

//tencia N° 1139

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR LUIS TOSI BOERI

Montevideo, veinte de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"TECNOCYL SOCIEDAD ANÓNIMA c/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE COMBUSTIBLES, ALCOHOL Y PORTLAND. Reparatorio patrimonial por resp. adm. por acto. Casación"**, IUE 2-56992/2015, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud de los recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1^{er} Turno, identificada como SEF 0003-000127/2017.

RESULTANDO:

I) A fs. 296-325 vto. compareció Tecnocyl S.A. y dedujo pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios que alegó haber sufrido por el incumplimiento contractual de la ANCAP.

Sostuvo que resultó seleccionada en el marco de tres licitaciones para realizar tareas de mantenimiento en la planta "la Teja" de la ANCAP durante el "período de Paro de Mantenimiento de Unidades" correspondiente al año 2011, período en el cual cesa la actividad de la planta para, precisamente, realizar su mantenimiento en un plazo acotado.

Ello implica prestar servicios en horarios y días habitualmente inhábiles, para poder cumplir con el acotado plazo del receso de la planta.

En lo medular, sostuvo que durante la ejecución de los trabajos, el personal de la ANCAP tomó una serie de medidas sindicales -movilizaciones y paros- que en forma directa e indirecta impidieron el desarrollo de las actividades contratadas lo cual le causó a la sociedad diversos daños y perjuicios.

Reclamó que se condenara a la ANCAP al pago de \$U 25.369.190 (veinticinco millones trescientos sesenta y nueve mil ciento noventa pesos uruguayos), más el interés legal y su debida actualización, más el importe correspondiente al Impuesto al Valor Agregado (IVA), importe este último que deberá fijarse por la vía incidental prevista en el artículo 378 del C.G.P., más costas y costos.

II) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 10/2017, dictada el 16 de febrero de 2017 por el Dr. Carlos Aguirre, titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4° Turno (fs. 2934-2946), se falló:

"Acogiendo la excepción de falta de legitimación activa parcial. Amparando

parcialmente la demanda, respecto del rubro daño emergente, conforme fuera dispuesto en el numeral 5º del capítulo del considerando con sus reajustes e intereses desde la exigibilidad de cada rubro al efectivo pago, difiriéndose su liquidación al procedimiento previsto por el art. 378 del C.G.P. (...)”.

III) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1^{er} Turno, integrado por los Dres. Teresita Macció, Nilza Salvo y Beatriz Venturini, órgano que, por sentencia definitiva identificada como SEF 0003-000127/2017, dictada el 18 de octubre de 2017 (fs. 2898-3001), confirmó la sentencia apelada excepto en cuanto condenó a abonar las horas improductivas y los gastos de estructura, servicios y maquinaria, en lo que la revocó y, en su lugar, desestimó la pretensión indemnizatoria por esos rubros.

IV) La demandada ANCAP interpuso recurso de casación (fs. 3004-3012 vto.). Luego de justificar la procedencia formal de ese medio impugnativo, sostuvo, en síntesis, que:

1) La Sala incurrió en error porque no se acreditó el daño reclamado. La Sala arribó a su fallo confundiendo dos elementos de la responsabilidad civil del Estado: el hecho ilícito y el daño. Si bien se acreditó la existencia del hecho

ilícito consistente en las paralizaciones de la actividad producto de las medidas sindicales de sus funcionarios, no ocurre lo mismo con el daño.

La actora no agregó los recibos de pago a los trabajadores por los días que estuvieron a la orden y no pudieron trabajar a causa del paro de los funcionarios de la ANCAP. No probó haberle pagado a un total de cincuenta y cinco (55) de sus trabajadores las horas que estuvieron a disposición de la empresa y no pudieron trabajar.

2) La Sala incurrió en error en la consideración del concepto de "trabajo efectivo". En tal sentido, las únicas horas que el Ente estaría obligado a indemnizar a la reclamante, es por las horas de los días 10 y 18 de noviembre de 2011. En total serían 8 horas, a saber: las horas comprendidas entre las 9:00 y las 12:30 del día 10 de noviembre de 2011 y las comprendidas entre las 8:00 y las 13:00 horas del día 18 de noviembre de 2011. Y ello, sostuvo la recurrente, siempre que se probara que realmente se abonaron.

Esos días, fueron los únicos en que el personal de Tecnocyl S.A. permaneció a la orden y, por ende, que existió conceptualmente "trabajo efectivo". Los demás días en que se realizaron medidas gremiales por parte de los funcionarios de la

ANCAP, los trabajadores de Tecnocyl S.A. se vieron impedidos de cumplir con su labor, no hubo estrictamente "trabajo efectivo". No lo hubo porque a los trabajadores se les autorizó a salir, por lo que no quedaron a disposición de la empresa y, por ende, no generaron el derecho al cobro del salario.

Conforme al concepto de "trabajo efectivo" que suministra el artículo 6 del decreto del 20 de octubre de 1957, el único momento en que los trabajadores de Tecnocyl S.A. permanecieron a la orden del patrono y, por ende, generando derecho a percibir su retribución, fue durante esas 8 horas a las que se hizo mención. No corresponde indemnizar las horas en que los trabajadores retomaron la disposición de su tiempo, porque no existió "trabajo efectivo". Si Tecnocyl S.A. abonó horas que no debía abonar conforme a Derecho, no es un daño que deba soportar la ANCAP.

3) En definitiva, solicitaron que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se rechazara el rubro objeto de condena, desestimándose así la demanda en todos sus términos.

V) La parte actora interpuso recurso de casación a fs. 3014-3029 vto. Luego de postular la procedencia formal de su medio impugnativo, expresó los siguientes agravios:

1) La Sala incurrió en

error al relevar la falta legitimación de Tecnocyl S.A. para reclamar los daños generados en el marco de una licitación de la que resultó adjudicataria integrando un consorcio con una segunda sociedad.

Tanto en primera como en segunda instancia, se repelió el reclamo reparatorio de Tecnocyl S.A. por los daños que tienen relación con la licitación de la que resultó adjudicataria actuando consorciada con Endumar S.A. El argumento fue que Tecnocyl S.A. debió comparecer en juicio conjuntamente con Endumar S.A. y que, al no haberlo hecho, no estaba legitimada para accionar por esos rubros.

2) La Sala incurrió en una incongruencia omisiva de la sentencia por no pronunciarse sobre el sub-rubro del daño emergente "costo financiero".

Denunció que la sentencia impugnada no consideró el agravio que oportunamente esgrimió al apelar, sobre el rechazo del reclamo por el costo financiero que le aparejó el accionar ilícito de la ANCAP. Reclamó que se le resarza por el costo de financiamiento ("costo del dinero") que tuvo que asumir.

3) La Sala, para rechazar el agravio sobre la exclusión del lucro cesante reclamado por la actora, se fundó en una errónea valoración de la prueba.

No puede subsumirse en el concepto de horas perdidas u horas de trabajo directamente perdidas, el rubro lucro cesante. Las horas perdidas son el daño directamente generado por las medidas gremiales del sindicato de la ANCAP.

El lucro cesante, está dado por la plusvalía que se fija en el precio de la licitación por la hora hombre de trabajo ofrecida. La empresa, por cada trabajador puesto en la planta, que trabaja una jornada extendida completa, obtiene una ganancia que se estima en el 20% del valor hora de ese trabajador.

Por las horas perdidas, ese lucro cesante nunca llegó a generar la hipótesis de hecho que permitiera ganar el dinero al trabajador y el sobreprecio del 20% a la empresa. El lucro cesante es la pérdida de la ganancia futura que nunca llegó a percibir Tecnocyl S.A., por el impacto de las medidas sindicales.

4) La Sala, al resolver sobre la procedencia del reclamo de las horas improproductivas, incurrió en una errónea valoración de la prueba.

5) La Sala, incurrió en una errónea valoración de la prueba en relación al rubro gastos de estructura, servicios y maquinaria.

6) En definitiva, solicitó

que se casara la sentencia en función de los agravios esgrimidos.

VI) A fs. 3035-3038, Tecnocyl S.A. evacuó el traslado del recurso de casación interpuesto por la ANCAP, postulando su rechazo.

VII) A fs. 3040-3053 la ANCAP evacuó el traslado del recurso de casación interpuesto por su contraria, abogando por su rechazo.

VIII) Por providencia del 20 de diciembre de 2017, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1^{er} Turno resolvió elevar el recurso de casación para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 3057-3058).

IX) El expediente se recibió en la Corte el 9 de febrero de 2018 (fs. 3061).

X) Por providencia N° 177/2018 se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 3062 vto.).

XI) A raíz del cese del Dr. Felipe Hounie durante el curso del estudio de la causa, la Corporación se encontró desintegrada, por lo que se procedió a su debida integración. Una vez realizado el sorteo de rigor, la Corte se integró con el Dr. John Pérez Brignani, integrante del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno (fs. 3068-3072).

Por otra parte, cabe

consignar que la Dra. Elena Martínez se declaró inhibida de oficio para conocer en el recurso de casación (fs. 3075), por lo cual la causa pasó a estudio del Dr. Luis Tosi Boeri, quien asumió como integrante natural de la Corte el 19 de noviembre de 2018.

XII) El 25 de abril de 2019 se celebró la audiencia prevista en el artículo 276.1 del C.G.P. (fs. 3097-3098).

XIII) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, desestimaré el recurso de casación interpuesto por la ANCAP y, por mayoría, acogerá parcialmente el recurso de casación interpuesto por Tecnocyl S.A.

II) Respecto al recurso de la ANCAP.

II.1) En cuanto a la falta de acreditación del daño.

II.1.1) El agravio.

Como lo consignamos, esta recurrente afirmó que la Sala incurrió en error al considerar acreditado el daño reclamado. Sostuvo que la Sala arribó a su fallo confundiendo dos elementos de la

responsabilidad civil del Estado: el hecho ilícito y el daño. Si bien se acreditó la existencia del hecho ilícito consistente en las paralizaciones de la actividad producto de las medidas sindicales de sus funcionarios, no ocurre lo mismo con el daño.

Y ello, afirmó el ente, porque la actora no agregó los recibos de pago a los trabajadores por los días que estuvieron a la orden y no pudieron trabajar a causa del paro de los funcionarios de la ANCAP. Afirmó que Tecnocyl S.A. no probó haberle pagado a un total de cincuenta y cinco (55) de sus trabajadores las horas que estuvieron a disposición de la empresa y no pudieron trabajar.

El agravio no es de recibo.

II.1.2) Análisis del agravio.

A) Respecto a esta cuestión, revalidamos el tradicional criterio de esta Corte conforme al cual únicamente es posible recibir un agravio de tal índole cuando se haya denunciado y demostrado un yerro en la valoración probatoria que entrañe un razonamiento ostensiblemente absurdo o arbitrario.

En primer término, se requiere alegar un error que, más allá de las palabras utilizadas, identifique un absurdo o una arbitrariedad

en el razonamiento probatorio impugnado. Esta alegación constituye un requisito de admisibilidad formal de este tipo de agravios.

Y, en segundo término, debe demostrarse que tal error se verificó.

En el caso, consideramos que el agravio no es formalmente admisible ya que no contiene la denuncia o identificación de un error en la valoración que implique un absurdo o una arbitrariedad: únicamente se esgrimió una mera discordancia con lo resuelto en las instancias de mérito. Ello impide siquiera considerar este agravio e impone su rechazo por esa sola circunstancia.

Sin perjuicio de lo cual, cabe consignar que la prueba de la existencia del daño fue razonablemente acreditada con los recibos de pago.

B) En segundo término, cabe señalar que lo que la recurrente pone en tela de juicio, en rigor, no es que no se haya probado el daño; lo que denuncia es que no existe prueba de todo el daño que Tecnocyl S.A. dice haber sufrido. Apuntó a que Tecnocyl S.A. no agregó los recibos de pago a todos sus trabajadores, durante el multicitado lapso en el que se realizaron las medias sindicales por parte de los trabajadores de ANCAP.

Empero, esto no conduce a

repeler el reclamo. Como bien se señaló en la sentencia impugnada:

"Corresponde distinguir la prueba de la existencia del daño (an debeat) del monto de la indemnización que corresponde al mismo (quantum debeat). Y para la Sala la existencia del daño se encuentra acreditada, tan es ello así que en la contestación, la demandada admite la existencia de paros parciales (...) en definitiva, solo controvierte cuantas fueron las horas efectivamente afectadas (fs. 2455 vto.), y precisamente en el procedimiento previsto por el art. 378 CGP, por el cual se liquidará el monto por este rubro, se deberá acreditar cuantas fueron las horas efectivamente no trabajadas y abonadas a la actora" (fs. 2999 vto.-3000).

Si bien le asiste razón a la crítica que formula la recurrente en que la Sala parece confundir, en este pasaje, la existencia del hecho ilícito (los paros decididos por el sindicato de la ANCAP) con el daño, no puede obviarse que la existencia del daño fue probada.

Establecer con precisión la identidad de los daños que tienen respaldo documental en el expediente y los que no, será objeto del procedimiento previsto en el artículo 378.3 del C.G.P. Si hay cincuenta y cinco (55) trabajadores a los que se

les pagó y no existen los recaudos documentales, ese daño no podrá cuantificarse en el procedimiento de liquidación, porque carecerá de respaldo documental. Lo que denunció la ANCAP, tanto en su contestación de demanda (fs. 2459 vto.-2461vto.) como en casación sobre la prueba que respalda el daño, se deberá ponderar al momento de establecer el *quantum debeatur* en el incidente de liquidación, pues no pueden cuantificarse daños que carecen de respaldo probatorio específico. Pero como bien lo sostuvo la actora, una cosa es la prueba de la existencia del daño y, otra cosa, es su magnitud concreta.

En definitiva, el agravio no puede prosperar.

II.2) En cuanto al error respecto de qué configura "trabajo efectivo".

II.2.1) El agravio.

La ANCAP afirmó que la Sala incurrió en error en la consideración del concepto de "trabajo efectivo". En tal sentido, sostuvo que las únicas horas que el Ente estaría obligado a indemnizar a la reclamante, es por las horas de los días 10 y 18 de noviembre de 2011. En total serían 8 horas, a saber: las horas comprendidas entre las 9:00 y las 12:30 del día 10 de noviembre de 2011 y las comprendidas entre las 8:00 y las 13:00 horas del día 18 de noviembre de 2011. Y ello,

sostuvo la recurrente, siempre que se probara que realmente se abonaron.

Afirmó que esos días fueron los únicos en que el personal de Tecnocyl S.A. permaneció a la orden y, por ende, en los cuales "existió" conceptualmente "trabajo efectivo". Los demás días en que se realizaron medidas gremiales por parte de los funcionarios de la ANCAP, los trabajadores de Tecnocyl S.A. se vieron impedidos de cumplir con su labor, no hubo estrictamente "trabajo efectivo". Sostuvo que no se verificó "trabajo efectivo" porque a los trabajadores se los autorizó a salir, por lo que no quedaron a disposición de la empresa y, por ende, no generaron el derecho al cobro del salario.

Postuló que, conforme al concepto de "trabajo efectivo" que suministra el artículo 6 del decreto del 20 de octubre de 1957, el único momento en que los trabajadores de Tecnocyl S.A. permanecieron a la orden del patrono y, por ende, generando derecho a percibir su retribución, fue durante esas 8 horas a las que se hizo mención. Por último, consignaron que si Tecnocyl S.A. abonó horas que no debía abonar conforme a Derecho, no es un daño que deba soportar la ANCAP.

El agravio no es de recibo.

II.2.2) Análisis del agravio.

Está fuera del objeto de este proceso determinar si, conforme al Derecho Laboral Privado vigente, por las horas en las que los trabajadores de Tecnocyl S.A. no pudieron trabajar a causa de las medidas del sindicato de la ANCAP y se los dejó salir de la planta, se generó igualmente la obligación del patrono de pagar el salario y los demás rubros. Lo cierto es que la actora probó que abonó igualmente los salarios correspondientes a esos días, en los que por razones ajenas a su voluntad y a la de sus trabajadores, estos últimos se vieron impedidos de prestar funciones. Si lo hizo porque por Derecho correspondía o para cubrir una eventual contingencia –lo cual sería por demás razonable– no es asunto de este juicio.

El punto es que ese daño, cuya reparación se reclamó y cuya existencia ha quedado puntualmente acreditada (más allá de que su cuantificación concreta deba establecerse por medio del incidente de liquidación), habilita el progreso de la pretensión reparatoria.

Sin perjuicio de que entendemos que resulta bastante artificiosa la apelación al concepto de "trabajo efectivo" recogido por el artículo 6° del decreto del 29 de octubre de 1957, cabe

señalar que no fue controvertido en autos que, en los días del conflicto, la jornada de trabajo comenzaba normalmente, para verse luego interrumpida por las medidas sindicales del sindicato de la ANCAP. A los trabajadores de TECNOCYL S.A. les era imposible cumplir con su trabajo como consecuencia de esas medidas.

En ese escenario, no es razonable que Tecnocyl S.A. exigiera a sus empleados que se quedaran en el predio de la planta, sin hacer nada. El hecho de que se les autorizara el retiro, porque la prestación del trabajo era imposible, no determina la pérdida del derecho a la retribución, porque estaban igualmente a la orden. Técnicamente, por más que se les permitiera el retiro, estaban a disposición del patrono, en los términos del decreto. Ocurría que, ante la imposibilidad de trabajar por las medidas sindicales se les permitía retirarse.

Inclusive, como se señala por parte de un sector de la doctrina laboralista, es posible admitir en el marco del decreto de 1957 que se verifique "trabajo efectivo" aun cuando el trabajador no se encuentre en el recinto laboral. Para que haya "trabajo efectivo", basta que los trabajadores no estén realizando tareas concretas por causas que no les sean imputables, a la espera de que el empleador les asigne trabajo, sin que sea necesario que lo haga dentro del

lugar de trabajo.

Como se lo señaló en un estudio sobre el punto: "(...) de acuerdo a la disposición analizada [en referencia al artículo 6 del decreto del 29 de octubre de 1957] habrá trabajo efectivo con independencia de la presencia física del trabajador en el lugar de trabajo; siendo en última instancia el elemento determinante para calificar aquél, la subordinación del trabajador" (Gandini, Ana Laura y Rodríguez Gustá, Rafael: "La guardia de retén. Contribución al estudio del 'tiempo efectivo de trabajo'", Revista Derecho Laboral, T. LVIII, N° 258, págs. 289-297).

En suma, no es de recibo que la decisión atacada colida con lo previsto en el multicitado decreto de 1957.

III) Respecto del recurso de Tecnocyl S.A.

III.1) En cuanto al erróneo relevamiento de la falta de legitimación parcial de Tecnocyl S.A.

III.1.1) El agravio.

La parte actora afirmó que la Sala, al confirmar que Tecnocyl S.A. no estaba legitimada para accionar por sí sola por los daños y perjuicios relativos a la licitación 1600148100, dado

que a esa licitación se presentó integrando un consorcio con la empresa Endumar S.A., incurrió en una errónea aplicación del artículo 501 de la ley 16.060.

La Sala sostuvo que como el artículo 501 de la ley 16.060 establece que los consorcios no constituyen una persona jurídica, Tecnocyl S.A. debió accionar conjuntamente con Endumar S.A. o, en su caso, invocando la representación de la otra sociedad integrante del consorcio. Y realizó tal afirmación sin sostener que estemos ante un supuesto de litisconsorcio necesario.

El error denunciado radica, dijo la recurrente, en que lo previsto en el artículo 501 de la ley 16.060 implica lógicamente todo lo contrario a lo afirmado por la Sala: como el consorcio no es persona jurídica, las personas jurídicas que lo integran actúan por sí, ya que no existen órganos societarios de representación que actúen por el consorcio.

Por ello, si el contenido de la pretensión, el objeto de lo reclamado, es indivisible estaremos ante un litisconsorcio necesario. Pero si el objeto de lo reclamado es divisible, cada integrante del consorcio podrá reclamar por sí mismo.

Afirmó que es erróneo requerir la comparecencia del consorcio, ya que no

estamos ante un litisconsorcio necesario, dado que la relación jurídica sustancial invocada demuestra exactamente lo contrario.

Incluso la regulación del contrato de consorcio lo ratifica.

Cada consorciado participará realizando el 50% de la obra (cláusula tercero), respondiendo en forma indivisible frente a la ANCAP. La indivisibilidad pactada es en beneficio de la ANCAP, y la habilita a reclamar todo el objeto licitado de cualquiera de los consorciados, mas no afecta la divisibilidad del objeto entre estos, claramente establecida al asignar el porcentaje de participación de cada uno.

Por último, en una segunda línea argumental conexas con la anterior, la parte actora sostuvo que la Sala incurrió en error al haberle reprochado que no especificó en su demanda que su reclamo era por el 50% correspondiente a su parte en el consorcio y que realizó tal precisión recién al alegar. En tal sentido, sostuvo que no era necesario realizar tal aclaración porque desde el inicio únicamente reclamó los daños propios ocasionados en el marco de cuatro licitaciones, indicando que en una de ellas participó consorciada con Endumar S.A.

La Corte, por mayoría

integrada por los Dres. Bernadette Minvielle, John Pérez Brignani y el redactor, considera que el agravio es de recibo.

III.1.2) Análisis del agravio.

En el artículo 501 de la ley 16.060 se establece:

"El consorcio se constituirá mediante contrato entre dos o más personas físicas o jurídicas, por el cual se vincularán temporariamente para la realización de una obra, la prestación de determinados servicios o el suministro de determinados bienes.

El consorcio no estará destinado a obtener y distribuir ganancias entre los partícipes sino a regular las actividades de cada uno de ellos.

No tendrá personalidad jurídica. Cada integrante deberá desarrollar la actividad en las condiciones que se prevean, respondiendo personalmente frente al tercero por las obligaciones que contraiga en relación con la parte de la obra, servicios o suministros a su cargo, sin solidaridad, salvo pacto en contrario" (los destacados nos pertenecen).

En este marco legal, es claro que constituye un error de derecho considerar al

amparo del artículo 501 transcripto que Tecnocyl S.A. debió comparecer conjuntamente con su consorciada Endumar S.A. para pretender el resarcimiento de daño propios.

Además, tampoco existe disposición alguna en el contrato de consorcio (fs. 229 vto.-230 vto.) que habilite a considerar que existe una relación jurídica inescindible de las que imponen actuar necesariamente bajo la forma de un litisconsorcio. En tal sentido, ninguna de las disposiciones contractuales citadas en su defensa por la ANCAP al contestar la demanda (fs. 2450-2452 vto.) imponen que Tecnocyl S.A. requiera accionar conjuntamente con su consorciada para reclamar daños propios de la primera. La cláusula quinta establece que "los asuntos de interés común se resolverán en forma conjunta y de común acuerdo por los representantes de cada empresa integrante del Consorcio".

En consecuencia, cabe concluir que los daños propios que una de las consorciadas alegó sufrir no constituyen un asunto de interés común, ya que se trata de sujetos de derecho distintos, que pactaron cumplir prestaciones distintas y divisibles entre ellos. Es irrelevante que Endumar S.A. no suscribiera o siquiera compartiera el planteo de Tecnocyl S.A., toda vez que lo reclamado por esta última

no era un "asunto de interés común", sino un asunto de interés propio y exclusivo de Tecnocyl S.A.: el resarcimiento del menoscabo que sufrió en su patrimonio exclusivamente.

Como lo señala un estudio especializado sobre el tema: "*si bien los integrantes del consorcio están regidos por las normas contractuales que los regulan, no ven afectada su autonomía jurídica ni económica*" (Cianciarulo, Daniella: "*Los consorcios atípicos en el derecho uruguayo*", Anuario de Derecho Comercial, T. 13, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, pág. 116).

En ese marco legal, pacíficamente interpretado por la doctrina en el sentido antes expuesto, parece claro que cuando un consorciado acciona para obtener la indemnización por los daños propios sufridos en ocasión de cumplir su prestación consorcial, mal puede condicionarse tal accionamiento a la comparecencia de los restantes integrantes del consorcio.

Por último, la Corte comparte con la recurrente que no era necesario que Tecnocyl S.A. realizara aclaración alguna respecto a que reclamaba el 50% de lo adjudicado, porque desde el inicio únicamente reclamó los daños propios ocasionados en el marco de cuatro licitaciones.

En virtud la procedencia del agravio, irá a revocarse la apelada en cuanto confirmó la ausencia de legitimación activa parcial de Tecnocyl S.A. respecto a los daños derivados de la licitación N° 1600148100 y que, en su lugar, corresponde condenar con igual alcance que lo fallado en segunda instancia.

Los Dres. Jorge Chediak y Eduardo Turell consideran que el agravio debe rechazarse, por las razones que expondrán en sus discordias.

III.2) En cuanto al vicio de incongruencia, por ausencia de pronunciamiento sobre el "costo financiero".

III.2.1) El agravio.

Tal como fuera indicado, la actora se agravió porque, a su entender, la Sala incurrió en una incongruencia omisiva en su sentencia por no pronunciarse sobre el sub-rubro del daño emergente "costo financiero".

Afirmó que la sentencia impugnada no consideró el agravio que oportunamente esgrimió al apelar, sobre el rechazo del reclamo por el costo financiero que le aparejó el accionar ilícito de la ANCAP. Reclamó que se le resarza por el costo de financiamiento ("costo del dinero"), que tuvo que

asumir.

III.2.2) Análisis del agravio.

Corresponde reconocer que la sentencia de segunda instancia no se pronunció sobre este punto de cuestionamiento, pese a que lo reseñó en sus resultandos (ver fs. 2999).

En tal sentido, se trata de una sentencia que adolece de una incongruencia omisiva.

Cuando este fenómeno se presenta, el tribunal superior o la Suprema Corte de Justicia en casación, debe dictar la sentencia que corresponda, según el mérito de la causa; no es procedente el reenvío, tal como se lo señalara por la Corte, por ejemplo, en las sentencias N^{os} 849/2017 y 270/2018.

Resulta irrelevante que la parte que reclama por dicha incongruencia no haya movilizado el recurso de ampliación, porque no es un requisito para hacer valer el vicio denunciado ni importa su convalidación.

En cuanto la tipología del vicio en cuestión, debe señalarse que la incongruencia no genera la nulidad de la sentencia, porque no se trata de un vicio de procedimiento (*in procedendo*), sino de un vicio *in iudicando* (cf. Vescovi, Enrique (Director); De

Hegedus, Margarita; Klett, Selva; Cardinal, Fernando; Simón, Luis María y Pereira Campos, Santiago: "Código General del Proceso comentado, anotado y concordado", T. 6, Abaco, Buenos Aires, 2000, págs. 105-108).

Como lo ha dicho la Corte, resulta ilustrativo lo señalado por la Corporación en la Sentencia N° 424/2003, en la que se sostuvo: "...el Tribunal debió haberse pronunciado en la sentencia definitiva sobre dicha defensa y al no hacerlo incurrió en infracción al art. 198 C.G.P., desde que tal como lo señalan Véscovi y otros: '... La norma en examen exige, como ya lo señaláramos, una decisión expresa y positiva de todas las cuestiones sometidas a decisión del tribunal, consagrando lo que la doctrina española denomina principio de exhaustividad... que expresamente ordena al juez la resolución de todos los puntos que hayan sido objeto de debate...' (C.G.P. Comentado, anotado y concordado, t. VI, pág. 93).

En suma, (...) la sentencia recurrida incurrió en ''minus petita'', desde que tal como lo señalan los autores citados precedentemente, estamos ante una hipótesis de incongruencia por ''citra petita'' toda vez que el juez omite pronunciarse sobre las cuestiones sometidas a su resolución; ya sea sobre alguna pretensión o alguna excepción oportunamente alegadas, siempre que conformen el objeto del proceso.

(op. cit., pág. cit.).

Verificada la infracción al principio de congruencia invocada en la impugnación, y tratándose de un error 'in iudicando' (Cfme. Véscovi, 'El recurso de casación', Mdeo., 1996, pág. 94) la Corporación se pronunciará en el grado sobre la ilicitud o no de la huelga y su incidencia en la procedencia del despido abusivo (art. 277.1 C.G.P.)".

En suma, la sentencia resulta incongruente porque omite pronunciarse sobre un punto: la procedencia de la reparación por el costo financiero supuestamente asumido por Tecnocyl S.A. La consecuencia de ese vicio no es la nulidad de la sentencia; la incongruencia omisiva apuntada puede y debe corregirse al resolver el recurso en examen, por lo que corresponde a la Corporación pronunciarse sobre el punto.

Dicho esto, corresponde examinar la cuestión.

En su demanda, Tecnocyl S.A. sostuvo que el incumplimiento por parte de la ANCAP en cubrir los costos extra que tuvo que enfrentar a causa de los paros de sus funcionarios, le generaron un costo financiero cuya reparación pretende. Para cuantificarlo, tomó como referencia el interés pactado por un préstamo con el Banco Santander, documentado en

un vale que estaba vigente al momento de generarse los daños y perjuicios (ver en especial fs. 321 vto. y 322).

Pues bien, no corresponde amparar el costo financiero cuya reparación se reclama, porque los intereses legales y reajustes sobre sumas de indemnización, son la solución legal a este daño (artículo 1348 del Código Civil).

III.3) En cuanto a la errónea valoración de la prueba que fundó la desestimatoria del lucro cesante reclamado.

III.3.1) El agravio.

Como fuera consignado, la actora se agravió afirmando que la Sala, para rechazar el agravio sobre la exclusión del lucro cesante reclamado por la actora, se fundó en una errónea valoración de la prueba.

Tecnocyl S.A. sostuvo que no puede subsumirse en el concepto de horas perdidas u horas de trabajo directamente perdidas, el rubro lucro cesante. Las horas perdidas son el daño directamente generado por las medidas gremiales del sindicato de la ANCAP.

Afirmó que el lucro cesante está dado por la plusvalía que se fija en el precio de la licitación por la hora hombre de trabajo ofrecida. La empresa, por cada trabajador puesto en la

planta, que trabaja una jornada extendida completa, obtiene una ganancia que se estima en el 20% del valor hora de ese trabajador.

Por las horas perdidas, ese lucro cesante nunca llegó a generar la hipótesis de hecho que permitiera ganar el dinero al trabajador y el sobreprecio del 20% a la empresa. El lucro cesante es la pérdida de la ganancia futura que nunca llegó a percibir Tecnocyl S.A., por el impacto de las medidas sindicales.

El agravio no es de recibo.

La condena a reparar el valor de las horas/hombre perdidas, al precio fijado en la oferta de la licitación, contempla el plusvalor o ganancia de la empresa, que califica como lucro cesante.

Los términos de la propia demanda de Tecnocyl S.A., son el mejor fundamento para repeler el agravio en examen. En su demanda, TECNOCYL S.A. aseveró que, para el cálculo del rubro horas de trabajo directamente perdidas, tomó: "**el valor hora de cada trabajador -a su valor de venta en la respectiva licitación-** y se multiplicó por las 26 horas (que son las horas efectivamente perdidas de lunes a viernes en el horario que va hasta las 16:00 hrs. (...)" (fs. 317; el destacado en negrita luce en el original; el subrayado nos pertenece).

El valor de venta de cada hora de trabajo, es la contraprestación que Tecnocyl S.A. recibe por las prestaciones que le ofertó brindar a la ANCAP. En dicho "valor hora", como su valor de venta en la licitación, se encuentra no solamente el costo salarial de cada trabajador, sino las cargas sociales y la ganancia de la empresa.

Por lo tanto, si se condenara por un lado al pago del valor hora a su valor de venta en la respectiva licitación y, por otro lado, al pago del lucro cesante, se estaría duplicando la indemnización a favor de Tecnocyl S.A.

En suma, como lo señalamos, el agravio no resulta de recibo.

III.4) En cuanto a la errónea valoración de la prueba que determinó el rechazo del resarcimiento por las "horas improductivas".

La Sala, al resolver sobre la procedencia del reclamo de las horas improductivas, incurrió en una errónea valoración de la prueba.

Sostuvo que lo afirmado por la Sala, en cuanto a que el tiempo empleado por los dependientes de Tecnocyl S.A. en desplazarse hasta la planta de la ANCAP es independiente de las medidas sindicales de los funcionarios del ente, así en cuanto a que el tiempo de trabajo de los dependientes de Tecnocyl

S.A. comenzaba cuando ingresaban, sin que se les pagara por los traslados. Y sostén de esa afirmación citó varios testimonios vertidos en la causa, concluyendo que la Sala valoró erróneamente la prueba sobre los hechos referidos, violando así la regla de valoración conforme a la sana crítica, contenida en el artículo 140 del C.G.P.

El agravio no es de recibo, por las mismas razones consignadas en el considerando II.1.2 "A" precedente, a cuyos términos nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

III.5) En cuanto a la errónea valoración de la prueba en relación al rubro "gastos de estructura, servicios y maquinaria".

La actora también afirmó que la Sala incurrió en una errónea valoración de la prueba en relación al rubro gastos de estructura, servicios y maquinaria, error por el cual desestimó la pretensión en cuanto al resarcimiento de lo pedido por ese rubro.

El agravio no sería de recibo, por las mismas razones consignadas en el considerando II.1.2 "A" precedente.

En puridad, corresponde señalar que el agravio no es de recibo porque no ataca el argumento determinante del fallo en ese punto, tal

como lo exige el artículo 270 inciso segundo del C.G.P.

En efecto, en el artículo 270 inciso segundo del C.G.P. se preceptúa que en casación "no se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia".

Por imperio de esta disposición, quien recurre en casación está gravado con la carga de dirigir su crítica contra aquellos errores de derecho que hayan determinado el fallo de segunda instancia. Va de suyo, entonces, que ante el incumplimiento de esa carga deben rechazarse, por improcedentes, aquellas críticas o agravios que no refieran a las razones jurídicas que determinaron el fallo.

En cuanto a los gastos de estructura y maquinaria, la Sala concluyó que el valor hora licitado incluye los gastos de estructura y maquinaria, por lo que al repararse las horas perdidas en base al valor hora licitado, se están reparando estos perjuicios (fs. 3000).

Este argumento de la Sala es el determinante, sin embargo, no fue ni siquiera atacado en los agravios, que apuntan a cuestionar la valoración probatoria en relación al sobrecosto de las estructuras.

En consecuencia, en aplicación de lo establecido en el artículo 270 inciso segundo del C.G.P. referido, se impone rechazar este cuestionamiento.

En cuanto al otro punto que critica la recurrente, atinente al erróneo rechazo su pretensión de que se le resarza el costo de los viáticos por los 16 trabajadores expertos provenientes de Argentina, tampoco puede recibirse el agravio.

Tecnocyl S.A. dijo que dichos viáticos tuvieron que ser solventados durante los días que duraron las medidas gremiales y estos trabajadores no pudieron trabajar.

Sin embargo, como bien lo puso de manifiesto la ANCAP al contestar la demanda (fs. 2470 vto.), no hay ningún elemento probatorio que justifique esa erogación. La actora no se desembarazó de la carga de la prueba que gravitaba sobre ella, para que pudiera progresar su reclamo por este rubro (artículo 139.1 y concordantes del C.G.P.).

En suma, la suerte de la actora está sellada porque los hechos en los que fundamentó su pretensión sobre ese sub-rubro no resultaron probados. Como lo ha señalado un prestigioso jurista, ante la incertidumbre de los hechos invocados, los ordenamientos jurídicos tienden a excluir la

posibilidad del *non liquet*. Entran allí en juego las reglas de la carga de la prueba, que permiten en cualquier caso tomar una decisión en el supuesto de incertidumbre. Estas reglas están, por otra parte, en consonancia con la lógica de la hipótesis y de la confirmación: en efecto, el actor que no prueba el hecho constitutivo de su pretensión pierde el juicio. Y pierde no porque se haya probado la falsedad de la hipótesis de hecho que alegó, sino porque simple y realistamente, la ley impone al juez que tome en cuenta la permanencia de la incertidumbre sobre el hecho constitutivo y que extraiga las consecuencias que la propia ley considera más oportunas sobre la base de la dimensión subjetiva de la controversia (cf. Taruffo, Michele: "*La prueba de los hechos*", Trotta, Madrid, 2009, págs. 247-248).

Es, entonces, por esta razón que también debe desestimarse esta crítica de la actora.

IV) La conducta procesal de las partes no justifica imponer especiales condenaciones en gastos causídicos (artículo 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

Anúlase la recurrida en cuanto confirmó la ausencia de legitimación activa parcial de

Tecnocyl S.A. respecto a los daños derivados del cumplimiento del objeto de la licitación pública n° 1600148100 y, en su lugar, acógrese parcialmente la pretensión respecto del rubro "horas perdidas" (subrubro del daño emergente), con igual alcance y modalidad de condena que lo fallado en segunda instancia; sin especial condenación procesal.

Honorarios fictos: 40 B.P.C.

Publíquese.

Y devuélvase.

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

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO

DISCORDES

PARCIALMEN-

TE: CONFIR-

MAMOS LA

IMPUGNADA

DR. EDUARDO TURELL
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

EN CUANTO DECLARÓ LA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARCIAL.

La actora se agravió por el amparo de la ausencia de legitimación activa parcial, invocando la errónea aplicación del art. 501 de la Ley No. 16.060 efectuada por el Tribunal ad quem.

La excepción de falta de legitimación activa parcial se opuso por ANCAP respecto de la Licitación 1600148100.

En dicha licitación la actora admitió que resultó adjudicataria en el marco de un consorcio con la empresa Edumar, denominado CONSORCIO EDUMAR TECNOCYL.

En este punto el Tribunal ad quem sostuvo *"Entonces es claro que respecto de la Licitación No. 1600148100 la actora carece de legitimación, ya que resultó adjudicataria de la misma integrando un consorcio con EDUMAR S.A., según la misma afirma a fs. 296 vto. de su demanda. Atento a ello, y no invocando en la demanda representación alguna de la restante sociedad integrante del consorcio, resulta clara su falta de legitimación en relación con la licitación antes individualizada, siendo que tampoco especificó en la demanda que su reclamo era por el 50% correspondiente a su parte, en virtud del consorcio adjudicatario, precisión que recién formula en oportunidad de alegar, con lo cual se configura una modificación de la demanda, inadmisibles por extemporáneas*

de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 C.G.P."
(fs. 3000 a vto.).

Estimamos que la ausencia de legitimación activa de Tecnocyl respecto de la Licitación No. 1600148100 es ostensible, no advirtiéndose la infracción normativa denunciada por la recurrente.

Aún cuando pueda compararse que Tecnocyl se encontraba en condiciones de presentarse a reclamar daños y perjuicios derivados de la Licitación No. 1600148100 sin la comparecencia de su consorciada Edumar, el acto de proposición inicial presenta serios defectos alegatorios en cuanto al extremo en análisis.

Analizada la demanda promovida, surge que no se explicitó por Tecnocyl, conforme era su carga, que reclamaba el 50% de los daños propios.

Como se ha señalado por la doctrina "los hechos invocados tanto en la demanda como en la contestación de la demanda deben ser narrados en forma clara, precisa, detallada y categórica, con arreglo a la teoría de la sustanciación, que es claramente, a la que adhiere nuestro ordenamiento jurídico adjetivo (arts. 117 num. 4 y 130.1 C.G.P.)... la demanda debe contener una relación circunstanciada de

los hechos que originaron el derecho que se alega, la cual resulta necesaria para fundamentar el petitum (Vescovi, E. y otros, 'C.G.P. Comentado, anotado y concordado', Tomo 3, páginas 94 a 94)".

Con tal base conceptual y analizada la demanda instaurada, cabe concluir que TECNOCYL fue particularmente omiso en establecer una relación circunstanciada de los hechos que originaron el reclamo por daños y perjuicios propios derivados de la Licitación No. 1600148100.

Además, es claro que a la fecha de presentación de la demanda Tecnocyl conocía la oposición de EDUMAR -su consorciado- a efectuar reclamos por los daños sufridos en la referida licitación, tal como surge de fs. 1650.

Por tanto, no surgiendo explicitados en forma clara y precisa dichos extremos que refieren a la plataforma fáctica involucrada, la solución dispuesta por la Sala, a nuestro juicio resulta acertada, siendo extemporánea la aclaración efectuada por la actora en oportunidad de formular sus alegatos.

Por tanto corresponde rechazar los agravios en el punto.

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