resistirse al arbitraje: \$17.881.307. K) Indemnización por pérdida de chance de realizar otros contratos: \$24.637.051. L) Indemnización por no devolución de pólizas en garantía (UR 407.216): \$161.118.870. M) Indemnización por deudas tributarias y embargos - 1) D.G.I. y embargos: \$80.958.952. 2) B.P.S.: \$786.852. N) Devolución de sumas retenidas por mayores costos y otros: \$14.000.000. O) Daños y perjuicios por falta de terminación del saneamiento: \$27.160.776. Sub-total: \$2.605.898.552. P) Daño Moral (20%): \$521.179.710. Total: \$3.127.078.262.

Solicita que se rechace la demanda y se haga lugar a lo solicitado en la reconvención, o sea a la rescisión de los contratos por incumplimiento doloso del B.H.U. y se lo condene al pago de \$3.127.078.262, más la actualización hasta el día de pago efectivo de la indemnización por atrasos en los pagos según pliego, más la actualización de los demás rubros según del Decreto-Ley No. 14.500 y los intereses del 6 % anual desde la fecha de la demanda, condenándose en costas y costos al B.H.U. (fs. 4866/4945 vto.).

III.- Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 27/2017, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2do. Turno (Dra. GÓMEZ HAEDO), de fecha 9 de junio de 2017, se falló: "Ampárase parcialmente la demanda y en

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

su mérito, hágese lugar al cobro de pesos solicitado por el B.H.U., condenándose a los demandados, en forma solidaria, a abonar una suma de dinero cuya liquidación se difiere a la vía prevista en el art. 378.1 del C.G.P., según las pautas establecidas en el Considerando VI).

Asimismo, se hace lugar a la indemnización por daño emergente, condenándose a las demandadas, en forma solidaria, a abonar una suma de dinero cuya liquidación se difiere también a la vía prevista en el art. 378.1 del C.G.P., según las bases establecidas en el Considerando VI). A dichas sumas deberán adicionarse los reajustes previstos por el Decreto-Ley N° 14.500 y los intereses legales desde la fecha de la demanda. Sin especiales sanciones causídicas en el grado.

Desestímase la litispendencia opuesta por el B.H.U. como defensa de fondo respecto a la reconvención deducida por los accionados, así como el reclamo por concepto de lucro cesante y daño moral peticionado por la demandante.

Desestímase la reconvenCIÓN deducida. (...)" (fs. 11.685/11.782).

IV.- En segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, por Sentencia individualizada DFA-0003-000106/2019 SEF-0003-000027/2019, de fecha 6 de marzo de 2019, falló: "Confírmase la sentencia apelada salvo en cuanto condenó en forma solidaria a los demandados, y, en su lugar, se les condena a todos por el todo 'in solidum'.

Sin especial condenación en la instancia. (...)" (fs. 12.002/12.007).

V.- La parte demandada reconviniente interpuso recurso de casación (fs. 12.010/12.036 vto.), expresando en síntesis que:

- Que no existió operación económica encubierta y que las personerías jurídicas de las empresas no constituyeron una pantalla detrás de la cual se ocultara una persona física, verificándose error en la aplicación de los arts. 1291, 1287 y 1289 del Código Civil, relativos a la causa, y de los arts. 8, 1247, 1253, 1261, 1283, 1287, 1289, 1291, 1293 y 1294 del Código Civil, relativos a los fundamentos del derecho de las obligaciones y de los contratos, y del art. 189 de la Ley No. 16.060.

En el punto, la sentencia impugnada contiene una serie de graves contradicciones que se producen por la errónea aplicación de normas de derecho. En efecto, luego de sostenerse en la sentencia que la eventual responsabilidad del conjunto o grupo económico solo puede hacerse efectiva por vía del "disregard of legal entity", y que aun considerando que existe un conjunto económico no corresponde una condena solidaria a todos los integrantes del conjunto porque no hubo ningún fraude, luego se señala que hubo una operación económica encubierta por los diversos contratos y que de su análisis –que no se realiza– resulta que el BHU celebró todos los contratos con el Sr. Barboni, persona física, "a través de las distintas sociedades que éste administraba". A continuación, la sentencia hace otro salto lógico y afirma que por ese motivo, "todos los demandados responden por el todo, esto es, in solidum", lo cual es todo lo contrario a lo que había dicho en los párrafos anteriores.

No existió ninguna operación económica encubierta por los contratos de arrendamiento de obra celebrados entre cada una de las empresas y el BHU. Se realizaron contratos independientes para obras diferentes, provenientes de licitaciones y adjudicaciones distintas. Los contratos de autos fueron todos diferentes, se celebraron por empresas distintas, que se

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

presentaron a licitaciones diferentes. No existe ninguna conexidad entre ellos, pues no se celebraron para ejecutar una finalidad común, distinta a la de cada contrato o grupo de contratos en particular. El hecho de que las empresas estuvieran vinculadas entre sí no significa que existiera una operación económica, pues las obras eran independientes y los contratos se ejecutaron en forma diferente.

Los contratos no fueron celebrados con la persona física Sr. Barboni, oculto detrás de una pantalla de personas jurídicas. Ello es una afirmación totalmente equivocada, falsa y carente de prueba. En efecto, el Sr. Barboni actuó en representación de las personas jurídicas que celebraron contratos con el BHU y éste, obviamente, consintió su celebración de dicho modo. En consecuencia, para afirmar que en realidad el BHU no celebró dichos contratos con las empresas demandadas sino con una persona física, se debió promover ineludiblemente una acción de inoponibilidad de la persona jurídica (o "disregard"), lo cual, como lo expresa la Sala, no correspondía porque no existió ningún fraude en los hechos que nos ocupan. Por lo demás, una pretensión de que los contratos no se celebraron con las personas jurídicas sino con una persona física que se ocultaría detrás de ellas, no integra el objeto del proceso y de la prueba.

El hecho de que las empresas demandadas integren un conjunto económico no significa, bajo ningún concepto, que deban responder por supuestos incumplimientos de obligaciones emergentes de contratos independientes y autónomos que cada empresa celebre con un mismo sujeto. Las sociedades que integran el grupo son sujetos de derecho diferentes, con patrimonios diferentes, con relaciones jurídicas propias, que mantienen su individualidad. En el caso de autos, las obras se ejecutan sobre la base de contratos con obligaciones distintas y plazos diferentes, con sus propias circunstancias, coyunturas y contextos, para ser desarrolladas en lugares distintos y distantes entre sí. Para la ejecución de cada obra, el BHU convocó a distintas licitaciones, que motivaron contratos diferentes. La mera existencia de un grupo de sociedades o de un conjunto económico no determina por sí una comunidad patrimonial, ni implica ninguna forma de comunicación de responsabilidad entre las sociedades que lo integran, que son personas jurídicas independientes. Para que pueda extenderse la responsabilidad a los miembros del grupo, se requiere que opere el instituto de la prescindencia de la personalidad jurídica, previsto por el art. 189 de la Ley No. 16.060.

- No es admisible la responsabilidad *in solidum*. Los contratos eran independientes y autónomos en obras diferentes entre sí. No se puede condenar a empresas que cumplieron perfectamente con sus obligaciones por el hecho de que otra empresa integrante de su conjunto económico haya supuestamente incumplido sus obligaciones derivadas de otro contrato. Existió error en la aplicación de los arts. 8, 1247, 1253, 1291, 1293, 1331, 1341, 1342, 1346 y 1431 del Código Civil.

Al respecto, indicó que la sentencia afirma acertadamente que no responden las empresas del conjunto económico si no existió fraude y no se ha promovido un "disregard", pero concluye con una decisión contraria a dicho fundamento. No existe ningún hilo lógico entre las premisas sostenidas en la sentencia atacada. La primera de las afirmaciones, relativa a que no responde el conjunto económico si no existió fraude y no se prueba que la personería jurídica es una pantalla que esconde a otro sujeto, es la que claramente responde al caso de autos. Como consecuencia de lo anterior, se debe concluir que no hubo una operación económica encubierta, las empresas no eran una pantalla que ocultaba una persona física y no responden *in solidum* las empresas demandadas.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

La responsabilidad concurrente o *in solidum* no corresponde al caso de autos y debe ser rechazada, en tanto no existieron obligaciones concurrentes a cargo de las empresas. La responsabilidad *in solidum* se da cuando varios sujetos responden por el todo por un mismo hecho ilícito. En el caso de autos, no existe un hecho específico, por el cual deban responder diversos sujetos. Los contratos celebrados para las diferentes obras eran diferentes y sus obligaciones se ejecutaron de forma distinta. De la prueba diligenciada en autos surge claramente que tres obras (CH B-47, CH C-31 y CH C-32), no solo se encontraban en tiempo con el cronograma, sino que iban adelantadas, y que dos obras no tuvieron la financiación mediante el anticipo para acopios. No existe ningún elemento para imponer una responsabilidad por el todo a una persona jurídica que ha cumplido perfectamente su contrato de obra, por el solo hecho de integrar un conjunto económico con otra empresa que está ejecutando un contrato diferente para una obra distinta.

- El B.H.U. incumplió con su obligación de pago de Certificados de Avance de Obra desde julio de 2002 a la fecha que se rescindieron los contratos por decisión administrativa; cayó en mora en aquel momento y nunca salió del estado de morosidad. En los contratos de marras, se pactó la mora automática, por lo cual, no queda ninguna duda que el BHU cayó en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y que, como deudor moroso, no puede hacer caer en mora a las contratistas, las cuales, además, no incumplieron ninguna de las obligaciones a su cargo. La sentencia atacada incurre en error en la aplicación de los arts. 1336, 1341, 1342, 1344, 1688 y 1731 del Código Civil.

Las fechas en que el BHU se atrasó en los pagos en cada una de las obras y señaló que fue el incumplimiento del B.H.U. en el pago de obras ya realizadas lo que produjo la frustración de la ejecución del contrato. El 30 de octubre de 2003, dado que existían atrasos de más de 120 días en el pago de certificados de avance de obra, los contratistas de autos, en los diferentes supuestos contractuales en los que se encontraba cada una de ellas, debieron suspender las obras.

El B.H.U. abonó a las contratistas, en setiembre de 2003, indemnizaciones por sus atrasos en los pagos de certificados de avance de obra, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 83 del Pliego de Condiciones Generales (PCG) del B.H.U. de 1994, que prevé indemnizaciones y extensiones de plazo por atraso en los pagos. Los pagos se realizaron de acuerdo con el informe presentado por la Gerencia de Arquitectura de 26 de agosto de 2003, suscrito por el Arq. Maltempo, en el cual, además de los montos a pagar por indemnizaciones por atrasos en los pagos de certificados de avance de obra, se indican los días de extensión en el cronograma de obras a causa de dicho incumplimiento. En el caso, las partes ejecutaron el contrato considerando que el inc. 2º del art. 83 (extensión de plazos e indemnizaciones por atrasos en los pagos de los certificados de avance por obra por el BHU) del PCG B.H.U. se aplica al caso de autos y, en consecuencia, el B.H.U. abonó las indemnizaciones que dicha norma establece, sin requerir que el contratista suspenda las obras.

Dicho pago de las indemnizaciones configura una interpretación del referido art. 83 del PCG realizada por el Banco, contraria a la sostenida por el perito Cr. Pérez., para quien, en una interpretación errónea y que no le correspondía realizar, las indemnizaciones y las extensiones de plazos por atraso en pagos de certificados de avance de obra solo tendrían lugar si el contratista suspende las obras.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

La sentencia impugnada afirma equivocadamente que el incumplimiento del B.H.U. de su obligación de pago de Certificados de Avance de Obra fue posterior a inexistentes incumplimiento de los contratistas, que si hubieran existido, serían posteriores a los del B.H.U.

El fallo atacado no hace ninguna alusión a los incumplimientos del B.H.U. en el pago de los Certificados, lo que constituye una omisión grave que afecta la estructura de la sentencia, porque dicho punto es un agravio fundamental del recurso de apelación interpuesto en autos. Tampoco se pronuncia respecto a los supuestos incumplimientos de las empresas comparecientes en los cronogramas de obra, lo que también había sido objeto de agravio en el recurso de apelación.

- Las empresas demandadas obligadas a acopiar cumplieron con dicha obligación y que no se puede extinguir un contrato por el incumplimiento de una obligación que no se pactó en él. La sentencia incurre en error en la aplicación de los arts. 8, 1247, 1291 y 1431 del Código Civil.

Al respecto, anotó que la errónea aplicación del derecho es doble. En primer lugar, la sentencia afirma que hubo incumplimiento de la obligación de acopiar, cuando no lo hubo. En segundo término, la sentencia resuelve todos los contratos correspondientes a cuatro obras cuando la obligación de acopiar se estipuló solo en dos de ellos ("CH A 105, A 106, A 107 y A 108" y "CH B 47"), con lo cual, en consecuencia, resuelve los contratos correspondientes a dos obras ("CH C 31 y C 32" y "CH 277") en los cuales no existe la obligación que se considera incumplida para extinguir dichos vínculos contractuales. En dichos contratos no se estipuló obligación de acopiar ni hubo anticipos financieros.

El fallo impugnado debió expresar sobre qué fundamentos normativos sostiene que el incumplimiento de una obligación de un contrato asumida por una persona jurídica frente al BHU configura el incumplimiento de contratos celebrados por personas jurídicas diferentes en los cuales no existía la obligación incumplida. El hecho de que exista un conjunto económico entre las empresas que celebraron los diferentes contratos no significa de por sí que cada una responde por todas las obligaciones asumidas por las otras y mucho menos por incumplimientos de obligaciones que no pactaron.

En los contratos en los cuales sí se pactó la obligación de acopiar, las empresas se obligaron a mantener acopio de materiales que permitiera mantener el ritmo de las obras y de la ejecución de los proyectos respectivos. No existe ninguna norma aplicable al caso de autos que prevea que el contratista que recibe el "anticipo para congelar precios" deba adquirir la totalidad de los materiales. La Orden de Servicio de Gerencia General del B.H.U. 8003 no rige en el caso de autos pues es una norma interna y unilateral del B.H.U. que no fue incorporada a los contratos de arrendamiento de obra de marras.

No hubo incumplimiento alguno de las contratistas que recibieron los "anticipos para congelar precios". Éstas, como señala el dictamen pericial del Arq. Vidal, "incorporaron efectivamente los materiales que fueron desacopiados", la obligación de las empresas constructoras era "disponer de materiales en obra (acopios) para el fluido avance de los trabajos", "la lista de los materiales para los cuales se dieron adelantos había sido aprobada por el B.H.U.", y "la fecha en que se incorporaron a la obra los materiales desacopiados figuran en cada certificado en que se realizaron los desacopios, los que fueron constatados y aprobados por técnicos del B.H.U.". Para la obra del CH B 47, se concedió el anticipo en enero de 2002, por

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

lo cual, bajo ningún concepto puede ser el incumplimiento fijado en agosto de 2001. Con relación a la obra "CH A 105, A 106, A 107, A 108", el incumplimiento temporal, si existiera, solo podría verificarse el 3 de noviembre de 2003, fecha en la cual se le requiere a las empresas contratistas para dicha obra que indiquen dónde se encuentran los materiales acopiados para el futuro de la obra.

Si hubiera existido incumplimiento de la obligación de acopiar, que no lo hubo, la fecha de incumplimiento no puede ser, bajo ningún concepto, la fecha que se entregó el dinero del anticipo. Ello es contrario a derecho y carece de fundamento alguno. La sentencia atacada no expresa nada respecto de este agravio planteado en el recurso de apelación, pero confirma la postura del *a quo* al respecto. En todo caso, la fecha del incumplimiento que determinaría la exigibilidad de la restitución del dinero, sería cuando el BHU requirió a las empresas que habían recibido el anticipo para acopios, que no son todas, que le presentaran el acopio de materiales.

- Refirió al cumplimiento del cronograma de obras por las empresas demandadas y afirmó que no existió incumplimiento de las contratistas en los plazos de ejecución de las obras proyectadas. Las contratistas cumplieron el cronograma de obra previsto para todas las obras. Existió error en la aplicación de los arts. 1338, 1341, 1431 y 1847 del Código Civil.

Dijo al respecto que la sentencia impugnada no dice una sola palabra respecto del agravio expuesto al apelar en relación a que no existió incumplimiento en el cronograma de obras. Como consecuencia, la sentencia de segunda instancia padece de falta de motivación.

Analizó una a una las obras y los contratos que se celebraron para su ejecución.

Las obras CH B 47 (San Carlos) y CH C 31 y C 32 (Rocha) se ejecutaron cumpliendo perfectamente el cronograma de ejecución, incluso estando adelantadas con respecto a éste.

La obra CH 277 (Torre Aguada) fue recibida con atrasos de obra por cesión de contrato de la empresa Nelori S.A. con consentimiento del B.H.U.; además, con las extensiones por enlentecimiento y cupos de inversión impuestos por B.H.U. y por atraso en los pagos por Certificados de Avance, la obra estaba adelantada.

La obra CH A 105, A 106, A 107, A 108 (El Pinar) no presentaba ninguna demora en su ejecución de acuerdo con el cronograma de obra, incluyendo en éste las extensiones de plazo respectivas.

El B.H.U. abonó los certificados de obra sin realizar ninguna objeción respecto al tiempo de ejecución de las obras y sin aplicar ninguna multa por atraso. A su vez, los informes de la Gerencia de Arquitectura, de la Gerencia de Servicios Jurídicos y de la Sub Gerencia de Servicios Jurídicos Notariales del BHU consideran que corresponde la extensión del plazo por el atraso en los pagos de Certificados de Avance de Obra, según lo dispone el art. 83 del PCG 1994.

No existió ningún requerimiento de cumplimiento de cronograma de obra por parte del B.H.U. a las contratistas respectivas en junio de 2002. El informe referido por la sentencia, proveniente de la Gerencia de Arquitectura del B.H.U., no excluye la

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

mora del B.H.U. por su incumplimiento en su obligación de pago de Certificados de Avance de Obra. Se produce aquí un error de aplicación de normas legales por parte de la sentencia atacada, pues se violan los arts. 1336 y 1341 del Código Civil. El requerimiento sobre el cual se basa la sentencia no existió. El referido informe no exige el cumplimiento del cronograma de obra, su texto contiene algo totalmente diferente, como lo es el requerimiento de la presentación de los permisos municipales de construcción y sanitaria y "entregar a la supervisión de obras los cronogramas ajustados a la fecha del Acta de Iniciación de Obras". El B.H.U. no intimó el cumplimiento del cronograma de obras a las contratistas.

- La sentencia atacada afirma equivocadamente que no hubo agravio en el recurso de apelación respecto de la ineficacia de la cosa juzgada de la sentencia del TCA No. 764/2015, cuando surge de la lectura del recurso que si existió agravio sobre el punto, con amplio desarrollo (el cual transcribió extensamente). Existe de este modo error en la aplicación de los arts. 198 y 219 del C.G.P. La falta de motivación de la sentencia es clara y evidente.

- La compensación convencional pretendida por el B.H.U. no se verificó porque está pactada para un supuesto totalmente diferente; además, fue declarada con valores y montos arbitrarios y equivocados. De este modo, se configura error en la aplicación de los arts. 1291 inc. 2º, 1497 y 1508 del Código Civil.

La cláusula 15ª de los contratos de arrendamiento de obra contiene una cláusula que permite solo al B.H.U. compensar las deudas que él tenga con las contratistas con cualquier clase de deudas líquidas y exigibles que éstas tengan con el Banco. La cláusula agrega al final que la compensación se dará igual si las deudas fueran ilíquidas e inexigibles, lo cual es contradictorio con lo que la propia cláusula dispone. Se trata de una figura imposible jurídicamente, puesto que no se puede compensar una deuda que no es exigible o cuyo monto no se pueda determinar por ser ilíquida. Para que una compensación convencional como la estipulada en los contratos de autos se verifique se deben presentar los presupuestos necesarios para que exista. En el caso de autos, no se verificó la compensación convencional pactada en los contratos.

Desde toda perspectiva y desde cualquier lectura que se haga de los textos contractuales, no se pactó la compensación de una obligación de dar del B.H.U. con una obligación de indemnizar un supuesto incumplimiento de la obligación de acopiar a cargo de las contratistas. De acuerdo con lo expuesto, la compensación convencional señalada no se estipuló entre el BHU y las contratistas de las obras "CH A 105, A 106, A 107, A 108" y "CH B 47". A su vez, aun cuando se hubiera pactado, que no lo fue, el monto de la obligación no estaba determinado, por lo cual la deuda era ilíquida e indeterminada, lo cual impide cualquier clase de compensación.

La compensación convencional, si fuera erróneamente admitida, se hizo sobre bases totalmente equivocadas, en tanto no se incluyeron las indemnizaciones por atrasos en los pagos, a pesar que antes el propio B.H.U. había pagado a las contratistas las indemnizaciones por atrasos en los pagos de certificados de avance de obra. El Banco declara la compensación de su deuda con una supuesta e inexistente obligación de restituir el dinero que se les había anticipado para acopiar materiales.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Para continuar con las arbitrariedades de la compensación declarada, el B.H.U. le sumó a la deuda de las contratistas multas e intereses desde la fecha de celebración de los contratos.

- La condena a las empresas comparecientes acumula, en forma indebida y contraria a derecho, el reclamo de indemnización de daños y perjuicios y la cláusula penal pactada. Existe de este modo error en la aplicación de los arts. 1363, 1367, 1368, 1369 y 1370 del Código Civil.

Señaló al respecto que en nuestro derecho no es admisible la acumulación de la indemnización de daños y la pena, pues en principio la cláusula penal tiene función indemnizatoria de acuerdo con lo previsto en el art. 1367 del Código Civil, por lo que la posibilidad de acumulación se debe haber pactado en forma expresa en el contrato (o en el Pliego), lo que en el caso no se verifica.

- La pericia del Cr. Pérez presenta seis posibles cuentas corrientes entre los créditos recíprocos de las partes y todas dieron favorables a las contratistas, por lo cual, no es admisible una condena de indemnización de daños y perjuicios que no existieron. Existe aquí error de derecho en la valoración de la prueba pericial (art. 1270 inc. 1º C.G.P., sic).

Agregó a este respecto que la cuenta corriente hecha sobre las bases del B.H.U., solicitadas en la audiencia posterior celebrada con el perito, utiliza criterios que fueron rechazados expresamente por el Cr. Pérez.

- El monto de la indemnización de daños y perjuicios debería ser reducido mediante el descuento de un conjunto de gastos, costos e inversiones que las empresas demandadas realizaron en las obras que han quedado para el B.H.U. En este punto, se verifica error en la aplicación de los arts. 1341, 1342, 1343, 1345 y 1346 del Código Civil. Deben descontarse del monto indemnizatorio: la retención por el B.H.U. del 5% del precio de cada Certificado de Avance de Obra; los gastos, costos e inversiones realizados por las empresas contratistas respectivas en 16 locales comerciales y 36 cocheras en las obras CH 277 y CH B 47; los montos de las retenciones en los pagos de Certificados de Avance de Obra por concepto de BPS y compra del terreno donde se ubican los locales comerciales y garajes de las obras CH 277 y CH B 47; los costos de las obras de prevención de incendio exigidas por la modificación de la normativa vigente que aumentó las exigencias de medidas preventivas con posterioridad a la aprobación de los proyectos; el valor de materiales en obra de propiedad de las contratistas; y el monto de la multa al BHU por resistirse al arbitraje pactado para dirimir controversias sobre adicionales estipulados en el art. 29 del PCG 1994.

Concluyó que los errores en la aplicación de las normas legales citadas ameritan la anulación de la sentencia recurrida.

En suma, solicitó que se case la sentencia impugnada, declarándose su nulidad, y, en su mérito, se rechace la demanda instaurada y se acoja la reconvenCIÓN promovida, en todos sus términos.

VI.- A fs. 12.041/12.091 vto., el B.H.U., evacuó el traslado conferido, abogando por su rechazo.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

VII.- Recibidos los autos por la Corte (fs. 12.097/12.097 vto.), por Decreto No. 1046/2019 se dispuso el pase a estudio y autos para sentencia (fs. 12.098vto.).

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia por mayoría integrada por los Sres. Ministros, Dres. Luis Tosi, Elena Martínez, Bernadette Minvielle y el redactor, desestimará el recurso de casación interpuesto.

II.- Admisibilidad y alcance del recurso de casación interpuesto.

En primer lugar, corresponde examinar si el recurso de casación es admisible. Sobre el punto, existen posiciones divergentes entre quienes concurren al dictado del presente pronunciamiento.

a) Para los Sres. Ministros, Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle y este redactor, la totalidad de los agravios esgrimidos por la parte demandada reconviniente, en su recurso de casación resultan admisibles, sin que sea aplicable el límite previsto en el art. 268 del C.G.P.

En el caso, la parte demandada dedujo reconvención, por lo que, en puridad, la contra-pretensión ejercitada determina que nos encontremos frente a un “juicio contra el Estado” y, en tal hipótesis, corresponde aplicar el régimen de excepción previsto en la normativa citada.

Como se señalara en la Sentencia No. 131/2010 en términos que resultan trasladables al ocurrente:

“...en lo que respecta a la reconvención interpuesta por la parte demandada, aquí sí se trata de un juicio seguido contra el Estado, por lo que resulta aplicable, en consecuencia, lo establecido en el art. 268 del C.G.P. en la redacción dada por el art. 342 de la Ley No. 18.172: ‘No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia, excepto cuando se trate de juicios seguidos contra el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general. En estos casos, aun mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordias la sentencia de primera instancia, el recurso será admisible cuando se trate de asuntos cuyo monto superare el importe equivalente a 6.000 U.R.’

Por consiguiente, de conformidad con la norma que viene de transcribirse, si bien en las dos instancias se arribó a la misma solución desestimatoria, la casación resulta admisible atento a que se trata de una pretensión dirigida contra el Estado”.

Asimismo, consideran los referidos Sres. Ministros, que la admisibilidad del recurso debe regirse para ambas partes por las mismas normas, sin que sea posible fraccionar el régimen (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 240/2018).

Como observa GUERRA PÉREZ, el sistema de garantías está dado desde el propio inicio del proceso y para ambas partes en pie de igualdad.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En la medida en que inicialmente uno de los integrantes de la parte demandada es el Estado o alguno de los órganos enunciados por la disposición, queda determinado desde el inicio el estatuto de reglas y las garantías que regulará el proceso (GUERRA PÉREZ, Walter: “*Normas procesales según la Ley de Rendición de Cuentas No. 18.172. Intimación de pago, competencia de los juzgados letrados de lo contencioso administrativo y recurso de casación*”, Revista Estudios Jurídicos, No. 5, UCUDAL, Montevideo, 2008, pág. 126) (Cfme. Sentencia No. 1.616/2018).

b) Por su parte, para el Sr. Ministro, Dr. Luis Tosi, en fundamento particular, deben distinguirse, a efectos del control de admisibilidad del recurso de casación en examen, **dos distintos juicios, iniciados por las dos diversas pretensiones incoadas por las partes** (una por la actora y la otra por la reconviniente).

Las pretensiones deducidas por las distintas partes, aunque tramitan en un mismo proceso, dan lugar a dos diversos juicios: uno de ellos seguido por el Estado (B.H.U.) contra particulares; el otro seguido por dichos particulares contra el Estado (B.H.U.).

A su vez, el hecho de que uno de dichos juicios sea “contra el Estado” y el otro no, determina la existencia de diferentes requisitos de admisibilidad para el recurso de casación interpuesto en relación a uno y otro juicio, de acuerdo con lo previsto en el art. 268 del C.G.P.

Cabe convocar, en tal sentido, la Sentencia de la Corporación No. 131/2010, dictada a raíz de un recurso de casación promovido en el marco de un proceso en el cual, al igual que ocurre en el presente, se ventilaban dos pretensiones diversas: una seguida por el Estado (BROU) contra un particular; y la otra seguida por ese particular contra el Estado (BROU). Ello condujo a la Corte, en aquel caso, a admitir el recurso de casación en lo atinente al juicio contra el Estado, pese a existir dos soluciones coincidentes en las sentencias de mérito; mientras que, en relación al juicio seguido por el BROU contra el particular, el recurso fue admitido parcialmente, solo respecto a aquellos puntos en que existía divergencias entre los pronunciamientos de primer y segundo grado.

Similar razonamiento -sigue el referido Ministro- conduce, en el presente caso, a admitir solo en forma parcial el recurso de casación interpuesto en relación al juicio seguido por el B.H.U., contra los particulares demandados (exclusivamente en los puntos que han sido objeto de soluciones no coincidentes en las sentencias de mérito) y, en cambio, admitir plenamente el recurso en lo que atañe al juicio seguido por los particulares contra el Estado (B.H.U.), por no regir a su respecto la regla de la “doble confirmatoria” (art. 268 inc. 2º C.G.P.).

En la especie, se verificó desde el punto de vista procesal una acumulación sucesiva por inserción, que determinó que en una misma sentencia se resolviera respecto de dos pretensiones diversas: una seguida por el B.H.U. contra el Grupo Barboni y otros, y otra seguida por éstos contra el B.H.U.

Como lo enseñara Carnelutti, se llama proceso acumulativo, en lugar de simple, al proceso que sirve para la composición de varias litis (Cfme. Instituciones del proceso civil, Bs. As., T. I, pág. 387; citado en: Enrique Vescovi –Director-, M. de

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Hegedus, S. A. Klett, B. Minvielle, L.M. Simón, S. Pereira, "Código General del Proceso comentado, anotado y concordado", Tomo 3, Editorial Ábaco, 1995, pág. 197).

En el caso, entonces, asistimos a un proceso acumulativo en el cual se tramitaron dos litis o litigios distintos: el planteado en la demanda inicial, que supuso un juicio seguido contra un particular, y el planteado en la demanda reconvencional, que supuso un juicio seguido contra el Estado (B.H.U.).

Entonces, el hecho de que uno de dichos juicios sea "contra el Estado" y el otro no, determina la existencia de diferentes requisitos de admisibilidad para el recurso de casación interpuesto en relación a uno y otro juicio, de acuerdo con la regla prevista en el artículo 268 inciso segundo del C.G.P.

En efecto, como es sabido, en esa disposición el legislador estableció como regla general que el recurso de casación es improcedente cuando la sentencia de segunda instancia confirmó en todo y sin discordias lo resuelto en primera instancia. Tal regla tiene como excepción los "*juicios seguidos contra el Estado (...)* En estos casos, aun mediando sentencia de segunda instancia que confirme en todo y sin discordias la sentencia de primera instancia, el recurso será admisible cuando se trate de asuntos cuyo monto superare el equivalente a 6.000 UR (seis mil unidades reajustables)".

En el caso, entonces, resulta parcialmente inadmisible la casación intentada contra lo resuelto en el juicio seguido por el B.H.U. contra el Grupo Barboni y otros. En efecto, el recurso solo resulta admisible en relación a aquellos aspectos en los que las soluciones de ambas instancias no fueron coincidentes (en concreto: régimen de responsabilidad de las co-demandadas).

Y, en cambio, en ese entendimiento, corresponde considerar admisible el recurso de casación en lo que atañe al juicio seguido por los particulares contra el Estado (B.H.U.), por no regir a su respecto la regla prevista en el artículo 268 inciso segundo del C.G.P.

A juicio del Sr. Ministro Dr. Tosi, no hay ninguna razón jurídica para desatender la clara regla impuesta en el artículo 268 inciso segundo del C.G.P., conforme a la cual el legislador impidió que ciertas cuestiones de un litigio, respecto de las cuales hubo dos pronunciamientos coincidentes en dos instancias, fueran pasibles de revisión en casación cuando se trata de juicios seguidos contra particulares (como es el del B.H.U. contra el Grupo Barboni y otros).

El supuesto aquí planteado presenta, en opinión del referido Ministro, caracte-rísticas muy distintas al que se presenta en otros supuestos de procesos acumulativos que, merced de sus peculiaridades, sí imponen soluciones diversas, como es el caso de los fenómenos de acumulación subjetiva derivada de litisconsorcios facultativos, resueltos en Sentencias Nos. 1778/2017 (considerando II.4.b), 240/2018 y 715/2019, entre otras.

En esos casos, la Corte ha señalado que, en supuestos en los cuales se trata de juicios seguidos contra el Estado y un particular, la regla impuesta en el artículo 268 inciso segundo del C.G.P., que permite el acceso a la casación en supuestos de dos fallos coincidentes únicamente cuando es demandado el Estado, debe extenderse al demandado particular, ya que

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

de otro modo se violaría el derecho a la igualdad y los principios propios de la acumulación (concretamente: la continencia de la causa, Cfme. Sentencia No. 1778/2017).

Lo que se pretende evitar es que, frente a una sentencia que resuelve una pretensión basada en igual objeto y causa, la posibilidad de revisar el fallo en casación varíe según quién sea el demandado.

Pues bien, considera el Sr. Ministro Dr. Tosi que este concreto caso de proceso acumulativo, no fundado en la existencia de un litisconsorcio sino de una reconvención, es distinto, sin que se verifique una violación del derecho a la igualdad ni a ninguno de los principios de la acumulación.

A diferencia del supuesto de acumulación que se verifica en el caso de juicios seguidos contra un litisconsorcio integrado por una entidad estatal y un particular, aquí no se viola la igualdad entre los litigantes. En el caso de autos las partes conocen desde el inicio el estatuto de reglas que regirán su litigio y no se da la posibilidad de que, respecto de cada litigio, en caso de fallos coincidentes en ambas instancias, exista diverso acceso a la casación: desde el inicio el litigio contra el Estado tendrá acceso a la casación pese a que existan dos pronunciamientos coincidentes y el litigio contra el particular no lo tendrá.

El hecho de que exista un régimen diverso para la admisibilidad de la casación en función de que se trate de un juicio seguido contra el Estado no es, de por sí, contrario al principio de igualdad. La violación de este principio solo se genera si respecto de un mismo litigio una parte puede recurrir y otra no. Lo que no acontece en la especie.

Tampoco se violenta principio alguno de los procesos acumulativos.

Inicialmente, cabe señalar que, como se sostiene en el más profundo estudio sobre el proceso acumulativo en nuestro medio, si bien la característica de este tipo de proceso es que, pese a tratarse de varios litigios, éstos se tramitan en forma conjunta y unitaria ante un mismo tribunal, con una uniformidad de tramitación, tal forma de tramitación “no implica necesariamente una uniformidad absoluta” (Cfme. Jaime Teitelbaum: “*El proceso acumulativo civil*”, Amilio M. Fernández, Montevideo, 1973, pág. 24). No todo supuesto de proceso acumulativo supone las mismas soluciones procesales.

No se violenta el principio de continencia de la causa, en la medida que, en un supuesto de reconvención como el aquí planteado, en cada litigio se resuelve respecto de causas distintas.

No se trata aquí de que pueda haber fallos distintos respecto del mismo caso, como acontece en los supuestos de litisconsorcios resueltos en las sentencias referidas, lo que convoca uno de los fundamentos de los procesos acumulativos: el principio de no contradicción de las decisiones y la integridad del orden jurídico (Cfme. Teitelbaum, ob. cit., págs. 60-64). En esos casos, se trata de evitar que, ante un mismo hecho generador de responsabilidad, en un proceso seguido contra dos sujetos (A y B) exista divergencia judicial, y que en función de los mismos hechos pueda ser condenado A y absuelto B (Cfme. Teitelbaum, ob. cit. pág. 61).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En conclusión, entiende el Sr. Ministro Dr. Tosi, que en supuestos de reconvención en los cuales se tramitan dos litigios distintos, para resolver sobre pretensiones con distinta causa y objeto, uno seguido contra un particular y otro contra una entidad estatal, no hay razón para apartarse de lo dispuesto en el artículo 268 inciso segundo del C.G.P.

En la especie, entiende el referido Sr. Ministro, corresponde identificar adecuadamente las dos pretensiones sucesivamente deducidas por las partes.

Respecto a la pretensión inicial de “cobro de pesos y daños y perjuicios”, deducida por la actora (B.H.U.) “contra el ‘Grupo Barboni’, empresas Amiga S.A., Consorcio Barboni, Consorcio El Pinar, Fernando Barboni S.A. y el Sr. Fernando Barboni en su carácter de representación legal de las mismas” (vide: fs. 426, pieza 2), han recaído dos sentencias parcialmente coincidentes en primera y segunda instancia, sin discordias, las cuales presentan entre sí una única diferencia: mientras que el pronunciamiento de primer grado condenó a los demandados en forma solidaria a abonar las sumas de dinero cuya liquidación se difirió a la vía prevista en el art. 378.1 del C.G.P., de acuerdo con las pautas establecidas en el Considerando VI), con más reajustes e intereses desde la fecha de la demanda (vide: fs. 11.781, pieza 39); en cambio, en la sentencia de segunda instancia, se condena a todos los demandados por el todo “*in solidum*” (vide: fs. 12.007, pieza 40).

Ello tiene por conse-cuencia que, en relación a la decisión arribada por la Sala respecto a la pretensión de cobro de pesos y daños y perjuicios incoada por el B.H.U., **solo sea posible revisar en casación la forma en que deben responder los demandados; en concreto, si éstos deben responder en forma solidaria o *in solidum***, lo que, conforme se dirá, y más allá de la diversa fundamentación ensayada por los órganos de mérito para llegar a sus respectivas soluciones, supone como única diferencia el régimen que habrá de seguirse en las relaciones internas entre los distintos demandados para el caso de que uno de ellos cancele la deuda.

Cabe recordar, a este respecto, que si bien los referidos sistemas de responsabilidad (solidaria e *in solidum*) coinciden en cuanto a que, en ambos supuestos, el acreedor puede exigir a cualquiera de los demandados el pago de la totalidad de su crédito, difieren entre sí en las llamadas relaciones internas, puesto que **en la responsabilidad *in solidum* el sujeto que pague la totalidad de la suma objeto de condena no podrá luego ejercer acción de regreso contra el otro u otros demandados condenados**, pues está pagando una obligación que tiene por causa o fuente un título propio, **mientras que en la responsabilidad solidaria la regla es que si paga el responsable a título ajeno (por ejemplo, el patrón en la hipótesis prevista en el art. 1324 C.C.) podrá luego repetir contra quien es responsable a título propio** (en el ejemplo, el dependiente) (véase al respecto: VAN ROMPAEY, Leslie, “¿Es admisible la condena *in solidum* en la responsabilidad extracontractual?”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXII, 1992, págs.. 471/477; VENTURINI, Beatriz y TABAKIÁN, Marcela, “La condena ‘*in solidum*’ en la jurisprudencia uruguaya reciente”, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Tomo IV, 2016, págs. 257-264; en la jurisprudencia de la Corte, véase entre otras la Sentencia No. 140/2015. Con todo, debe puntualizarse que no es pacífica en doctrina la admisión de la categoría de la responsabilidad *in solidum* en nuestro derecho; a este respecto, véase: RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge, “Obligación indivisible y responsabilidad *in solidum*”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XLII, 2012, págs. 655/668).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

De acuerdo a lo señalado, puede concluirse que la responsabilidad *in solidum*, dispuesta por la sentencia de segundo grado, resulta más gravosa para los demandados que la responsabilidad solidaria, que había sido dispuesta en el pronunciamiento de primera instancia. En efecto, la solución dispuesta por la Sala implica que aquel demandado que pague en primer término al acreedor no podrá ya repetir contra ninguno de los otros co-demandados, a diferencia de lo que acontecería si la responsabilidad fuera solidaria, supuesto en el que, eventualmente, algunos de los co-obligados –en concreto, los que fueran considerados responsables a título ajeno- podrían ejercer luego la acción de regreso contra quienes fueran considerados responsables a título propio.

El alcance del recurso de casación, entonces, en lo que respecta a la pretensión incoada por el BHU contra el Grupo Barboni, las empresas demandadas y el Sr. Fernando Barboni, queda limitado exclusivamente a la forma en que deben responder los distintos co-demandados, esto es, si deben responder en forma solidaria o *in solidum*; y más concretamente, por ser la única diferencia práctica entre tales regímenes, si será posible o no ejercerse luego, por el demandado que pagare, la acción de regreso.

Por su parte, respecto a la pretensión de resolución de los contratos por incumplimiento doloso del BHU y de daños y perjuicios, deducida por la parte reconviniente (José Fernando Barboni, por sí y en representación de las empresas co-demandadas) contra el B.H.U., han recaído dos sentencias plenamente coincidentes en primera y segunda instancia, sin discordias. No obstante, dado que se trata de una pretensión –y por ende de un juicio- seguido “contra el Estado”, y que se supera el límite de las 6.000 U.R. (art. 268 inc. 2º C.G.P.), resulta admisible el recurso interpuesto y podrá revisarse la totalidad de lo resuelto por la Sala en relación a dicha pretensión, por iguales fundamentos a los sostenidos por la mayoría en el Considerando II.a).

III.- Análisis sustancial del recurso de casación interpuesto por la demandada en relación a lo resuelto por la Sala respecto a la pretensión de cobro de pesos y de daños y perjuicios, incoada por el B.H.U. contra el “Grupo Barboni”, el Sr. Barboni y las empresas por él representadas.

Como cuestión preliminar, para los Sres. Ministros Dres. Elena Martínez y el redactor, al igual que lo hace la sentencia de primera instancia, corresponde relevar la cosa juzgada resultante de la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 764/2015, de 15 de octubre de 2015, en los autos: “AMIGA S.A. Y OTRAS con BANCO HIPOTECARIO DEL URUGUAY. Acción de nulidad” (Ficha No. 234/2013).

En ese proceso las demandadas reconvinientes solicitaron la declaración de nulidad del acto administrativo por el cual el Banco Hipotecario del Uruguay declaró resueltos los contratos celebrados en base al incumplimiento de las empresas contratadas.

El alcance de la cosa juzgada de la referida sentencia comprende, sin lugar a dudas, la existencia del incumplimiento del régimen de acopios y de plazos de entrega de las obras por parte de las empresas demandadas.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

La sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene carácter previo en cuanto al alegado incumplimiento y, por tanto, se impone como dato de orden público al presente proceso.

Ese carácter de previo y de prejudicial fue considerado por la Sentencia Interlocutoria dictada en estos Autos No. 675/2015, de 27 de abril de 2015, la cual fue consentida por las partes y que, por tanto, no puede ser revisada a esta altura del proceso.

III.1.- Para el Sr. Ministro, Dr. Luis Tosi, de la lectura del extenso –y por momentos farragoso- libelo recursivo, emerge que **buena parte de los planteos introducidos por los recurrentes corresponden a cuestiones sobre las cuales han recaídos dos pronunciamientos coincidentes**, lo que determina la inviabilidad de su revisión en esta etapa, por los fundamentos expuestos en el Considerando II.b).

Así acontece con los agravios expresados en los numerales 2, 5, 6, 9, 10, 11 y 12.

III.2.- **Agravio relativo a la inexistencia de operación económica encubierta y que las personerías jurídicas de las empresas no constituyeron una pantalla detrás de la cual se ocultara una persona física (num. 2 de fs. 12.012).**

Cabe señalar que en el numeral 2 de su escrito (fs. 12.012/12.014 vto.), la recurrente plantea que no existió operación económica encubierta y que las personerías jurídicas de las empresas no constituyeron una pantalla detrás de la cual se ocultara una persona física.

Expresó que se realizaron contratos independientes para obras diferentes, provenientes de licitaciones y adjudicaciones distintas; aquéllos se celebraron por empresas distintas, que se presentaron a licitaciones diferentes. No existió ninguna conexidad entre ellos, pues no se celebraron para ejecutar una finalidad común, distinta a la de cada contrato o grupo de contratos en particular. El hecho de que las empresas estuvieran vinculadas entre sí no significó que existiera una operación económica, pues las obras eran independientes y los contratos se ejecutaron en forma diferente.

Manifestó que los contra-tos no fueron celebrados con la persona física Sr. Barboni, oculto detrás de una pantalla de personas jurídicas, lo que supone una afirmación totalmente equivocada, falsa y carente de prueba. En efecto, el Sr. Barboni actuó en representación de las personas jurídicas que celebraron contratos con el B.H.U. y éste, obviamente, consintió su celebración de dicho modo. En consecuencia, para afirmar que en realidad el B.H.U. no celebró dichos contratos con las empresas demandadas sino con una persona física, se debió promover ineludiblemente una acción de inoponibilidad de la persona jurídica (o “disregard”), lo cual, como lo expresa la Sala, no correspondía porque no existió ningún fraude en los hechos que nos ocupan.

Afirmó que el hecho de que las empresas demandadas integren un conjunto económico no significa, bajo ningún concepto, que deban responder por supuestos incumplimientos de obligaciones emergentes de contratos independientes y autónomos que cada empresa celebre con un mismo sujeto. Las sociedades que integran el grupo son sujetos de derecho diferentes,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

con patrimonios diferentes, con relaciones jurídicas propias, que mantienen su individualidad. La mera existencia de un grupo de sociedades o de un conjunto económico no determina por sí una comunidad patrimonial, ni implica ninguna forma de comunicación de responsabilidad entre las sociedades que lo integran, que son personas jurídicas independientes.

Concluyó que, para que pueda extenderse la responsabilidad a los miembros del grupo, se requiere que opere el instituto de la prescindencia de la personalidad jurídica, previsto por el art. 189 de la Ley No. 16.060.

En cuanto al mérito, para los Sres. Ministros Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle y el redactor, corresponde mantener la imputación de responsabilidad realizada en las sentencias de mérito.

En efecto, quienes integran la mayoría comparten lo sostenido por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno en cuanto a la licitud de la actuación del grupo económico en nuestro derecho (a vía ejemplo, Dra. Martínez en sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno No. 200/2008).

La fundamentación de la condena a las demandadas en el presente proceso se puede organizar desde dos perspectivas de análisis, tal como lo fueron por las dos decisiones de mérito.

Los elementos fácticos tenidos en cuenta por las sentencias de ambas instancias fueron los mismos y no existe mérito para modificarlos en etapa de casación.

El debate jurídico de fondo que se plantea en este proceso resulta sumamente controversial, ya que implica un pronunciamiento sobre temas de derecho comercial y societario que han tenido escaso tratamiento en nuestro medio.

A) En primer lugar, la postura de la sentenciante de primera instancia se funda en la existencia de un grupo de interés económico de hecho e irregular en base a la Ley No. 16.060.

Los demandados, Amiga S.A., Consorcio Barboni, Consorcio El Pinar S.A., Fernando Barboni S.A. constituyen un grupo de interés económico de hecho e irregular (artículos 2, 489, 500, 42 lit. a de la Ley No. 16.060).

El grupo es administrado por la persona física Fernando Barboni en calidad de administrador.

La calificación del grupo de interés económico como de hecho e irregular torna aplicable el artículo 39 de la ley de sociedades comerciales que habilita el accionamiento contra la sociedad, los socios o los administradores.

Los contratos de obra celebrados por las distintas empresas y el B.H.U. para la construcción de los conjuntos habitacionales CH A 105, 106, 107 formaron parte de un único emprendimiento, a pesar de que fueran formalmente celebrados por distintas personas jurídicas.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

A efectos de arribar a esta conclusión la sentencia de primera instancia tuvo en cuenta los siguientes argumentos (fs. 11.711):

- 1) el contenido de la pericia del Arquitecto Bidart;
- 2) el informe primario del jurado interno del B.H.U. que considera indivisibles las propuestas relativas a ciertas obras por exceder el cupo de viviendas por empresa establecido en los Pliegos, lo cual determinó que el “Grupo Barboni” utilizará diferentes empresas para celebrar los contratos;
- 3) las empresas del grupo presentaron un presupuesto global para cuatro conjuntos habitacionales;
- 4) los terrenos para la construcción de viviendas en Ciudad de la Costa y Rocha fueron adquiridos por el B.H.U. a Fernando Barboni, persona física;
- 5) el rol de Fernando Barboni con respecto a todas las empresas del conjunto;
- 6) todas las empresas se dedican a la construcción (idéntico giro empresarial);
- 7) son representadas por la misma persona (Fernando Barboni);
- 8) tienen el mismo domicilio;
- 9) se presentan siempre en forma conjunta en sus defensas ante el B.H.U. y en el juicio, de modo que han actuado como un mismo grupo de interés;
- 10) a la hora de deducir reconvenCIÓN en este proceso no se distingue entre los diversos contratos y se reclama una indemnización global para todas las empresas;
- 11) los testigos que declararon en el proceso se refieren al conjunto de empresas como “Grupo Barboni”.

En base a todos estos elementos, la Sra. Jueza de primera instancia concluyó que los contratos correspondientes a los CH A 105 a 108 fueron celebrados con diferentes personas jurídicas, entre otras razones, a efectos de salvar la observación que realizó el jurado del B.H.U. en cuanto a que la contratación excedía el límite de 75 viviendas por cada empresa (fs. 11.713).

La parte demandada consti-tuye un grupo de interés económico de hecho (que debe ser considerada sujeto de derecho) y, por tanto, todas las empresas que lo constituyen responden solidaria-riamente.

El administrador del grupo, Fernando Barboni, también responde solidariamente de las obligaciones contraídas con el B.H.U.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

La existencia del Grupo de interés económico y el alcance de la responsabilidad que fue determinado en la sentencia hace innecesario ingresar en las consideraciones referidas a la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

B) Desde una segunda perspectiva de análisis, corresponde reiterar la postura del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno que lo condujo a concluir en la existencia de responsabilidad *in solidum*: “*Igualmente, desde el enfoque adoptado en la sentencia de primera instancia, en particular si se considera la operación económica encubierta por los diversos contratos, bien se puede concluir que el BHU los celebró a todos con el Sr. Barboni, a través de las distintas sociedades que éste administraba.*

En esta consideración, en opinión de la Sala, todos los demandados responden por el todo, esto es, “in solidum” (fs. 12.005/12.005 vto.).

Aquí el Tribunal releva la existencia de una simulación relativa subjetiva (los contratos fueron, en realidad, celebrados entre el B.H.U. y Fernando Barboni) y, en su mérito, condena a todas las demandadas “*in solidum*”.

C) Quienes conforman la mayoría, consideran que la fundamentación expuesta en la sentencia de primera instancia es la correcta.

Todas las demandadas integran un grupo de interés económico (artículos 489 a 500 de la Ley No. 16.060).

Según lo dispone el artículo 489: “*Dos o más personas físicas o jurídicas podrán constituir un grupo de interés económico con la finalidad de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros o mejorar o acrecer los resultados de esa actividad.*

Por sí mismo, no dará lugar a la obtención ni distribución de ganancias entre sus asociados y podrá constituirse sin capital.

Será persona jurídica”.

La existencia del negocio constitutivo del grupo ha sido suficientemente acreditado en autos. Sin embargo, dicho acuerdo no fue otorgado por escrito y no fue inscripto, tal como lo dispone la ley. Tales circunstancias determinan que sea posible calificar al grupo como de hecho e irregular. Ya que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500 del mismo cuerpo normativo, “*Salvo disposición expresa en el contrato o en este Capítulo, se aplicará lo dispuesto para las sociedades en general y para las colectivas en particular*”.

Dicho grupo era administrado por el Sr. Fernando Barboni y realizó actividad empresarial directa (no mera coordinación entre las empresas). Esto resulta posible en nuestro ordenamiento, ya que se comparte la postura amplia expuesta por los Profs. Jaime Berdaguer y Jorge Luis Gamarra en la consulta agregada por la actora de estos (fs. 6466/6477).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En referencia al objeto del G.I.E. se han sostenido: “*En el contrato, se mencionará también el objeto de la G.I.E., esto es la actividad específica que el mismo habrá de desarrollar a efectos de ‘facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros’ o ‘mejorar o acrecentar los resultados de esa actividad’. La ley no establece restricción alguna respecto del género de actividades a realizar, pudiendo ser en consecuencia cualquiera que los contratantes consideren idónea como medio para la obtención del resultado cuya búsqueda constituye la causa-fin del negocio*” (Gaggero, E; Pérez, Saúl; Rippe, S. Análisis exegético de la Ley No. 16.060 – Sociedades Comerciales, FCU, 1^a Ed., Montevideo, julio de 1993, págs. 270/271).

Por su parte, la aplicación de las normas que regulan las sociedades colectivas, de hecho e irregulares determina la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del grupo y del propio administrador (artículo 39 de la misma ley).

Sin perjuicio del cambio de fundamentación, en el caso, no puede modificarse lo resuelto en cuanto al régimen de responsabilidad para adaptarlo a dicha solución.

La opción por una u otra fundamentación solo sería útil para modificar lo resuelto en relación a la forma en la cual se dispuso la condena en ambas instancias (si debe ser solidaria o *in solidum*).

En el punto, no se dedujeron agravios respecto a las consecuencias en las relaciones internas entre los distintos sujetos contra los que se impuso la condena, que es, en puridad, la única diferencia entre la condena solidaria, dispuesta en primera instancia, y la condena *in solidum*, dispuesta en la sentencia impugnada.

Es de verse que la principal diferencia entre la responsabilidad *in solidum* y la solidaria se ubica en las relaciones internas, puesto que en el régimen de la responsabilidad *in solidum* no es posible para el sujeto que paga la deuda en común repetir luego contra los otros co-obligados, ya que se considera que el *solvens* ha satisfecho una obligación surgida “a título propio”; mientras que la repetición sí es -al menos eventualmente- posible en el régimen de la responsabilidad solidaria, puesto que si la deuda que los co-obligados tienen en común con el acreedor fuera cancelada por un sujeto cuya obligación es “a título ajeno”, entonces el *solvens* podría ejercer la acción de regreso contra aquellos sujetos obligados “a título propio” (Cfme. VENTURINI, Beatriz y TABAKIÁN, Marcela, “La condena ‘in solidum’ en la jurisprudencia uruguaya reciente”, pág. 259; VAN ROMPAEY, Leslie, “¿Es admisible la condena *in solidum* en la responsabilidad extracontractual?”, págs. 472 y 474; véase también la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 140/2015).

Por tanto, en la medida que la recurrente no cuestiona la condena en cuanto al marco de relaciones internas, la calificación como solidaria o *in solidum* no resulta relevante en esta sentencia, ya que, en el caso, ambos regímenes conducen a la misma consecuencia.

III.3.- Agravio respecto a que el incumplimiento del B.H.U. de su obligación de pago de Certificados de Avance de Obra fue posterior a incumplimientos de los contratistas (num. 5 fs. 12.012).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Expresa la recurrente que la errónea aplicación del derecho es doble. En primer lugar, la sentencia afirma que hubo incumplimiento de la obligación de acopiar, cuando no lo hubo. En segundo término, la sentencia resuelve todos los contratos correspondientes a cuatro obras cuando la obligación de acopiar se estipuló solo en dos de ellos (CH A 105, A 106, A 107 y A 108 y CH B 47), con lo cual, en consecuencia, resuelve los contratos correspondientes a dos obras (CH C 31 y C 32 y CH 227), en los cuales no existe la obligación que se considera incumplida para extinguir dichos vínculos contractuales.

Para los Sres. Ministros, Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle y el redactor, resulta claro que tales aspectos están vinculados con el incumplimiento por parte de las contratistas demandadas de la obligación de acopiar. Tanto sobre la verificación de tal incumplimiento, su alcance y la fecha en que tuvo lugar, ya se expidió la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, están alcanzados por la cosa juzgada derivada de esa sentencia, tal como fue desarrollado en el Considerando III).

III.4.- Agravio relativo a los incumplimientos de la recurrente respecto al cronograma de las distintas obras objeto de los contratos, fechas, alcance y consecuencias (num. 6 de fs. 12.022 vto.).

a) Afirma la recurrente, que no existió incumplimiento de las contratistas en los plazos de ejecución de las obras proyectadas.

Analiza una a una las obras y los contratos que se celebraron para su ejecución y señala que las obras CH B 47 (San Carlos) y CH C 31 y C 32 (Rocha) se ejecutaron cumpliendo perfectamente el cronograma de ejecución; que la obra CH 277 (Torre Aguada) fue recibida con atrasos de obra por cesión de contrato de la empresa Nelori S.A. con consentimiento del B.H.U. pero que, además, con las extensiones por enlentecimiento y cupos de inversión impuestos por B.H.U. y por atraso en los pagos por Certificados de Avance, la obra estaba adelantada; que la obra CH A 105, A 106, A 107, A 108 (El Pinar) no presentaba ninguna demora en su ejecución de acuerdo con el cronograma de obra, incluyendo en éste las estensiones de plazo respectivas.

Agrega que el B.H.U. abonó los certificados de obra sin realizar ninguna objeción respecto al tiempo de ejecución de las obras y sin aplicar ninguna multa por atraso, y que no existió ningún requerimiento de cumplimiento de cronograma de obra por parte del B.H.U. a las contratistas respectivas en junio de 2002.

Ahora bien. En relación a los incumplimientos de la parte demandada respecto al cronograma de las distintas obras objeto de los contratos de marras, las fechas en que tales incumplimientos se produjeron, su alcance y sus consecuencias, también resultan alcanzados por la cosa juzgada del TCA.

b) Por la misma razón corresponde desestimar la alegada falta de motivación de la sentencia.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En tal sentido, en dos breves párrafos, y sin mayor desarrollo, la recurrente expresa: “*Las empresas comparecientes apelaron la sentencia de primera instancia y uno de sus agravios fundamentales al apelar fue que el fallo impugnado sostenía que las demandadas se habían atrasado en el cronograma de obras, lo cual, es absolutamente equivocado.*

La sentencia de segunda instancia impugnada no dice una sola palabra sobre el agravio referido, el cual fue expuesto extensamente en el escrito que contiene el recurso de apelación de autos. Como consecuencia, la sentencia de segunda instancia impugnada por el presente recurso de casación padece de falta de motivación” (fs. 12.023).

Como se dijo, con respecto a la existencia de incumplimientos en el cronograma de obras corresponde estar a la cosa juzgada derivada de la sentencia del TCA.

III.5.- Agravio relativo a que la compensación convencional pretendida por el B.H.U., no se verificó porque está pactada para un supuesto totalmente diferente (numeral 9 de fs. 12.031).

En este pasaje, la recurrente señala que la cláusula 15^a de los contratos de arrendamiento de obra contiene una previsión que permite solo al B.H.U. compensar las deudas que él tenga con las contratistas con cualquier clase de deudas líquidas y exigibles que éstas tengan con el Banco. La cláusula agrega al final que la compensación se dará igual si las deudas fueran ilíquidas e inexigibles, lo cual es contradictorio con lo que la propia cláusula dispone. Se trata de una figura imposible jurídicamente, puesto que no se puede compensar una deuda que no es exigible o cuyo monto no se pueda determinar por ser ilíquida.

Sostiene que, desde toda perspectiva y desde cualquier lectura que se haga de los textos contractuales, no se pactó la compensación de una obligación de dar del B.H.U. con una obligación de indemnizar un supuesto incumplimiento de la obligación de acopiar a cargo de las contratistas. De acuerdo con lo expuesto, la compensación convencional señalada no se estipuló entre el BHU y las contratistas de las obras “CH A 105, A 106, A 107, A 108” y “CH B 47”.

Agrega, por otro lado, que la compensación convencional, si fuera erróneamente admitida, se hizo sobre bases totalmente equivocadas, en tanto no se incluyeron las indemnizaciones por atrasos en los pagos, a pesar de que antes el propio B.H.U. había pagado a las contratistas las indemnizaciones por atrasos en los pagos de certificados de avance de obra. Además, para continuar con las arbitrariedades de la compensación declarada, el B.H.U. le sumó a la deuda de las contratistas multas e intereses desde la fecha de celebración de los contratos.

En el punto, las presentes impugnaciones no pueden prosperar.

El planteo resulta un tanto confuso, se hace referencia a cláusulas particulares de los contratos y se las mezcla con consideraciones jurídicas generales, lo cual perjudica la posición de la recurrente.

En particular, los temas referidos a la liquidación concreta de los daños y a las posibilidades de descuentos de deudas por parte de la acreedora de la indemnización deberán ser consideradas en la etapa liquidatoria a la cual fueron diferidas

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

(artículo 378 del C.G.P.).

III.6.- En cuanto al agravio relativo a que la condena acumula, en forma indebida, el reclamo de indemnización de daños y perjuicios y la cláusula penal pactada (num. 10 de fs. 12.032vto.).

En el particular, la recurrente expresa que la condena a las empresas comparecientes acumula, en forma indebida y contraria a derecho, el reclamo de indemnización de daños y perjuicios y la cláusula penal pactada, lo que supone error en la aplicación de los arts. 1363, 1367, 1368, 1369 y 1370 del Código Civil. Señala al respecto que en nuestro derecho no es admisible la acumulación de la indemnización de daños y la pena, pues en principio la cláusula penal tiene función indemnizatoria de acuerdo con lo previsto en el art. 1367 del Código Civil, por lo que la posibilidad de acumulación se debe haber pactado en forma expresa en el contrato (o en el Pliego), lo que en el caso no se verifica.

La cuestión de la procedencia de las multas fue diferida para la etapa de liquidación, por lo cual el agravio debe ser desestimado.

La sentencia de primera instancia resuelve expresamente sobre este punto al establecer las bases para el proceso liquidatorio previsto por el artículo 378 del C.G.P.:

*“Debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el crédito que tiene le Banco por el adelanto financiero respecto del cual no se hizo el acopio de materiales, **las multas por incumplimiento cuando correspondan...**”* (párrafo 4 de fs. 11.769).

Por tanto, la procedencia de las multas fue diferida para la etapa de liquidación, diferimiento sobre el cual no existe agravio de la parte. Asimismo, esa falta de recurrencia determina la imposibilidad de que la Corte se pronuncie sobre la corrección o no de tal diferimiento.

III.7.- Agravios relativos a la valoración de la prueba pericial y el monto de la indemnización de daños y perjuicios (numerales 11 y 12 de fs. 12.033 y 12.034).

En el numeral 11, la impugnante manifiesta que la pericia del Cr. Pérez presenta seis posibles cuentas corrientes entre los créditos recíprocos de las partes y que todas dieron favorables a las contratistas, por lo cual, no es admisible una condena de indemnización de daños y perjuicios que no existieron. Señala que existe aquí error de derecho en la valoración de la prueba pericial y agrega que la cuenta corriente hecha sobre las bases del B.H.U., solicitadas en la audiencia posterior celebrada con el perito, utiliza criterios que fueron rechazados expresamente por el Cr. Pérez.

Por último, en el numeral 12 de su escrito, la recurrente sostiene que el monto de la indemnización de daños y perjuicios debería ser reducido mediante el descuento de un conjunto de gastos, costos e inversiones que las empresas demandadas realizaron en las obras que han quedado para el B.H.U.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Ahora bien, a juicio de los Sres. Ministros, Dres. Martínez, Minvielle y el redactor, del examen de las sentencias dictadas por los órganos de mérito surge que en el fundado pronunciamiento de primer grado se analizaron extensamente los rubros solicitados por la actora en concepto de daños y perjuicios, adoptándose en el Considerando VI) una serie de pautas que servirán de guía a la hora de determinarse el monto final de la condena, extremo que se difiere a la vía del art. 378 del C.G.P.

En esa sentencia se efectuó un prolífico análisis de los medios probatorios que fundan la condena.

Respecto de la casación fundada en errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, se reitera la posición que entiende que dicha causal se reduce a los supuestos en los que se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada; o, en el caso de que corresponda aplicar el sistema de la sana crítica, cuando se incurra en absurdo evidente, por lo grosero e infundado de la valoración realizada (criterio sostenido por mayoría de la Corporación en Sentencias Nos. 594/2013, 452/2013, 273/2013, 4248/2011, 52/2010, 441/2017, entre otras).

En el caso, la parte no cumple con alegar cuál es el concreto motivo de agravio y en qué sentido no comparte la valoración de la prueba realizada por el Tribunal. No imputa a éste ningún proceder arbitrario o absurdo al reflejar el juicio de los hechos, lo que resulta suficiente para desestimar el agravio.

La exposición de la recurrente en su escrito de casación no resulta ser más que la manifestación de su discordancia o su desacuerdo con la valoración realizada, la que, en ningún sentido, puede calificarse como absurda o arbitraria.

La parte recurrente no realiza una exposición de los medios probatorios que entiende que el Tribunal debió haber considerado, lo que denota lo endeble de su planteo.

No corresponde a la Corporación revalorizar todo el material probatorio para encontrar la valoración alternativa. Es cargo de la parte detallar en qué pruebas se funda la valoración que entiende adecuada y de qué forma el Tribunal se apartó de las pruebas y reglas de valoración aplicables.

Por su parte, para el Sr. Ministro, Dr. Tosi, el agravio es inadmisible por lo expuesto en el Considerando III.1).

III.8.- Corresponde el análisis de los agravios contenidos en los numerales 3, 4, 7 y 8, los cuales para la mayoría conformada por los Sres. Ministros, Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle, Luis Tosi y el redactor, son admisibles en virtud de los fundamentos expuestos en extenso, en el Considerando II.a y b).

III.8.a.- **Agravio relativo a la condena *in solidum* (num. 3 de fs. 11.014).**

Sostiene la recurrente que no es admisible la responsabilidad *in solidum*.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Apunta en dicho pasaje que los contratos eran independientes y autónomos en obras diferentes entre sí. No se puede condenar a empresas que cumplieron perfectamente con sus obligaciones por el hecho de que otra empresa integrante de su conjunto económico haya supuestamente incumplido sus obligaciones derivadas de otro contrato. Existió error en la aplicación de los arts. 8, 1247, 1253, 1291, 1293, 1331, 1341, 1342, 1346 y 1431 del Código Civil.

Al respecto, indica que la sentencia afirma acertadamente que no responden las empresas del conjunto económico si no existió fraude y no se ha promovido un “disregard”, pero concluye con una decisión contraria a dicho fundamento. No existe ningún hilo lógico entre las premisas sostenidas en la sentencia atacada. La primera de las afirmaciones, relativa a que no responde el conjunto económico si no existió fraude y no se prueba que la personería jurídica es una pantalla que esconde a otro sujeto, es la que claramente responde al caso de autos. Como consecuencia de lo anterior, se debe concluir que no hubo una operación económica encubierta, las empresas no eran una pantalla que ocultaba una persona física y no responden *in solidum* las empresas demandadas.

Apuntó que la responsabilidad concurrente o *in solidum* no corresponde al caso de autos y debe ser rechazada, en tanto no existieron obligaciones concurrentes a cargo de las empresas. La responsabilidad *in solidum* se da cuando varios sujetos responden por el todo por un mismo hecho ilícito. En el caso de autos, no existe un hecho específico, por el cual deban responder diversos sujetos. Los contratos celebrados para las diferentes obras eran diferentes y sus obligaciones se ejecutaron de forma distinta. De la prueba diligenciada en autos surge claramente que tres obras (CH B-47, CH C-31 y CH C-32), no solo se encontraban en tiempo con el cronograma, sino que iban adelantadas, y que dos obras no tuvieron la financiación mediante el anticipo para acopios. No existe ningún elemento para imponer una responsabilidad por el todo a una persona jurídica que ha cumplido perfectamente su contrato de obra, por el solo hecho de integrar un conjunto económico con otra empresa que está ejecutando un contrato diferente para una obra distinta.

Para los Sres. Ministros, Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle y el redactor, el agravio debe ser desestimado, ya que si bien, de acuerdo a lo expresado en el Considerando III.2), las demandadas deberían responder de forma solidaria, en el caso, el alcance de los agravios deducidos y el principio de *non reformatio in pejus*, impiden modificar lo resuelto en segunda instancia.

Por su parte para el Sr. Ministro Dr. Luis Tosi, el agravio resulta de rechazo, en tanto la recurrente vuelve a insistir en su embate crítico contra la decisión dispuesta por la Sala de hacer responsables a todos los co-demandados por el todo, aspecto sobre el cual existen dos pronunciamientos coincidentes y que, por ende, no puede ser revisado en casación.

Nada dice la impugnante, en cambio, respecto a las relaciones internas entre los distintos sujetos contra los que se impuso la condena, que es en puridad la única diferencia entre la condena solidaria, dispuesta en primera instancia, y la condena *in solidum*, dispuesta en la sentencia impugnada.

Los agravios de la recurrente, para poder ser procedentes, debían dirigirse concreta y exclusivamente a los aspectos relativos a las relaciones internas entre los co-obligrados condenados, posibilidad o imposibilidad de ejercer la acción de

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

regreso, etc., por ser éstos los únicos puntos en los que difieren las sentencias de mérito –y por ende los únicos pasibles de casación.

Al no haberse formulado agravios sobre ello, concluye el Dr. Tosi que corresponde rechazar el planteo.

III.9.- **Agravio relativo a la eficacia de la cosa juzgada de la Sentencia del TCA No. 764/2015. Error en la aplicación de los artículos 198 y 219 del C.G.P. (numerales 7 y 8 fs. 12.027 vto./12.031).**

En este pasaje, la impugnante expresa que la sentencia atacada afirma equivocadamente que no hubo agravio en el recurso de apelación respecto de la ineficacia de la cosa juzgada de la sentencia del TCA No. 764/2015, cuando surge de la lectura del recurso que si existió agravio sobre el punto, con amplio desarrollo (el cual transcribe extensamente).

Sostiene que existe, de este modo, error en la aplicación de los arts. 198 y 219 del C.G.P., y que la falta de motivación de la sentencia es clara y evidente.

El planteo tampoco resulta de recibo.

Si bien es cierto que la Sala dice, equivocadamente, al inicio del Considerando IV) de su sentencia, que “*no hay agravios sobre este punto*” (fs. 12.005 vto.), ello no resulta un argumento determinante del fallo y, por ende, no puede conducir a la casación de la sentencia impugnada (art. 270 inc. 2º C.G.P.), pues si se continúa la lectura de ese mismo Considerando IV) se advierte que el Tribunal sí analizó concretamente y se pronunció expresamente sobre el agravio que fuera formulado por la apelante respecto de la ineficacia de la cosa juzgada de la sentencia del TCA No. 764/2015.

En tal sentido, señaló el *ad quem* en el Considerando IV) de su sentencia:

“*IV). Estima el Tribunal, que si bien no hay agravios sobre este punto, todo lo que se expone de fs. 11.721 a 11.727 de la sentencia en análisis, es transcripción de la sentencia del TCA, Nro. 764 de fecha 15 de octubre de 2015, que luce de fs. 11.444 a 11.468, y por la cual se rechaza la acción de nulidad del acto administrativo del BHU que dispuso la rescisión de los contratos, decisión que, según se sostiene en primera instancia, hace cosa juzgada e impide examinar la legitimidad del acto impugnado, de lo que se deriva que corresponde tener por resueltos los contratos desde el 26/4/2005.*

Nótese que, oportunamente, se dispuso tener como cuestión prejudicial (art. 305 del C.G.P.) el accionamiento promovido por los demandados ante el TCA, y suspender el proceso hasta la decisión por ejecutoria del proceso anulatorio referido (véase Resolución Nro. 675 de 27 de abril de 2015 a fs. 11.439 y vto.).

Y si atendemos a lo dispuesto en la Sentencia del TCA referida, la cuestión de los atrasos en el cronograma de obras de las correspondientes a los Complejos Habitacionales A 105, A 106, A107, A108 y B 47, ‘... los incumplimientos de las empresas co-contratantes, en los cuales se fundó la rescisión de los contratos dispuesta unilateralmente por la Administración, se encuentran acreditados...’, y ello sella la suerte del agravio de la apelante sobre esta cuestión.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

De la misma forma no es de recibo el agravio referente a no haberse efectuado los acopios conforme los adelantes recibidos al efecto. Por ello el TCA estimó que era legítimo el acto rescisorio de la Administración dispuesto por la Resolución del B.H.U. Nro. 330/12 del 20 de setiembre de 2012 y en ambos puntos existe cosa juzgada" (fs. 12.005 vto./12.006).

A su vez, en el Considerando V), la Sala vuelve a pronunciarse sobre la eficacia y el alcance de la cosa juzgada emanada de la referida sentencia del TCA. Señala al respecto:

"V). Estando a la misma sentencia, con respecto a los incumplimientos de la Administración alegados por la accionante, - parte demandada en estos autos-, ellos no fueron objeto de análisis porque se entendió que: 'quedan fuera de la órbita de competencia' del TCA, y, por ello no hay cosa juzgada al respecto. Es interesante esta postura del TCA, la cual fue transcripta en la sentencia de primera instancia a fs. 11.728, y se señala que dicho Tribunal sostuvo que no había ilegitimidad en el acto de rescisión, pero agregó que no le correspondía examinar si había habido incumplimiento de la Administración (ver fs. 11.728). Parece que esta afirmación obedece a que el TCA entendió que era lo mismo ejercer el derecho de receso o desestimiento unilateral que rescindir un contrato por incumplimiento, puesto que de otro modo para juzgar la legitimidad del acto habría que haber analizado también si el BHU había incurrido en incumplimiento o no antes que lo hiciera el Grupo Barboni, o quizás porque se entendió que de las actuaciones en el Juzgado Civil de 2do. Turno, surgía que ambos contratantes tenían voluntad de rescindir los contratos y la distinción está en la cuestión de la imputabilidad del incumplimiento, órbita jurisdiccional relegada exclusivamente que la competencia civil (ver de nuevo fs. 11.728). Por ello en la atacada se señala que la cuestión de la imputación del incumplimiento no fue objeto de pronunciamiento por el TCA. (...)" (fs. 12.006 y vto.).

El Tribunal, entonces, tuvo en cuenta el agravio formulado por la actora respecto del alcance y la eficacia de la cosa juzgada emanada de la sentencia del TCA; analizó extensamente el punto y desestimó el agravio ensayado por la apelante, confirmando el pronunciamiento de primer grado.

Por tal razón, corresponde el rechazo del presente agravio de la recurrente, en tanto no se verifica un supuesto de falta de motivación de la sentencia.

IV.- Análisis sustancial del recurso de casación interpuesto por la reconviniente en relación a lo resuelto por la Sala respecto a la pretensión de resolución de contrato y de daños y perjuicios, incoada por el Sr. Barboni, por sí y en representación de las empresas, contra el B.H.U.

Por su parte, en lo que dice relación con la pretensión de resolución de contrato y de daños y perjuicios, incoada por la parte reconviniente contra el B.H.U., han recaído dos pronunciamientos coincidentes, pese a lo cual, la decisión recaída al respecto en segundo grado resulta igualmente revisable, por tratarse de un "juicio contra el Estado", conforme los fundamentos expuestos en el Considerando II.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

IV.1.- Cabe recordar que, en la reconvención, los hoy recurrentes señalaron que en la especie ha existido un conjunto de incumplimientos del B.H.U. en las obligaciones de pago respecto a certificados de obra aprobados.

Por ello, entienden que corresponde declarar la resolución de los contratos por incumplimientos imputables al B.H.U., y que a éste le corresponde: 1) Abonar las indemnizaciones por atrasos en los pagos, que el propio Pliego establece taxativamente en el art. 83. 2) Abonar las sumas de dinero no pagadas correspondientes a certificados de obra realizada. 3) Reparar un conjunto de daños que han sufrido las diferentes empresas contratistas con motivo del enlentecimiento de las obras dispuestas por el B.H.U., la suspensión de obra dispuesta por sus representadas y por el propio B.H.U. después y finalmente, la rescisión por decisión unilateral del B.H.U., incluido el daño emergente y el lucro cesante. 4) Devolver las garantías y reintegrar el dinero retenido a las empresas contratistas con motivo de no continuarse la ejecución de las obras, más la indemnización por su no devolución. 5) Indemnizar a las contratistas por la falta de terminación de la obra de los CH A-105 – A-108, pagar la multa por resistirse al arbitraje sobre el relleno y muro perimetral, pagar los honorarios del CH 284 y resarcir el daño moral.

IV.2.- En el presente recurso de casación, los agravios de la recurrente dirigidos a cuestionar la decisión –adoptada por ambos tribunales de mérito- de desestimar la contra-pretensión de resolución de contrato y daños y perjuicios, están nucleados en el **numeral 4 del libelo recursivo** (fs. 12.016/12.019 vto.).

En ese pasaje del escrito, la recurrente sostiene que el B.H.U. incumplió con su obligación de pago de Certificados de Avance de Obra desde julio de 2002 a la fecha que se rescindieron los contratos por decisión administrativa; cayó en mora en aquel momento y nunca salió del estado de morosidad.

Señala que en los contra-tos de marras se pactó la mora automática, por lo cual, no queda ninguna duda que el B.H.U. cayó en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y que, como deudor moroso, no puede hacer caer en mora a las contratistas, las cuales, además, no incumplieron ninguna de las obligaciones a su cargo.

Afirma que la sentencia atacada incurre en error en la aplicación de los arts. 1336, 1341, 1342, 1344, 1688 y 1731 del Código Civil.

Detalla las fechas en que el B.H.U. se atrasó en los pagos en cada una de las obras y señala que fue el incumplimiento del B.H.U. en el pago de obras ya realizadas lo que produjo la frustración de la ejecución del contrato.

Indica que el B.H.U. abonó a las contratistas, en setiembre de 2003, indemnizaciones por sus atrasos en los pagos de certificados de avance de obra, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 83 del Pliego de Condiciones Generales (PCG) del B.H.U. de 1994, que prevé indemnizaciones y extensiones de plazo por atraso en los pagos. Los pagos se realizaron de acuerdo con el informe presentado por la Gerencia de Arquitectura de 26 de agosto de 2003, suscrito por el Arq. Maltempo, en el cual, además de los montos a pagar por indemnizaciones por atrasos en los pagos de certificados de avance de obra, se indican los días de extensión en el cronograma de obras a causa de dicho incumplimiento. En el caso, las partes

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

ejecutaron el contrato considerando que el inc. 2º del art. 83 (extensión de plazos e indemnizaciones por atrasos en los pagos de los certificados de avance por obra por el B.H.U.) del PCG B.H.U. se aplica al caso de autos y, en consecuencia, el B.H.U. abonó las indemnizaciones que dicha norma establece, sin requerir que el contratista suspenda las obras.

Sostiene que dicho pago de las indemnizaciones configura una interpretación del referido art. 83 del PCG realizada por el Banco, contraria a la sostenida por el perito Cr. Pérez., para quien, en una interpretación errónea y que no le correspondía realizar, las indemnizaciones y las extensiones de plazos por atraso en pagos de certificados de avance de obra solo tendrían lugar si el contratista suspende las obras.

Expresa que la sentencia impugnada afirma equivocadamente que el incumplimiento del BHU de su obligación de pago de Certificados de Avance de Obra fue posterior a inexistentes incumplimiento de los contratistas, que si hubieran existido, serían posteriores a los del B.H.U.

Por último, aduce que el fallo atacado no hace ninguna alusión a los incumplimientos del B.H.U. en el pago de los Certificados, lo que constituye una omisión grave que afecta la estructura de la sentencia, porque dicho punto es un agravio fundamental del recurso de apelación interpuesto en autos.

IV.3.- Pues bien. Para los Sres. Ministros, Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle, Luis Tosi y el redactor, los presentes agravios no resultan de recibo, por las razones que pasan a apuntarse.

IV.3.a.- En primer término, habrá de pronunciarse sobre el último planteo que realiza la recurrente, según el cual la sentencia atacada omite pronunciarse sobre uno de los agravios expresados en el recurso de apelación, en concreto, el relativo a los incumplimientos del B.H.U. en el pago de los Certificados.

El planteo resulta de franco rechazo, desde que emerge de la lectura del Considerando V) de la sentencia impugnada que la Sala se pronunció expresamente sobre el punto, habiendo compartido el análisis de la prueba realizado al respecto por la decisora de primer grado.

En tal sentido, señaló el Tribunal en su sentencia:

"V). Estando a la misma sentencia (la del TCA), con respecto a los incumplimientos de la Administración alegados por la accionante, -parte demandada en estos autos-, ellos no fueron objeto de análisis porque se entendió que: 'quedan fuera de la órbita de competencia' del TCA, y, por ello no hay cosa juzgada al respecto. Es interesante esta postura del TCA, la cual fue transcripta en la sentencia de primera instancia a fs. 11.728, y se señala que dicho Tribunal sostuvo que no había ilegitimidad en el acto de rescisión, pero agregó que no le correspondía examinar si había habido incumplimiento de la Administración (ver fs. 11.728). (...) Por ello en la atacada se señala que la cuestión de la imputación del incumplimiento no fue objeto de pronunciamiento por el TCA.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Sin embargo, tampoco son de recibo los agravios de la perdida sobre este punto.

En efecto, fuera del ámbito de la cosa juzgada, la Sala comparte el análisis de la prueba producida, efectuado por la sentenciante de primera instancia (fs. 12.006 y vto.).

Aunque en forma breve, la Sala abordó el planteo de la apelante y desestimó el agravio, en tanto compartió íntegramente el análisis de la prueba efectuado por la sentencia de primer grado.

En consecuencia, cabe desestimar la falta de motivación denunciada.

IV.3.b.- Por su parte, en lo que dice relación con el resto del planteo efectuado por la recurrente en el numeral 4 de su recurso, se advierte a partir de su lectura que, en puridad, la impugnación se dirige a cuestionar la valoración de la prueba efectuada por los órganos de mérito respecto a si existió o no incumplimiento del B.H.U. a sus obligaciones, cuándo se produjo éste, etc.

Véase que la recurrente menciona una serie de normas de Derecho que a su juicio habrían sido infringidas, pero luego no desarrolla concretamente en qué consistiría la violación a tales disposiciones legales.

Todo su planteo supone un cuestionamiento de la valoración de la prueba efectuada por el *a quo* y compartida plenamente por el *ad quem*.

Y bien. Respecto a la errónea valoración de la prueba, invocada como causal de casación (art. 270 del C.G.P.), es criterio de la Corporación que:

“A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, el ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia Ley prescribe que verificándose ciertos presupuestos, por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado”.

“Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica, como la revalorización de la prueba, no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador (cf. Sentencias Nos. 6, 124, 158 y 165/91; 24 y 58/93; 35, 47 y 59/94, 14/96 y 716/96, entre otras)”.

“A mayor abundamiento: ‘El ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el Artículo 140 C.G.P., revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible (cf. Sentencias Nos.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

2/2000, 228/06, entre otras)'.

En definitiva, cuando la valoración probatoria efectuada en la sentencia cuya casación se pretende, contradice abiertamente las reglas de valoración previstas en los Artículos 140 y 141 del C.G.P., y ello emerge de la forma en que se han estructurado los agravios, aún cuando el impugnante no haya invocado, expresamente, la existencia de absurdo evidente o arbitrariedad, la Corte está habilitada para ingresar al estudio del caudal fáctico allegado y valorar la prueba aplicando las normas referidas" (Cfme. Sentencia No. 250/2013; véase también la más reciente Sentencia No. 593/2017, entre otras).

En la especie, no emerge de la forma en que se ha estructurado el agravio en análisis, la existencia de una hipótesis de contradicción abierta a las reglas de valoración de la prueba previstas en los arts. 140 y 141 del C.G.P., por lo que la Corporación no está habilitada para revalorizar el material fáctico.

En efecto, de los términos del agravio, no puede entenderse que la impugnante haya alegado la existencia de una hipótesis de absurdo evidente o arbitrariedad en la valoración probatoria efectuada por la decisora *a quo* y ratificada por la Sala. Se limita a manifestar una serie de discrepancias con las apreciaciones de los órganos de mérito, pero sin señalar concretamente en qué aspecto la valoración de la prueba efectuada por éstos se apartaría "groseramente" de las reglas de la lógica o de la experiencia.

Dicha razón resulta suficiente para rechazar el embate crítico de la recurrente.

Como argumento coadyu-vante, aun si se entendiera que la recurrente efectivamente denunció la existencia de arbitrariedad o ilogicidad en la valoración de la prueba, correspondería igualmente rechazar el agravio, puesto que, de la lectura de la fundada sentencia de primer grado, cuyas consideraciones comparte plenamente el pronunciamiento de segunda instancia aquí recurrido, no emerge en absoluto una hipótesis de absurdo evidente o irracionalidad en la apreciación del material probatorio.

En tal sentido, la valoración efectuada por la sede *a quo* –compartida por el *ad quem*- respecto al punto en examen (incumplimientos del B.H.U.), podrá o no compartirse, pero claramente no resulta absurda ni arbitraria, máxime cuando tiene sustento en las pericias producidas en autos, así como en abundante prueba testimonial y documental, prolíjamente reseñada y analizada en la sentencia de primer grado.

En suma, al no advertirse un supuesto de absurdo evidente en la valoración de la prueba, cabe desestimar el agravio articulado por la recurrente.

En definitiva, corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto.

V.- La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, en mayoría,

FALLA:

DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 40 B.P.C.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

SR. MINISTRO DR. TABARE SOSA AGUIRRE DISCORDE: Por entender que corresponde hacer lugar al recurso de casación y, en su mérito desestimar la demanda, siendo ello así por lo subsiguiente.

I.- **Se considera que le asiste razón a las demandadas en cuanto no pueden ser consideradas como una única entidad y en cuanto no existe fundamento jurídico para responsabilizar personalmente al Sr. Barboni por el incumplimiento en que pueda haber incurrido alguna de las sociedades.**

Descartado que todas las demandadas puedan ser tenidas como un único centro de imputación, es necesario analizar la responsabilidad de cada una en el contrato que hayan celebrado, sin trasvasar obligaciones de un contrato a otro. Ambos órganos de mérito condenan por incumplimiento del sistema de acopios. Sin embargo, tal sistema, que solo se pactó para las obras de Maldonado y de Canelones, en los hechos solo funcionó en la construcción de los complejos habitacionales de Canelones e incluso, en tal caso, no puede considerarse incumplido.

Sin ánimo de reiterar consideraciones desarrolladas en la sentencia a la que arriba la mayoría, a los efectos de dar un marco de referencia a las consideraciones jurídicas que habrán de expresarse, cabe señalar, sintéticamente, que en estos obrados el BHU demandó al que denominó “Grupo Barboni”, que incluye a las sociedades y consorcios con los que celebró los distintos contratos de arrendamiento de obra cuyo cumplimiento se discutió en el presente proceso. Asimismo, demandó al Sr. Fernando Barboni, persona física, por su responsabilidad como administrador del conjunto empresarial referido, en el entendido genérico de que “ha cometido hechos ilícitos en sentido amplio”. No se entabló acción de inoponibilidad de la persona jurídica.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

II.- El Tribunal de Apelación, en opinión que se comparte, señaló que no se verifican los extremos legalmente requeridos para correr el velo societario y responsabilizar a los miembros de cada sociedad. Ello, sin perjuicio de insistir en que la actora no entabló acción de inoponibilidad de la persona jurídica, sino que se limitó a atribuir al Sr. Barboni la comisión “de hechos ilícitos en sentido amplio”.

En cambio, no puede compartirse la justificación que la Sala propone para imponer la condena a todos los demandados ni que la misma puede aplicarse “in solidum”.

Tras haber descartado la existencia de fraude, afirma la sentencia: “igualmente, desde el enfoque adoptado en la sentencia de primera instancia, en particular si se considera la operación económica encubierta por los diversos contratos, bien se puede concluir que el BHU los celebró a todos con el Sr. Barboni, a través de las distintas sociedades que éste administraba. En esta consideración, en opinión de la Sala, todos los demandados responden por el todo, esto es ‘in solidum’...”.

III.- La operación económica no fue un argumento debatido en autos. Ninguna de las partes la invocó. No obstante ello, tampoco la Sala ofrece una argumentación suficientemente motivada. La mera alusión de la pretendida operación económica no resulta argumentalmente bastante para dar por tierra un consolidado entendimiento jurídico de nuestro medio: siendo la sociedad anónima un sujeto de derecho distinto a las personas –físicas o jurídicas– que la integran, en principio, los acreedores no pueden exigir de los socios el pago de un crédito social, sino después de la ejecución del patrimonio social y cuando tal posibilidad se encuentre legalmente habilitada conforme al tipo societario de que se trate (argumento art. 76 de la Ley No. 16.060).

Por otra parte, si se pretende responsabilizar al administrador por mal desempeño de su cargo (arts. 83 y 391 LSC antes citada), es menester invocar y acreditar a su respecto los requisitos legales para que se entienda configurada la responsabilidad, lo que palmariamente no se verificó en autos. Debe recordarse que la doctrina ha calificado la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores como contractual siempre que entre los interesados exista una obligación pre establecida, y como extracontractual cuando no hay obligación concreta, salvo el deber general de no causar daño a otro. Tal es el criterio de GARRIGUES y URÍA (Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, T. II pág. 124). La violación genérica de la ley, o los daños producidos por dolo, abuso de facultades o culpa grave y cualquier responsabilidad frente a terceros, es siempre extracontractual. La actividad negligente o ilícita es una falta contractual respecto de la sociedad y extracontractual frente a terceros. En nuestro medio puede citarse a N. RODRÍGUEZ OLIVERA (Responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades Anónimas, Letras, Montevideo, 1973, pág. 176) y M. AMORIN (Responsabilidad civil de directores de sociedades anónimas, en Anuario de Derecho Comercial, tomo 12, págs. 251-266).

GABRIELLI advierte del riesgo en que incurre la sentencia: “[e]l recurso a la noción de operación económica podrá en efecto correr el riesgo de disolverse en el simple reclamo de una fórmula que, aún sugestiva en el plano de las síntesis conceptuales, se encuentre privada de efectiva consistencia sistemática, resolviéndose su eficacia solamente en el plano

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

meramente nominalístico, como noción descriptiva de la reconstrucción, efectuada *ex post*, de las modalidades de estructura o de la articulación funcional de una determinada composición de intereses, sea de las formas mediante las cuales se manifiestan algunos fenómenos del derecho común de los contratos" (Gabrielli, Enrico, Doctrina General del Contrato. El contrato y la operación económica, Montevideo, FCU, 2009, vol. 1, pág. 73).

La sentencia no explica en qué consistiría la presunta o aparente operación económica en cuya virtud sería ajustado a Derecho tratar a todas las entidades demandadas como una sola y, además, correr el velo jurídico de todas ellas para responsabilizar al socio administrador. La sola alusión a la operación económica no parece suficiente para derogar todo el Derecho Comercial societario uruguayo.

Más aún. La noción de operación económica tal como la ha desarrollado la doctrina italiana no lleva a la conclusión sostenida por el Tribunal.

La operación económica pretende ser una herramienta para la interpretación del contrato, que, además, tiene un objetivo específico: dotar de sentido a la causa del contenido negocial cuando aquel genera discrepancias entre los sujetos que le dieron vida, pero no proveer una nueva y original resignificación del vínculo paritario.

Según reseña Gabrielli, "una parte de la doctrina, en efecto, reflexionando sobre la posibilidad de asumir la operación económica como categoría, al fin de verificar su aplicabilidad en el terreno concreto de los institutos y de las normas, se ha preguntado 'si su uso permite efectivamente un progreso cognoscitivo o en cambio se traduzca en la mera descripción, aun cuando en términos refinados y sugestivos, de un sustrato real que encuentra ya por otras vías una sistematización satisfactoria' (Cfm. Scongamiglio), dado que el reclamo a las circunstancias en las cuales se inserta el contrato estaría destinado a adquirir significado solo precisando de modo riguroso las condiciones en presencia de las cuales tales circunstancias pueden influir en la valoración del reglamento. (...) [En] la doctrina más atenta y sensible, sin embargo (...) emergió la necesaria importancia que en el sistema debe ser acordada a las 'circunstancias', las cuales 'sin entrar a formar parte del negocio, en sí considerado, han sido tenidas en cuenta por las partes y que por tanto refieren no ya al acto en sí, sino a la compleja situación de hecho en la cual esta se inserta'" (ídem, págs. 74, 75).

Así entendido, el contrato constituye una formalización jurídica que debe apreciarse "no ya como fin en sí misma, sino en vista y en función de la operación económica, de la cual representa, por así decir, el envoltorio o el vestido exterior, y prescindiendo de la cual resultaría vacía, abstracta y, por tanto, incomprendible..." (ídem, pág. 76).

IV.- Ahora bien.

Una vez aceptado que son conceptualmente escindibles el contrato y el sustrato económico que las partes pretenden organizar con aquel, se torna necesario explicar qué relación une a ambas ideas y qué función cumple cada una respecto a la otra, si se pretende lograr que la "operación económica" ofrezca alguna utilidad y sea algo más que una fórmula nominal. En ese sentido, Gabrielli explica: "[e]n el intento de esclarecer tal relación, o bien de operar una distinción entre los dos conceptos (contrato y operación económica), y de precisar a cuáles condiciones la categoría de la operación pueda ser

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

oportunamente utilizada, sin conducir a una superposición del dato económico sobre la calificación jurídica, la cuestión ha sido examinada en tiempos relativamente recientes, señaladamente en relación al tema de la interpretación del contrato y al del coligamiento negocial [...] En el terreno de la interpretación, la solución que reconoce a la operación económica el valor y dignidad de categoría conceptual y ordenante, encuentra fundamento en el plano de la reconstrucción del interés de las partes, tal cual fue objetiva y conscientemente estructurado y querido por ellas y por tanto, es en el terreno de la interpretación que se capta la unidad de la operación, con mayor razón toda vez que las partes hayan recurrido, para regular sus intereses, a estructuras negociales complejas y articuladas, en las cuales se organiza una pluralidad de estructuras simples en función de la realización de un resultado unitario..." (Gabrielli, Enrico, "Causa en concreto y operación económica" en Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil, 2015, año III, tomo III, pág. 115).

En autos, el Banco se limitó a sostener que las distintas sociedades comerciales con las que celebró diferentes contratos de arrendamientos de obra deben ser tratadas como una sola entidad y que el Sr. Barboni debe ser responsabilizado por haber cometido "hechos ilícitos en sentido amplio".

Aun de acudirse a la idea de operación económica como criterio de interpretación de la causa negocial, debe concluirse que los de autos fueron contratos individualmente celebrados por el Banco con distintas sociedades. Para cada contrato se arbitró el correspondiente proceso licitatorio; cada uno se celebró con su propio objeto y plazo. Más aún: uno de los contratos cuyo cumplimiento se discute ni siquiera fue celebrado originalmente con la demandada, sino que esta resultó cesionaria del mismo por el correspondiente acuerdo trilateral que incluyó al Banco (cesión de contrato celebrada entre BHU, Nelori S.A. y Fernando Barboni S.A. para la construcción del CH Torre Aguada en Montevideo).

V.- **Quien suscribe entiende que asiste razón a la recurrente en cuanto no existió conexidad negocial alguna entre los distintos arrendamientos de obra pues ellos "no se celebraron para ejecutar una finalidad común distinta de cada contrato o grupo de contratos en particular" (fs. 12.013). Al contrario, lo que surge acreditado es que las sociedades demandadas estaban desarrollando cada una su objeto social, cumpliendo el giro normal de sus negocios: la construcción de edificios.**

Por lo demás, de aplicarse la operación económica para interpretar la causa de todos los contratos permanece una interrogante: ¿cuál sería el interés que el Banco habría perseguido en tal contexto? La operación económica debe poder explicar que el interés específico de cada parte y el interés común que buscaron satisfacer con la celebración de todos los contratos, resulta, por hipótesis, más complejo que el contenido en cada contrato. En esa línea, ¿cuál habría sido ese interés del B.H.U., distinto del plasmado en cada contrato y que solo podría explicarse acudiendo a la sustancia económica de los negocios? Ninguna de las dos partes obtenía una ventaja específica por el hecho de haber celebrado varios o sucesivos contratos.

VI.- Que, también en opinión de éste Ministro, no existen fundamentos jurídicos que permitan condenar personalmente al Sr. Fernando Barboni.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

El sustento de la referida condena, según el Tribunal, es la operación económica: “...si se considera la operación económica encubierta por los diversos contratos, bien se puede concluir que el BHU los celebró a todos con el Sr. Barboni a través de las distintas sociedades que este administraba. En esta consideración en opinión de la Sala, todos los demandados responden por el todo, esto es ‘in solidum’...”.

Como se advierte, al Sr. Barboni se lo condena personalmente como consecuencia de haber entendido que se estaba ante una operación económica. Descartada la operación económica queda, pues, carente de sustento la condena a la persona física.

Sin perjuicio de lo señalado, entiende el suscripto que asiste razón a la Sala cuando afirma que el incumplimiento contractual no constituye una hipótesis de fraude que permita correr el velo de las personas jurídicas. Recuérdese que en estos autos no se entabló una acción de inoponibilidad de la persona jurídica ni se propuso el tema *incidenter tantum*. En cambio, el Banco se limitó a reclamar la responsabilidad del Sr. Barboni fundada en la imputación escueta y genérica de que este habría cometido “hechos ilícitos en sentido amplio”. En sustancia, los hechos ventilados en autos (que atañen al cumplimiento o incumplimiento de contratos de construcción) no pueden, ni remotamente, ingresar en la categoría de fraude que justificara un hipotético corrimiento del velo.

En síntesis, en coincidencia con el recurrente, se entiende que la impugnada infringe lo dispuesto en los arts. 1291, 1287 y 1289 del Código Civil relativos a la causa de los contratos así como el art. 189 de la Ley No. 16.060 (por cuanto corre el velo de las sociedades para responsabilizar personalmente al Sr. Barboni sin que se haya planteado en autos un pretensión de *disregard* y sin que se hayan verificado sus requisitos).

VII.- Tras haber descartado el tratamiento unitario de las demandadas como una única entidad, es menester analizar la conducta de cada una dentro de los cauces del contrato que celebró.

En todos los contratos las partes se atribuyen incumplimientos. En lo medular, el BHU adujo que se incumplieron el régimen de acopios y los cronogramas de obras, en tanto que las demandadas aseguraron que, dada la crisis financiera que azotó al país a fines de 2001, fue el BHU quien solicitó el enlentecimiento de las obras y, además, se atrasó en los pagos.

Del análisis del ex-pediente surge que ambas partes incurrieron en incumplimientos, lo que impondría amparar en parte cada uno de los reclamos.

En segundo lugar, la recurrente se agravó por el incumplimiento del sistema de acopio que le imputó la actora y que, en ambas instancias, se tuvo por acreditado. Tanto la Jueza de Primera Instancia como la Sala entendieron que la obligación en cuestión consistía en adquirir de inmediato los materiales cuyo precio congelaba el Banco con el anticipo. Así las cosas, consideraron que, cuando el Banco se apersonó en las obras y no encontró los materiales, se verificó el incumplimiento de aquella obligación.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Sin embargo, de la prueba rendida en autos surge que no es ese el alcance del sistema de anticipos acordado para congelar precios.

Si el contratista no recibe anticipos para acopio de materiales, con cada certificado de avance de obra, el BHU paga el monto estimado de los materiales por rubro y tramo avanzado, reajustado según el índice de costos de construcción. En esta modalidad, es el Banco el que carga con el riesgo de la variación de precios de los materiales.

En cambio, cuando el contratista sí recibe anticipos para acopiar o “para congelar precios” (como los denomina el art. 81 del Pliego de 1994) el precio de los materiales queda fijo en el momento del pago del anticipo y los riesgos de la variación del precio los soporta la contratista, que ya ha recibido el pago por parte del BHU.

Como el precio ofertado incluye el precio de los materiales, el anticipo, lógicamente, forma parte del precio (art. 63 num. 2 Pliego 1986: “*Queda bien entendido que el importe del anticipo es una parte del precio contratado que se abona a cuenta de los trabajos a realizar por el Contratista*”). Por eso es que, conforme al inciso octavo del mismo numeral, el Banco recupera ese anticipo deduciendo el porcentaje correspondiente de los certificados siguientes (así se plantea en la solicitud de los adelantos, indicándose el porcentaje de incidencia que tiene en el precio; ver pieza 4, fs. 900 a 960). Es decir, el Banco efectúa un pago a cuenta que genera un crédito respecto del contratista, que hace efectivo con la deducción que realiza al pagar el siguiente certificado de obra.

En caso de anticipos, se estipula entre el BHU y el contratista una lista de materiales y el precio de estos. A partir de la entrega del anticipo, el contratista debe “desacopiar” (incorporar los materiales a la obra) al precio “congelado” que quedó establecido en la lista. Cuando el BHU paga los avances de obra va descontando el valor de los materiales que se fueron desacoplando (es decir, incorporando a la obra) al monto que tenían al momento de entregarse el anticipo respectivo del pago que debe realizar al contratista con motivo del avance de obra.

El sistema no consiste en entregar el dinero al contratista para que este adquiera los materiales inmediatamente. Así, el Arq. Maltempo, funcionario del BHU, declaró: “...en un momento regía una Resolución del Directorio del BHU que habilitaba adelantos siempre que se incorporaran los materiales en un plazo de noventa días. Pero cuando se firman estos contratos se cambió el criterio y se pasó al criterio establecido en los Pliegos de Condiciones, lisa y llanamente, que no establece plazos” (pieza 28, fs. 8.218). El Sr. Otegui declaró: “no hay plazos determinados para la compra de los materiales para el acopio [...] el plazo surgiría en forma indirecta cotejando los mismos con el avance de la obra...” (ídem, fs. 8.264). Una vez pagado el anticipo, el constructor deberá imputarlo al precio de la obra por el monto congelado. En eso consiste el anticipo; no en pagar para que los materiales sean inmediatamente adquiridos.

El Sr. Raúl Giuria, ex Director del Banco, declaró ante la Comisión Investigadora del Poder Legislativo: “...la política del Banco era – según nos informaban a nosotros – colocar, colocar y colocar, porque lo que estaba ingresando era tanto que lo teníamos que colocar de alguna manera. ¿Qué posibilidad se da de colocar? Precisamente la de adelantos financieros a las empresas...” (fs. 8.737).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Acerca del funcionamiento del sistema en este sentido que viene de explicarse también se pronunciaron el perito Arq. Vidart (fs. 11.342) y el perito Cr. Pérez (fs. 10.396, 10.397).

Es menester subrayar que la operativa de anticipos para congelar precios solo rigió para las obras CH A (Canelones) y CH B (Maldonado). En las obras de Rocha y Montevideo, los materiales fueron adquiridos por las contratistas y pagados por el Banco con el precio reajustado por el ICC a la fecha de pago.

El sentido de la obligación de acopiar está dado por el art. 49 del Pliego de 1994, a saber: *“mantener materiales y elementos en cantidades necesarias para agregar al ritmo de la obra”* (fs. 73).

La obra de Maldonado fue encomendada a la empresa Amigo S.A. según contrato de arrendamiento celebrado el 17 de diciembre de 2001. Se acordó que la obra comenzaría en enero de 2002 e insumiría un total de treinta y seis meses, por lo que debía entregarse en diciembre de 2004. Según declaró el perito Cr. J. Pérez, *“el complejo B 47, desde el inicio de las obras mantuvo un avance superior al proyectado”* (fs 11.744) y el Arq. Vidart aseguró que *“en la obra de Maldonado no hubo atraso”* (fs. 11.436), lo que exilia la posibilidad de considerarla incumplida por el sistema de adelantos para acopios o por incumplimiento del cronograma de obras.

De modo que, el análisis del sistema de anticipos solo resulta relevante en las obras de Canelones (CH A 105, 106, 107 y 108).

Acerca de los atrasos en los cronogramas, la recurrente invocó infracción de los arts. 1338 y 1341 del Código Civil.

Al respecto, el Cr. Pérez concluyó: *“[e]n el período en que estuvieron vigentes los Cupos y hasta la suspensión de las obras (noviembre de 2003), re-expresando los cronogramas con la incidencia de los cupos, las obras B-47, C-31 y C-32 tienen avances reales por encima del cronograma contractual”* (fs. 10.381).

En las obras de Maldonado y Rocha, entonces, no puede entenderse configurado incumplimiento por atraso en los cronogramas.

Por su parte, las obras de Canelones comprenden cuatro complejos (A 105, 106, 107 y 108) que, aunque fueron contratados en forma independiente, son linderos y funcionan como un solo sistema habitacional, según surge de las pericias del Arq. Vidart y del Cr. Pérez.

La recurrente adujo que la construcción de los cuatro edificios se enlenteció porque fue necesario realizar un relleno y un muro perimetral antes del comienzo de las obras. El “relleno y muro perimetral” aparece referido a lo largo del expediente como “adicionales”. Y, tal como lo explica el perito Cr. Pérez, tal calificación va a determinar si el cronograma de avance de obra se cumplió o no.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Las empresas presentaron al Banco la liquidación con los trabajos de muro y relleno terminados en septiembre de 2002, por lo que el Perito tomó como fecha de finalización del “adicional”, agosto de 2002.

El Cr. Pérez realizó dos cálculos alternativos, con dos variantes cada uno. Analizó el avance de las obras a noviembre de 2003, considerando que el relleno y el muro insumieron: a) doce meses y b) quince meses y, a su vez, teniendo en cuenta la situación antes y después de la imposición de cupos determinada por el BHU.

Finalmente, analizó la situación de cada edificio aplicando la tolerancia del 25% prevista en el Pliego Particular. Aplicada dicha tasa, si se admite que el muro y relleno fueron tareas adicionales, sin importar si insumieron doce o quince meses de tareas, concluyó que en la construcción del complejo A 105, 106, 107 y 108 no se verificaron atrasos.

A fs. 10.373 el Cr. Pérez señaló: “*A partir de junio de 2003, el BHU impuso topes máximos (cupos) a ser invertidos en las obras para todo el universo de los contratistas que a la fecha construían obras para la Institución*”. Despues de la imposición de cupos, las conclusiones son opuestas (fs. 10.374): si se considera que el muro y el relleno insumieron doce meses de trabajos, a noviembre de 2003 las obras estaban atrasadas. En cambio, si se entiende que tomaron quince meses de trabajos, a noviembre de 2003, “*el avance real del proyecto urbanístico A 105 a A 108 no refleja atraso. Estaría por encima de las metas contractuales reexpresadas con la incidencia de la obra del relleno, el muro y los cupos*”.

El art. 18 del Pliego Particular de Condiciones (que obra a fs. 6.225 a 6.232) establece: “*A mes vencido y todos los meses, se verificará el monto acumulado a fin de determinar el ajuste que le corresponde a ese avance, con el fin de implementar el Certificado correspondiente. Este ajuste surge según su coincidencia o no con el Cronograma aprobado. Este Cronograma solo será modificado cuando la Dirección y/o Supervisión de Obras lo indique, de acuerdo a alguna causal altamente distorsionante del proceso de obra, que se reflejará, si es necesario, en una prórroga acorde. El Certificado de Avance se ajustará al mes de realización siempre que coincida o supere el previsto en el Cronograma; en caso contrario, con el del mes a que corresponda ese avance. El mes correspondiente será aquel cuyo avance a mes vencido sea menor o igual al analizado. Cada cuatro meses se controlará la inversión. Si en algunos de los meses del cuatrimestre hubo incumplimientos, pero en el último se llegó al acumulado previsto se le reajustarán aquellos a la fecha de realizados. Se aceptará un apartamiento de 25%*”.

En su informe, el perito Cr. Pérez aplicó esta norma a los cuatro edificios que conforman el complejo de Canelones y concluyó: “*...a noviembre de 2003, si se aplica la tolerancia del 25% respecto al cumplimiento del cronograma de inversiones, considerando los adicionales y el cupo, el conjunto A 105-108 no estaría atrasado ya se considere que el adicional Relleno y Muro se ejecutó en 12 o 15 meses. En la hipótesis de que no se admitan el Relleno y Muro como adicionales (no existiría corrimiento del cronograma) el avance real del conjunto A 105 a A 108 estaría atrasado respecto a las metas contractuales*” (fs. 10.377).

Ahora bien. ¿Es posible sostener que el muro y el relleno fueron obras que se agregaron luego de la celebración del contrato? Técnicamente, no parecen ingresar en la definición de “ adicionales” de los Pliegos. Sin embargo, de la prueba

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

pericial surge que los atrasos que el relleno y el muro provocaron en la construcción del complejo responden a exigencias relativas al desagüe pluvial que impuso la Intendencia de Canelones (que llegó a suspender las obras por tal razón) y que no habían sido contempladas en el cronograma de obra ni en la oferta presentada en la licitación (en tal sentido: Arq. Pérez Benech, fs. 8428 e informe a fs. 10.605 y ss., en el que se explica que el terreno original estaba poblado de árboles que, al ser talados, alteraron la evacuación de las aguas; el proyecto debió ajustarse para elevarse y escurrir las aguas al sistema de alcantarillado cuya ubicación depende solo de la Intendencia: *“Si, tal como lo solicita la IMC, corresponde evacuar las aguas pluviales hacia el sur, utilizando las alcantarillas existentes y esa evacuación se debe lograr por escurrimiento natural, ningún punto en el predio puede estar por debajo de la cota de zampeado de las alcantarillas, más el desnivel mínimo necesario para llegar hasta ellas...”*).

Por lo que, si bien se puede compartir que no se verificaron los extremos previstos en los Pliegos que habrían habilitado a solicitar por escrito la reprogramación de los plazos contractuales, tal circunstancia no excluye la posibilidad de que el enlentecimiento responda a causas externas al contrato (como lo serían las exigencias impuestas por la IMC). En consecuencia, el atraso que se generó como consecuencia de las obras de relleno y muro (que no estaban originalmente contempladas pero que debieron ejecutarse para cumplir con las exigencias municipales) no puede imputarse sin más al constructor y, aunque no constituyan adicionales, justifican el retardo en comenzar las obras de los edificios.

Más aun. Cuando surgió la necesidad de afrontar esas obras antes del comienzo de la construcción de las viviendas, las demandadas, en cumplimiento del contrato, solicitaron someter el asunto a arbitraje y el mismo fue frustrado por incumplimiento del BHU.

En tercer lugar, la recurrente se agravía por la condena en daños que le impuso la Sala y, quien suscribe, entiende que le asiste razón.

El Cr. Pérez desechó los cálculos que presentaron las dos partes por considerarlos incorrectos y, en su lugar, confeccionó seis cuentas corrientes para comparar los créditos recíprocos entre aquellas (fs. 10.410). En los seis casos, las empresas tienen saldo a su favor, extremo que ratificó en audiencia (fs. 11.348: *“...se hizo obra por obra, también se hizo un resumen en el cual se consideró para cada una de las hipótesis los importes determinados y se llegó a un saldo a favor de la empresa (...) el signo de menos es que son saldos a favor de la empresa...”*). Se coincide con el recurrente en que el Tribunal no debió haberse apartado de las conclusiones del informe pericial sin explicitar los motivos para ello.

En efecto, las conclusiones del informe, en que se explicitan todas las bases de cálculo, las variantes y procedimientos seguidos, explica conclusiones razonablemente seguras. En sí mismo, el dictamen pericial, analizado de acuerdo con las reglas de la sana crítica, merece la nota de total fundabilidad. Cabe recordar las enseñanzas de Morello, cuando expresa que *“... el Tribunal queda vinculado a la fuerza específica del dictamen aunque no de manera automática, maquinal o absoluta. Pero no puede omitirlo ni descartarlo de manera discrecional, menos absurda o arbitraria, para lo cual, en su fallo, deberá suministrar las razones objetivas que justificaran la devaluación o el descarte de lo aconsejado o dictaminado por el experto. La pericia es una prueba de especial relieve científico y técnico; también con un inocultable voltaje de ‘peligrosidad’;*

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

le es exigible una intrínseca y sólida lógica fundante, respaldada en el inteligente examen de los hechos y en la concordancia de los motivos de aquel carácter (científicos o técnicos) que en la experiencia concreta. Adviéntase que los avances de sus progresos, no desvirtúan sin embargo, ni colisionan, por cierto, con las derivaciones que a la libertad ordenada del conjunto de la prueba y del saber vital común en una altura cultural y socioeconómica determinada, razonablemente arriman suficiente fuerza de convicción” (Morello, Augusto Mario, “La prueba pericial y su evaluación: aproximación comparativa uruguaya – argentina”, Revista Judicatura, marzo 1992, Número 33, pág. 13).

VIII.- Asimismo y en subsidio, asiste razón a la impugnante en punto a los descuentos que corresponde efectuar a una eventual condena que se le impusiera. En tal sentido, deberían descontarse las retenciones que el Banco fue haciendo en cada avance de obra que pagó y cuyo monto fue estimado y acordado por las partes en \$14.153.105, según surge de fs. 8.960 y los valores de las unidades que el Banco no financió (cocheras y locales comerciales en los complejos de Maldonado y Montevideo que, según acuerdo inicial de las partes, iban a quedar en propiedad de las constructoras) y que, al extinguirse los contratos, quedaron en poder del BHU. Las partes avaluaron estas unidades en \$10.728.285 (fs. 9.213).

Restaría analizar los incumplimientos que las empresas demandadas endilgan a la actora por vía de reconvenCIÓN. La solución a la que arribó la mayoría torna inútiles las consideraciones al respecto. Sin embargo, es dable señalar que, entre otros ilícitos, las demandadas reprocharon al BHU atrasos en los pagos de los certificados de avance de obra. Sostuvieron que tales retardos comenzaron en julio de 2002 y que, al estar pactada la mora automática, fue el Banco quien incurrió en situación de ilicitud en primer término.

Según el informe del Cr. Pérez, “[a] la fecha de la suspensión, todas las obras tenían certificados liquidados impagos”. En cuanto al monto de las indemnizaciones reclamadas (con multas, intereses y actualizaciones) habrá de estarse a los cálculos efectos por el perito (fs. 10.410).

IX.- Por último, releva el suscripto que el examen que antecede se funda en que *in folios* no se configura el supuesto del art. 268 inc. 2 del C.G.P. (improcedencia del recurso de casación) ya que la sentencia de segunda instancia no “confirmó en todo” la de primera instancia.

Y ello es así porque no hay “res iudicata” idéntica en parte alguna de ambos decisórios. Basta consultar la naturaleza no coincidente de las responsabilidades que se atribuyen en una y en otra instancia.

La posibilidad de impetrar nuevos juzgamientos (entre ellos casación) sobre una cuestión ya resuelta es por principio, de orden público, al igual que todo el derecho procesal. Como dice el jurista italiano Sergio COSTA (citado por HITTERS, Técnica de los recursos ordinarios, LEP, La Plata, 2000, pág. 7) el poder de atacar una sentencia (o derecho de impugnación), es de *esencia procesal* -nace y muerte en el juicio-. Por tanto, no es permitido realizar exámenes de derecho sustancial sobre eventuales mayores gravámenes que impliquen determinadas obligaciones civiles según sean clasificadas y establecer resultados de mayores o menores gravámenes, sacrificios, desventajas o cargas, según se traten.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 150/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

X.- Concluyendo, bajo las premisas antes enunciadas, es que -como se adelantara- se debe anular la impugnada y desestimar la demanda principal, sin especiales condenas procesales.