

//tencia No.268

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JOHN PERÉZ BRIGNANI

Montevideo, veintiocho de marzo de dos mil veintidós

VISTOS:

Para sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"AA C/ BB Y OTROS - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN"**, IUE: 2-55081/2017

RESULTANDO:

I) Por Sentencia Definitiva No. 9, de fecha 12 de marzo de 2020, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 10mo. Turno, resolvió: *"Desestimando la excepción de prescripción opuesta por el codemandado BB. Acogiendo la demanda, y en su mérito, condenando a los demandados, Sres. CC, DD, Omar Pintos y EE a abonar a la parte actora, AA, la suma de \$ 6.000.000 (pesos uruguayos seis millones) con más reajustes e intereses (6% anual) desde la fecha de la demanda"* (fs. 405-425 vto.).

II) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. 14, de fecha 17 de febrero de 2021, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno (Sres. Ministros Dres. Simón (R), Pera y García Obregón), dispuso: *"Confírmase la sentencia definitiva apelada, excepto en el sector de cuantificación de la condena, que habrá de realizarse por la vía del artículo 378 del Código General del Proceso, sobre las*

bases indicadas en el Considerando 'IV' del presente pronunciamiento; sin especial condena en costas ni costos del grado" (fs. 502-507).

III) Contra la sentencia de segunda instancia, la parte actora interpuso recurso de casación (fs. 521), por entender que la impugnada, al no haber dispuesto una condena solidaria contra todos los demandados, vulneró el art. 1331 inc. 1 del Código Civil.

IV) A su vez, Decia interpuso recurso de casación (fs. 526-531) y a la par, Fay y Moreira se adhirieron al recurso de casación interpuesto por el accionante (fs. 554-558 vto. y 559-567).

V) Conferidos los traslados de rigor (fs. 525, 541 y 580) fueron evacuados en tiempo y forma (fs. 546-551, 554-555 vto., 559-561 vto., 577-579, 586-591 vto. y 592-598).

VI) Elevados los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 606), fueron recibidos el día 7 de setiembre de 2021 (fs. 607).

VII) Por Resolución No. 1.166, de fecha 26 de octubre de 2021, la Corte declaró inadmisibles los recursos de casación interpuestos por los co-demandados CC (fs. 526-531), DD (fs. 554-558) y EE (fs. 559-567), por entender que los agravios propuestos refieren a cuestiones respecto de las cuales

recayeron dos fallos coincidentes (fs. 608-610).

Por su parte, en cuanto al recurso de casación interpuesto por el AA, se ordenó el pase a estudio de la causa (fs. 609 vto. "in fine"), por su orden.

VIII) Culminado el estudio por parte de los Sres. Ministros, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus integrantes naturales, amparará el recurso de casación interpuesto por la actora en base a los fundamentos que acto seguido se expondrán.

II) Surge de obrados, que los accionados, en el ejercicio de sus funciones como responsables FF, cometieron irregularidades en la gestión de los llamados "Fondos Rotatorios", que permitió el desvío de dineros públicos en provecho propio, lo que condujo a sendas actuaciones administrativas y a la postre a actuaciones penales en las que, para la fecha de la sentencia impugnada, existía sentencia de condena de primer grado respecto a los cuatro demandados, como autores penalmente responsables de un delito continuado de Fraude, especialmente agravado.

A las actuaciones aludidas, se sumó el presente proceso indemnizatorio, a fin de recuperar los dineros públicos que los demandados se apoderaron en provecho propio.

III) Como cuestión preliminar, antes de ingresar al análisis del agravio formulado por la actora, la Corte estima del caso señalar que una lectura distraída del fallo podría llevar a interpretar que la Sala de segundo grado habría confirmado la participación "dolosa" de los agentes (CC, DD y BB) en las maniobras ilícitas, pero no respecto de EE. Incluso, esa parecería ser la interpretación a la que llegó el propio recurrente.

Tal intelección formulada por el recurrente, no es compartida por la Corporación. Es cierto que, en lo inicial, el Tribunal de Apelaciones cuestionó el punto, señalando que *"lo único que podría llegar a generar algún mínimo grado de duda gira en torno a la interrogante acerca de si... Gonzalo Moreira tuvo participación dolosa, como se acredita inequívocamente con respecto a todos los demás involucrados, o meramente culposa (en este caso, grave)"* (fs. 506, el subrayado pertenece al original); empero, inmediatamente, el "ad-quem" asumió posición, y se terminó por definir en el siguiente sentido: *"inclinándose la Sala por considerar que resulta reñido*

con la lógica de los hechos creer que ni más ni menos que el Jefe de la Oficina durante dos años, se encontrara ajeno a los acontecimientos que se suscitaban a su alrededor, tratándose de un Capitán de Navío del escalafón especializado 'Administración de la Armada', con conocimiento profesional del manejo financiero de la Armada Nacional".

Esto es, sin decirlo expresamente, el Tribunal de Apelaciones también consideró "dolosa" la conducta de EE, como no podía ser de otra manera, a la luz de los hechos y maniobras ilícitas acreditadas.

Luego, a fin de fijar, en general, el factor de atribución de responsabilidad, aludió al dolo o culpa grave como fundamento constitucional (arts. 24 y 25), lo que no cambia la conclusión anterior.

No existe, entonces, incertidumbre en cuanto al factor de atribución, pues se ha identificado una conducta dolosa en la configuración del hecho ilícito. De modo que, como premisa del análisis, debe considerarse que los cuatros demandados actuaron con dolo (arts. 1319 inc. 2 del C.C.). Ello, naturalmente, acarrea consecuencias en el plano de la modalidad de cómo deben responder.

IV) El thema decidendum del

presente caso radica en definir cómo responden ante el empleador sus empleados que intencionalmente le causaron un daño, incurriendo en delito civil y penal; esto es, si cada uno responde por el todo según el art. 1331 inc. 2 del C.C. que impone la solidaridad en caso de delito civil (art. 1319 inc. 2 del C.C.), o si, en cambio, cada uno de ellos responde en la misma proporción de su participación causal en el perjuicio que le ocasionaron a aquel. Ergo, determinar si, a pesar de existir un contrato (vínculo estatutario) entre cada uno de los causantes del daño y la víctima, es posible aplicar la solución prevista por el art. 1331 inc. 1º, según la cual *"si un delito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas responde solidariamente del daño causado"*.

Pues bien, a juicio de la Corte, es procedente la aplicación del art. 1331 del C.C. al presente caso. Al respecto, la intención de los agentes no fue solo incumplir el vínculo estatutario ("dolo contractual"), sino específicamente existió intención de causar daño al Estado, incurriendo en delito civil e infracción penal (al respecto, ver las distintas posiciones en CARNELLI, Santiago, "Responsabilidad de los empleados por el delito cometido en perjuicio de su empleador", en ADCU T. XXXV, págs. 831 y ss., y SCHROEDER, Cecilia, "Responsabilidad Civil por

comisión de delitos”, en ADCU T. XXXIII, págs. 705 y ss.; GAMARRA, Jorge, en “Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XIX, FCU, 2016, págs. 324-326; en jurisprudencia, ver Sentencia No. 57/2017 del T.A.C. 1º T., publicada en la B.J.N.).

Sobre el particular, Blengio explicita que “el problema del cúmulo o concurso de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, se suscita cuando un evento dañoso puede ser identificado, a la vez, como el resultado del incumplimiento de una obligación (en cuyo caso, se ubicaría en el ámbito de la responsabilidad contractual, art. 1342 del C.C.) y como una violación de un deber genérico (caso en el cual la especie sería ubicable en el marco del art. 1319 del C.C.). En otras palabras, la cuestión se produciría cuando se produjeran hechos que encuadran al mismo tiempo en las hipótesis normativas determinantes de la responsabilidad contractual y de la aquiliana” (Cfme. Blengio, J., “La cuestión del concurso y del cúmulo de la responsabilidad contractual y de la aquiliana. Reseña de un tema sobre el cual es conveniente volver a reflexionar”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXVIII, pág. 454). Por su parte, Gamarra, analizando la cuestión del cúmulo, asegura que, “para que exista un concurso de normas es necesario que una pluralidad de ellas converja hacia una misma

situación de hecho. La especie de concurso que aquí va a estudiarse trata de normas correspondientes a la responsabilidad contractual (arts. 1341 y ss.) y a la extracontractual (arts. 1319 y ss.), que tendrían vocación para aplicarse a un mismo hecho dañoso, siempre que éste lesione al mismo tiempo el derecho de crédito y un derecho absoluto (vida, integridad física, etc.).

(...) Es muy frecuente que varias normas jurídicas de distinta naturaleza sean aplicables al mismo hecho; en el mundo jurídico el cúmulo no es raro o insólito. Sin embargo, hay una hipótesis de cúmulo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual que en ciertos países está prohibida (Francia, Bélgica, Argentina, Uruguay), a la que llamaré 'cúmulo propio' para distinguirlo del que está permitido (impropio). Se caracteriza por los tres aspectos siguientes: 1º) Es menester que exista unidad de hecho dañoso (un hecho único) y de su autor (comportamiento de un solo sujeto)

(...) Para distinguir claramente esta situación pensemos en el caso de pluralidad de hechos dañosos, que es ejemplificado con el comprador que discute con el vendedor, lo lesiona y no paga el precio. 2º) El comportamiento dañoso debe lesionar al mismo tiempo (simultáneamente) un derecho de crédito y un derecho absoluto del damnificado (...) 3º) Es necesario que entre dañante y dañado exista un vínculo obligacional,

esto es, que el 'deudor' sea el causante del daño y el 'acreedor' el damnificado (...). La conclusión a extraer nos dice que el cúmulo a estudio involucra exclusivamente a dos sujetos (acreedor y deudor) y que, por consiguiente, la presencia de un tercero indica que nos encontramos fuera del concurso prohibido. 4º) Por último, se requiere que el sujeto dañado sea uno solo y no varios (...). En síntesis, para que el cúmulo esté prohibido es necesaria la unidad de un comportamiento dañoso y de su autor, que cause contemporáneamente la lesión de un derecho de crédito y de un derecho absoluto, entre sujetos que están vinculados de antemano por una relación obligacional (normalmente entre las partes contratantes) y el dañado es uno solo y no varios" (Cfme. Gamarra, J., Tratado de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Montevideo, 2003, t. XX, págs. 51-56).

El supuesto que se analiza en autos, refiere al daño cometido por varios sujetos, concertados con tal finalidad, cada uno de los cuales mantiene un vínculo contractual con la víctima defraudada, aunque no entre ellos. En otras palabras, varios sujetos contratados por una misma persona, se ponen de acuerdo para causarle un daño a aquella.

El problema que plantea es la forma de la condena: si se decide que la condena de los coautores de la estafa queda alcanzada por el

régimen de la responsabilidad extracontractual, habrá de aplicarse la solución contenida en el art. 1331 inc. 1º ("Si un delito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas responde solidariamente del daño causado"); en cambio, si se entiende que la especie queda alcanzada por el régimen de la responsabilidad contractual, no cabe la condena solidaria, en tanto no hay norma que la determine ni ella fue establecida por convenio de partes (art. 1391 C.C.).

Al respecto, Gamarra explica: "suponiendo (como hipótesis de trabajo) que exista una obligación a cargo de los empleados (sea el deber de fidelidad, de comportarse de buena fe, etc.), su incumplimiento ¿impide la aplicación del art. 1331? La respuesta es afirmativa cuando se acepta la regla del 'non-cumul'. Ahora bien, ¿es razonable que los autores de una estafa respondan solidariamente en el campo aquiliano, pero no cuando ese mismo delito lo cometen en calidad de contratantes? ¿Por qué la condición de contratante debe mejorar su responsabilidad? El comportamiento doloso es el mismo, sea que la responsabilidad se configure como contractual o extracontractual, y es el dolo lo que la ley sanciona (por considerarlo particularmente reprobable) en los arts. 1331 y 1346". En su opinión, corresponde la condena solidaria, pues "la solidaridad respeta el

'particularismo' (especialidad) del contrato, puesto que se limita a reforzar la pretensión indemnizatoria. La normativa contractual no prohíbe la solidaridad, que podría haberse pactado convencionalmente y aquí ingresa por voluntad de la ley para castigar el comportamiento doloso" (Cfme. Gamarra, Jorge, Ob. Cit., págs. 64-65).

Destaca el autor que, incluso los regímenes que niegan con mayor fervor la posibilidad del cúmulo, lo admiten en el supuesto de dolo. "Así, la Corte de París, 25 de febrero de 1998, considera que la infracción penal excepciona el principio de la no acumulación".

La misma circunstancia ha sido destacada por Blengio: "En derecho francés prevalece en la doctrina y jurisprudencia, al grado de ser uniformemente dominante, la opinión que no admite la opción entre la responsabilidad contractual y la aquiliana y mucho menos su cúmulo. Sin embargo, (...) el principio que niega el concurso (...) admite no pocas excepciones (...) se admite que excepcionan al principio que niega la posibilidad de que la víctima opte entre los dos órdenes de responsabilidad en los cuales puede fundar su demanda, el caso en que medie dolo y la especie en la que el incumplimiento contractual pueda constituir una infracción penal" (Cfme. Blengio, J., "La cuestión del concurso y del cúmulo de la responsabilidad

contractual y de la aquiliana. Reseña de un tema sobre el cual es conveniente volver a reflexionar", cit., págs. 458-459).

También Carnelli ha destacado: *"ante [una] situación de hecho consistente en que... se incurre en delito civil... la cuestión radica en ¿cuál es el efecto jurídico civil que le corresponde?. Desde que no existe norma específica en la regulación especial de la responsabilidad contractual y falta el fundamento, esto es la razón de ser, de la regla de la parcialización de la obligación plural, prevaleciente desde el derecho romano, que responde al criterio 'favor debitoris' del legislador, que ya era señalado por POTHIER, procede la aplicación de la ley general que es la responsabilidad extracontractual y consiguientemente la regla de la solidaridad pasiva (art. 1331 C.C.)"* (Cfme. Carnelli, Santiago, Ob. Cit., pág. 847).

A su vez, esta también ha sido la posición de la doctrina extranjera. A saber, en España, Gómez Ligüerre señala: *"la nota común a todo tipo de solidaridad es la exigencia de pacto. (...) En el derecho español, a la solidaridad se llega por ley o por pacto. El Código ignora la solidaridad de origen no comercial que, en la práctica y, sobre todo, en el derecho de daños, ha resultado ser la más común. La*

exigencia de pacto previo a la solidaridad debería excluir de ese régimen a la pretensión indemnizatoria de la víctima cuando sean varios los responsables del daño. Sin embargo, como no hay en el Código civil una solución a todos los problemas que plantea la pluralidad de responsables de un daño, son muchos los que han entendido que la solidaridad es el régimen jurídico que disciplina mejor las relaciones entre los varios responsables del daño y los de éstos con la víctima. (...) El origen de la aplicación de la solidaridad en el derecho de daños está en la garantía de la víctima y en las dificultades en individualizar las aportaciones al daño entre un colectivo de responsables (...) la solidaridad se ha convertido en el régimen de responsabilidad previsible en el derecho español de daños para el caso de actuación conjunta (...) En el vigente derecho español de daños, la responsabilidad solidaria ya no es sólo la solución a una laguna del Código: se ha convertido en el instrumento empleado por la jurisprudencia y el legislador sectorial para ampliar el círculo de responsables. (...) De una primera concepción de la solidaridad entre los responsables de un daño impregnada de la lógica del Código, que concibe la solidaridad como un instrumento de refuerzo del crédito, se ha pasado a otra (...) a pesar de la ausencia de una regla que prevea la responsabilidad

conjunta por un daño y de los problemas prácticos que supone la solidaridad, la responsabilidad de cada uno de los agentes por todo el daño causado será, en ocasiones, la única solución a la pretensión indemnizatoria de la víctima. Así sucederá (...) cuando el daño sea consecuencia de la actuación conjunta -de común acuerdo - de los causantes del daño" (Cfme. Gómez Ligüerre, C., *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 30-32, 35).

V) En suma y conforme los distintos argumentos vertidos en el cuerpo de la presente sentencia, corresponde amparar el recurso de casación interpuesto por la actora y en consecuencia disponer que la condena recaída en autos sea solidaria.

VI) La conducta procesal de las partes no amerita la especial imposición de sanciones, por lo que las mismas serán distribuidas por su orden.

Por los fundamentos expuestos y conforme lo dispuesto por los artículos 268 y siguientes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia

FALLA:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA DE

SEGUNDA INSTANCIA EN CUANTO DISPUSO QUE LA CONDENA FUERA PROPORCIONAL Y, EN SU LUGAR, SE DISPONE QUE LA CONDENA SEA SOLIDARIA.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS A LOS SOLOS EFECTOS FISCALES 20 B.P.C.

NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

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

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JUAN PABLO NOVELLA HEILMANN
PRO SECRETARIO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA