

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Puede descargar el documento firmado electrónicamente haciendo clic [aquí](#) o accediendo a <https://validaciones.poderjudicial.gub.uy> con el Código de Verificación (CVE):110173411C63E035543D

C. N° 1047/2019

Tribunal Apelaciones Civil 5°T°
DIRECCIÓN Pasaje de los Derechos Humanos 1309

CEDULÓN

BANCO CENTRAL DEL URUGUAY

Montevideo, 20 de noviembre de 2019

En autos caratulados:

██████████ c/ BANCO CENTRAL DEL URUGUAY - COBRO DE PESOS,
DANOS Y PERJUICIOS

Ficha 2-1305/2018

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

Sentencia : 218/2019, Fecha :20/11/19

Ministro Redactor: Dr. Luis María Simón

Ministros Firmantes: Dra. Loreley B. Pera

Dra. María Esther Gradín

Dr. Luis María Simón

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: ██████████ c/ Banco Central del Uruguay ? Cobro de pesos, daños y perjuicios"; individualizados con **IUE N° 2-1305/2018** ; venidos a conocimiento de la Sala en mérito al recurso de apelación deducido a fs . 326/335 por el demandado y la adhesión incoada a fs. 353/355 por la parte actora, contra la sentencia definitiva n° 29/2019, dictada a fs. 315/325 por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 2º Turno, Dr. Alejandro Martínez de las Heras.

RESULTANDO:

I

Por el referido pronunciamiento de primer grado se amparó parcialmente la demanda de autos, condenándose al Banco Central del Uruguay a *...pagar a la parte actora los daños y perjuicios reclamados (intereses) de acuerdo a lo dispuesto en el Considerando quinto?*; sin especial condena procesal. La condena, que el Sr. Juez estimó como a abonar suma fácilmente liquidable, refiere a intereses del 12% anual, en base al art. 2207 del Código Civil, por el período comprendido entre el 7/8/2006 y el 28/11/2016, aplicados sobre la cantidad efectivamente devuelta de U\$S 125.080,16.

II

Contra el mismo se alzó en tiempo y forma, primeramente, la parte demandada, agraviándose en síntesis por entender que se valoró erróneamente la prueba y se aplicó en forma incorrecta el Derecho.

Argumentó que no se probó falta de servicio ni configuración de abuso de derecho en la traba del embargo posteriormente levantado, el cual fuera oportunamente solicitado de buena fe, por lo cual entendió que no debió estimarse la incursión de responsabilidad a su respecto.

Por otra parte, arguyó que la sentencia condenó al pago de intereses legales conforme al art. 2207 del Código Civil pese a que el caso de autos no está incluido dentro de los presupuestos de incumplimiento de obligaciones de pago que merecen la aplicación de esa norma.

Consideró que al no resultar aplicables los intereses legales, la actora debió probar la existencia y monto de los daños, lo cual no ocurrió; agregando que la condena resulta excesiva.

Sostuvo que aún cuando se entendiera que devienen procedentes los intereses conforme a la norma aludida, los mismos correrían desde la demanda, pues no medió abuso de derecho ni hecho ilícito alguno.

A fs. 340/348, la parte actora evacuó el traslado del recurso y adhirió al mismo agraviándose, en lo sustancial, por la condena al pago del interés legal del 12% en base al art. 2207 del Código Civil, estimando que correspondía la tasa por la que se abogó al demandar, la cual representa los intereses que hubieran cobrado el accionado si se le reconocía el crédito garantizado por el depósito que se había embargado como cautela.

Sustanciada la adhesión, a fs. 353/355 la parte demandada abogó por su rechazo y recepción de la apelación.

III

Franqueada la doble alzada con efecto suspensivo y recibidos los autos en el Tribunal el 26/6/2019, pasaron a estudio sucesivo, culminado el cual se acordó sentencia anticipada el día de hoy; resultando de la causa los lapsos de desintegración de la Sala.

CONSIDERANDO:

I

Se dictará decisión anticipada en la presente causa, al amparo de lo previsto por el art. 200.1 del Código General del Proceso y se revocará la sentencia apelada, cuyos fundamentos esenciales no se comparten; en virtud de las razones que se expondrán seguidamente.

II

Cabe primeramente precisar que en autos, la empresa [REDACTED] entabló demanda reparatoria patrimonial contra el Banco Central del Uruguay, por los daños y perjuicios derivados de la inmovilización del capital depositado en dicha institución en concepto de garantía de su operativa (casa de cambio) a raíz de la adopción de una medida cautelar de embargo, dispuesta sobre ese capital a pedido de la parte accionada, con motivo de los juicios por ésta promovidos a los efectos de responsabilizar a la actora por los eventuales perjuicios ocasionados por el pago de acreedores de *Trade & Commercial Bank* con fondos de *Finambras*?

Señaló que habiendo cesado sus actividades el 30/09/2005 y comunicado dicha circunstancia al BCU con antelación, solicitó la devolución de las sumas consignadas en la institución, pedimento que fuera rechazado en mérito a la pendencia de juicios por

responsabilidad en su contra, los cuales motivaron la medida cautelar del 07/08/2006; habiéndose dispuesto la liberación de los fondos recién el 21 de noviembre de 2016.

Reclamó la suma de U\$S 225.058 con más los intereses que se sigan devengando, por concepto de intereses derivados de la indisponibilidad del capital.

III

Al examinar el primero de los agravios articulados por la accionada, estima el Tribunal que le asiste razón al entender que no se configura factor de atribución de responsabilidad en el caso concreto.

Se convoca la responsabilidad del Estado-BCU por haber peticionado una medida cautelar sobre un crédito de la actora, situación que se prolongó por 11 años, hasta que se determinó judicialmente que no se configuraba responsabilidad respecto de [REDACTED]

Entonces, deviene aplicable, en primer término, la corriente doctrinaria y jurisprudencial de la que se participe, en punto al factor de atribución de la responsabilidad estatal en general, basada en el régimen de los artículos 24 y 25 de la Constitución de la República.

Y en segundo término, corresponde precisar qué especie de responsabilidad se genera para una parte que obtiene un cautela que luego es judicialmente cancelada, durante o al final el proceso principal; según lo previsto por el artículo 311.3 del Código General del Proceso al establecer: *“Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite?”.*

Ha sostenido el Tribunal, des de anteriores integraciones, que en principio, la responsabilidad estatal consagrada por el artículo 24 de la Constitución carece de texto que consagre el factor de atribución, que por tanto ha de ser ubicado en otras normas de igual o menor rango, como las legales; y se ha afiliado a la tesis subjetiva que incluso cita el Sr. Juez a quo (Cf. sentencias Nos. 67/2016, 59/2016, 156/2005, entre muchas otras).

Así por ejemplo, en la primera de esas sentencias, citando se otras, se expuso: *“... el Tribunal se afilia a la tesis subjetiva sobre la responsabilidad del Estado, en el entendido que el art 24 de la Constitución de la República consagra el principio de la responsabilidad civil del Estado, por los daños que cause a terceros en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección. En la doctrina y en la jurisprudencia uruguayas, se ha debatido intensamente sobre si dicha responsabilidad es objetiva o si es subjetiva, esto es, si debe requerirse el dolo o la culpa por parte del Estado en la producción del evento dañoso que ha causado un perjuicio a una persona, o si en cambio lo único que debe imponer es el daño causado a un tercero, independientemente de si hubo dolo o culpa en la producción. En consecuencia, el principio es que el Estado debe responder civilmente por sus acciones, omisiones o por hechos que causen daño a los terceros, debiendo reparar los perjuicios causados pagando la indemnización correspondiente...”*

...Para Sayagués Laso, la clave para determinar cuando surge la responsabilidad civil del Estado por acto o hecho administrativo, es el criterio de la falta de servicio, solución elaborada por la jurisprudencia francesa, esto es si el servicio no funcionó, si funcionó con demora o si funcionó irregularmente, pudiéndose acudir a otros criterios para fundar la responsabilidad de la Administración, tales como el enriquecimiento sin causa, el abuso de derecho, etc....

Expresa el Dr Ruben Correa Freitas '.... adhiero a la tesis de la responsabilidad subjetiva del Estado, dado que cuando el constituyente (Constitución, arts 17 y 32) o el legislador (Ley N° 15859, art 4°), han querido o instituir la responsabilidad objetiva del Estado, lo han establecido en forma expresa y como una excepción al régimen en general. El art. 24 de la Constitución de la República consagra la 'responsabilidad civil' del Estado, y la responsabilidad civil se regula por lo dispuesto por los arts. 1319 y 1324 del Código Civil, razón por la cual se exigen los elementos típicos de la responsabilidad extracontractual, esto es el hecho ilícito, el daño, la culpa y el nexo causal... En consecuencia, para que haya responsabilidad de la Administración, tanto por actos como por hechos, tiene que haber una 'falta de servicio', esto es que el servicio no haya funcionado, o que habiendo funcionado lo haya hecho mal o en forma irregular, es decir que haya habido un mal funcionamiento del servicio público que haya provocado un daño a un tercero... (Correa Freitas, Ruben y Vázquez, Cristina; Manual de Derecho de la Función Pública., Segunda Edición, FCU, año 2011, págs 33 a 36, Sentencia de nuestra Sala N° 82/2009).

Asimismo, ha indicado el Tribunal : 'En relación a la naturaleza de la responsabilidad del Estado, la Sala ha mantenido la posición que sostuvo en anteriores integraciones - tesis que es, también, la de la mayoría de la jurisprudencia y doctrina - considerándola de naturaleza subjetiva por lo cual la falta del servicio, su incumplimiento de la pretensión, debe producirse como consecuencia de un hecho ilícito del funcionario de la repartición del Estado demandada (Conf ADCU, T. 34, c. 638, ob cit., T. 35, pág. 741; en el mismo sentido ob. cit. T. 37, c. 687, T. 35 c. 742/744), no siendo suficiente invocar la falta del servicio, el daño y el nexo causal. (Cf. Dfa-004-000388/2013; sef-0004-000080/2013; dfa-0004-000707/2013)?.

IV

Establecido que se participa de la corriente que entiende que la Carta no establece cuál es el factor de atribución de la responsabilidad estatal proclamada de modo general, y que esta Sala participa sobre el tema de la llamada tesis subjetiva y no de la objetiva, cabe analizar el régimen derivado del Código General del Proceso, particularmente del artículo 311.3 de ese cuerpo legal, que se entiende aplicable al caso concreto.

En este sentido, desde antigua data, el Tribunal no ha entendido que se se trate de un supuesto excepcional de responsabilidad objetiva, criterio que la actual integración de la Sala ratifica.

En efecto, la norma citada se limita a establecer que las medidas se adoptarán bajo

responsabilidad del peticionante, lo cual deviene natural. Pero no califica cuando se genera esa responsabilidad ni es tablece, en lugar alguno, que cancelada una cautela, de modo objetivo, deba el peticionante indemnizar si no se configura factor de atribución.

La solución es lógica, al provenir de un cuerpo de orden procesal, mientras la temática relativa a los elementos de responsabilidad es de orden sustantivo.

El criterio se apoya además en otras normas del mismo Código, como por ejemplo, el numeral 2 del mismo artículo 311, al regular posible condena al peticionante de una cautela previa que caduca por no presentarse la demanda en tiempo.

También el artículo 380.3, en sede de embargo, contempla la eventual responsabilidad de un ejecutante por exceso en la mejora de un embargo.

Significativamente, el artículo 380.4, al regular la responsabilidad del ejecutante por oposición meramente dilatoria al pedido de sustitución, alude al ejecutante *culpable*? y no lo responsabiliza de modo objetivo, por la mera oposición, sino con referencia a dilación o culpa.

La postura apuntada se robustece si se atiende al régimen general de sanciones por actos procesales (artículos 56 a 61) que examina la conducta y de regla remite al criterio sustantivo de la ausencia de culpa, la culpa o el dolo para distribuir costas y costos; y a los específicos en proceso ejecutivo y vía de apremio (artículos 358.4 y 392.2). Estos últimos, aplicables a ejecutantes perdidosos en estructuras que son excepcionales y sumarias, y presuponen títulos, imponen de principio la condena en costas y costos al ejecutante, pero permiten el apartamiento, de modo que tampoco se trata de un criterio objetivo de imputación.

A su vez, como el caso concreto tiene por objeto responsabilidad por una cautela judicialmente adoptada, que resulta tanto del planteo de quien la obtiene como de la decisión de un Tribunal, no ha de soslayarse que al regular la responsabilidad jurisdiccional en general, el artículo 26 del Código General del Proceso también adopta un criterio subjetivo, aún más exigente que la mera culpa, porque la requiere grave (error inexcusable) o el dolo.

En suma, en el ordenamiento jurídico uruguayo, la responsabilidad por actos procesales tiende a ser, en principio, subjetiva, y solo excepcionalmente, ante claros textos, se la ha establecido con factor de atribución objetivo, como por ejemplo, para casos de prisión preventiva no seguida de lapso al menos igual al condenarse o absolverse al imputado (Ley n° 15.859).

En sentencia n° 156/2005, este Tribunal, con anterior integración y en mayoría conformada por el redactor de la presente, la Dra. Beatriz Fiorentino y la Dra. Elena Martínez, con la discordia de la Dra. Sandra Presa, falló en un caso específico de responsabilidad por cautela (incautación aduanera) y tanto la mayoría como la discordia se basaron en sostener la aplicabilidad de factor subjetivo de atribución, radicando la diferencia en que para la mayoría se había verificado culpa o falta de servicio, y para la Sra. Ministra discordante, no se configuraba.

Por consiguiente, no se coincide con la Sede de primer grado ni con el Similar de 4º Turno con anterior integración, en sentencia nº 174/2009, en que la responsabilidad de un embargante se genere en base a factor objetivo de atribución.

V

Los desarrollos precedentes sellan adversamente la suerte de la demanda de autos.

Ante un caso de responsabilidad de orden subjetivo, la parte actora no se desembarazó adecuadamente de las cargas de ilustración y prueba de los elementos configurativos de su pretensión, ni con referencia al factor de atribución ni sobre la conceptualización del daño y su causalidad.

No se desarrolló en qué habría consistido la falta de servicio, y la mera compulsa de la causa no permite apreciar, si en siquiera ilustración alegatoria de la demandante, que hubiera habido superficialidad o ligereza en la petición de cautela, que fuere imputable a la parte demandada el tiempo que insumió la tramitación de la compleja causa principal hasta en casación, que hubiera mediado condena procesal, que hubiere dilatado la devolución una vez resuelto judicialmente el objeto principal cautelado; ni otra circunstancia que pudiere fundamentar los elementos factor de atribución y nexo causal.

En punto a este último, no debe obviarse que el depósito luego cautelado era legalmente exigible por su giro a la aquí actora, que fue su decisión terminar antes con ese giro, y que al ocurrir, ya estaba pendiente toda la investigación administrativa de hechos de importancia en un época clave de la vida económica de nuestro país, particularmente en materia de sujetos involucrados en finanzas, cambios, manejo de cuentas en y desde el extranjero, etcétera.

La Sala ha sostenido en torno al tópico procesal aludido que: *“En función de la carga de la afirmación y de la teoría de la sustanciación recogida en el art. 117 numeral 4 del Código General del Proceso, constituía gravamen de los actores detallar con precisión los hechos sustanciales fundantes de la pretensión. En el capítulo de la demanda dedicado al reclamo en análisis, no se conceptualizó adecuadamente perjuicio alguno, hallándose por tanto destinada al fracaso la pretensión desde su planteo, por la incorrecta consideración de que la postergación de la cuantificación permita obviar la existencia y causalidad de los daños.”* (Cf. sent. No.159/2017).

También asiste razón a la parte demandada en cuanto a que el daño, en el caso derivado del indicado periodo de indisponibilidad, no puede concretarse en los intereses legales con fundamento normativo en los artículos 1348 y 2207 del Código Civil, por no tratarse de pretensión que persiguiera el cumplimiento de obligación de restitución de suma de dinero, porque la de autos es una pretensión indemnizatoria y el capital que constituía el objeto de esa obligación de restituir ya había sido devuelto.

Cierto es que el interés es el precio o rendimiento del dinero (Gorfinkiel, Isaac: ? *Hipoteca, intereses y reajuste* ? en L.J.U., T. 95, Sección. Doctrina, pá g. 20) ? *la natural productividad del dinero* ? (ADCU, T. XXX, c. 481; T. XXXIII, c. 385) pero al menos la actora debía precisar cuál era el tipo de colocación que la indisponibilidad habría frustrado (caja de ahorros, cuenta corriente, plazo fijo, letras, tasas de interés según operativa e institución, etc.) y producir la prueba correspondiente, porque de otro modo, su insuficiencia alegatoria no puede ser suplida por el Tribunal y la probatoria sobre un concepto no explicitado no tiene forma de subsanarse ante una omisión de la parte sobre la existencia misma del elemento, más aún sobre su cuantificación. Tampoco puede estarse al informe de asesor de parte, que, como tal, carece de base fáctica a la que vincularse y, a la vez, no ostenta la eficacia convictiva de la pericia (Cf. sent. No. 54/2018 del Tribunal, entre otras).

Asimismo, en materia de obligaciones, el artículo 1466 del Código Civil (al igual que su similar 949 del Código de Comercio) dispone que ? *La paga, desde el momento que se verifica, extingue la obligación principal y las accesorias* .? Al haberse restituido el capital objeto de la cautela, sin formularse reserva alguna (artículos 1459 ejusdem y 944 del Código de Comercio) de que se aceptaba el pago como parcial, sin perjuicio de reclamarse accesorios (como intereses) u otros conceptos, la teoría de la relevancia de los actos propios constituye también otra razón motivante de la pretensión incoada, pues no parece que ésta pudiere subsistir en forma autónoma, al hallarse lógica y jurídicamente vinculada, en forma dependiente, a la obligación de restituir extinguida por el cumplimiento o paga (cf. sobre paga sin reservas, sentencia de este Tribunal con anterior integración nº 135/2004).

Tal solución torna innecesario ingresar al mérito de la adhesión, que de todos modos, fue en parte tratado al desarrollarse conceptos precedentes sobre el día, su causalidad y cuantificación.

VI

Se distribuirán costas y costos del grado por su orden entre las partes (arts. 56 del Código General del Proceso y 688 inciso 2º del Código Civil).

Por los fundamentos y textos normativos precedentemente expuestos; de conformidad con lo establecido por los arts. 137 y ss., 195 y ss., 248 y ss., 338 y ss. del Código General del Proceso, y demás disposiciones complementarias, el Tribunal,

FALLA:

I) *Revócase la sentencia apelada y desestímase la demanda de autos; sin especial condena en costas ni costos del grado.*

II) *Establécese en la suma de \$ 50.000 los honorarios por el patrocinio letrado de la parte actora en la segunda instancia, a los solos efectos fiscales.*

III) *Devuélvanse oportunamente estos obrados a la Sede de origen, con copia para el Sr. Juez actuante.*

Dr. Luis María Simón

Ministro

Dra. María Esther Gradín

Ministra

Dra. Loreley B. Pera

Ministra

Esc. Patricia Porley Ruiz - Secretaria I

Loreley Beatriz PERA RODRIGUEZ