

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año 2012 – Número 1



DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

- © Corte Suprema de Justicia – División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales.
Gaceta Judicial
Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay
Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

GACETA JUDICIAL N° 1

Corte Suprema de Justicia; División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales.

GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.

Primera edición 2012: 1.000 ejemplares

MINISTRO DIRECTOR DE LA DILP:

DR. VICTOR MANUEL NUÑEZ RODRIGUEZ

COORDINACIÓN GENERAL - GACETA JUDICIAL:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMÁN

EQUIPO DE ELABORACIÓN:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMÁN

JUAN PÁEZ ACOSTA

Contactos: revistagacetajudicial@gmail.com / Tel. (021) 420 570

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S. A.**

Caballero 270; *teléfs.:* 496 991 - 449 738

Fax: (595-21) 448 721

Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py

E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Diagramación: Gilberto Riveros Arce

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1328/98.

ISBN: 978-99967-.....

PRÓLOGO

Iniciamos el año 2012, con la publicación del primer número de la Gaceta Judicial y noveno desde su relanzamiento. Se despliega como Contenido general, en la primera parte: Doctrina de prestigiosos Magistrados Juristas del Poder Judicial, quienes analizan y reflexionan sobre temas emblemáticos de su especialidad; en la segunda parte de la obra: resoluciones seleccionadas de la máxima instancia judicial: C.S.J. en sus tres salas, así como de los diferentes fueros, en las distintas instancias de Apelación.

Dentro del contenido general de Jurisprudencias se tiene acceso a la lectura de varias resoluciones caracterizadas por la buena dialéctica jurídica, con diversos temas interesantes relacionados con la acción pauliana, acto administrativo, compraventa, cumplimientos de contratos, daños y perjuicios, divorcio, habeas data, jubilación, juicio arbitral, etc, en tema de menores interesantes resoluciones que resuelven el régimen de convivencia a favor del padre, régimen de convivencia compartida, asistencia alimenticia, etc.

Un agradecimiento especial a la Directora de Estadística de los Tribunales que siempre nos brinda su apoyo incondicional proveyéndonos de la materia prima para las publicaciones.

Equipo de Coordinación
GACETA JUDICIAL

CONTENIDO

1.	PRÓLOGO	7
2.	ÍNDICES	9
–	Índice Temático	15
–	Índice por Tribunales	21
3.	DOCTRINA	
–	Efectividad y protección jurídica a la niñez de los pueblos originarios, <i>por la abog. Carolina Lapierre de Schmalko</i>	25
–	El Derecho Procesal Civil Paraguayo. Una mirada retrospectiva, descripción actual y el anhelo de humanización del proceso, <i>por el abog. Juan Martín Palacios Fantilli</i>	47
4.	JURISPRUDENCIA	
	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
	SENTENCIA. Fundamentación. Motivación de la sentencia/ RECURSO DE APELACIÓN. Apelación especial de la sentencia de primera instancia. RECURSO DE CASACIÓN. CSJ, Sala Penal. 02-03-2011. (Ac. y Sent. N° 61)	67
	INSTRUMENTOS PÚBLICOS/ RECURSO DE CASACIÓN. Reenvío en el recurso de casación. CSJ, Sala Penal. 02-03-2011. (Ac. y Sent. N° 67)	73
	PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Instancia administrativa/ ACTO ADMINISTRATIVO. Nulidad de los actos administrativos/ FUNCIONARIO PÚBLICO. Contratación temporaria de funcionario publico. Funcionario contratado. CSJ, Sala Penal. 02-06-2011. (Ac. y Sent. N° 285)	79

CONTENIDO

MATRIMONIO. Impedimentos para contraer matrimonio. Tratado de Montevideo. Nulidad del matrimonio./ INSTRUMENTOS PÚBLICOS. Requisitos para su validez. Protocolo de Las Leñas. CSJ, Sala Civil y Comercial. 03-06-2011. (Ac. y Sent. N° 320) ..	83
SOCIEDAD. Asamblea de accionistas. Publicidad asamblea ordinaria. Nulidad de la asamblea. Publicidad asamblea ordinaria/ SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas. Derechos y obligaciones de los socios. Acciones de la sociedad anónima/ COSTAS. Costas en el orden causado. CSJ, Sala Civil y Comercial. 15-06-2011. (Ac. y Sent. N° 374)	96
JUBILACIÓN. Edad para jubilarse. Base de cálculo de la jubilación. Legislación aplicable a la jubilación. Protección Constitucional. CSJ, Sala Constitucional. 20-06-2011. (Ac. y Sent. N° 403)	125
SENTENCIA. Fundamentación. Fundamentación aparente/TRIBUNALES DE SENTENCIA. Atribuciones/ PRUEBA. Apreciación de la prueba/ RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de apelación. Apelación especial de la sentencia de primera instancia. CSJ, Sala Penal. 22-06-2011. (Ac. y Sent. N° 409)	134
PRUEBA DE RECONOCIMIENTO. Inspección ocular/ PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial/ PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta/ USUCAPIÓN. Prueba de la usucapión. Interversión del título. Requisitos de la usucapión. Prueba de la usucapión. CSJ, Sala Civil y Comercial. 24-06-2011. (Ac. y Sent. N° 430)	150
TRIBUNAL DE APELACION CIVIL Y COMERCIAL	
NOTIFICACIÓN. Notificación por automática. Notificación por cédula/ PRUEBA. Carga de la prueba. Ofrecimiento y producción de la prueba. Notificación de la prueba/ PRUEBA DE TESTIGO. Excusación. Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado/ JUEZ DE PAZ/INCIDENTE. Incidente de nulidad. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 13-12-2010. (A.I. N° 864)	163
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados. Acumulación objetiva/PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Consulta. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 31-12-2010. (A.I. N° 909)	170

CONTENIDO

RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación/ RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra sentencia definitiva. Procedencia del recurso de nulidad/ EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedimiento de la excepción de falta de acción. Procedencia de la excepción. Falta de acción/ COSTAS. Costas al vencido. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 11-02-2011. (A.I. N° 16)	180
RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja/ JUICIO EJECUTIVO/ RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación/INCIDENTE. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 28-02-2011. (A.I. N° 44)	188
TERCERIA. Tercería de dominio. Juicios en que procede la tercería. Requisitos de la tercería. Tapel. Civ. y com. Sala 1. 31-03-2011. (A.I. N° 132)	192
CADUCIDAD DE INSTANCIA. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 24-05-2011. (A.I. N° 226)	196
SUCESION. Beneficio de inventario. Patrimonio sucesorio. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 02-06-2011. (A.I. N° 259)	198
PODER JUDICIAL. De la Independencia del Poder Judicial/ JUICIO ARBITRAL. Arbitros Juris. Nulidad del laudo arbitral. Orden Público. Laudo arbitral. Nulidad del laudo arbitral. Objeto. Arbi- tradores, amigables componedores. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 28- 12-2010. (Ac. y Sent. N° 98)	202
RECURSO DE APELACIÓN. Objeto del recurso de apelación. Forma de interponer el recurso de apelación/ SENTENCIA. Vicios de la sentencia/ DIVORCIO. Causas de divorcio. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 06-06-2011. (Ac. y Sent. N° 33)	221
CULPA. Culpa concurrente/DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabili- dad objetiva. Culpa. Exoneración de responsabilidad. Responsa- bilidad objetiva. Lucro cesante. Daño moral. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 10-06-2011. (Ac. y Sent. N° 34)	231
DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. Ejercicio de la acción penal. Responsabilidad civil. Hechos ilícitos/ SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento definitivo/ CALUMNIA/ FALSA DENUNCIA/ QUERRELLA. Responsabilidad en la querrella/ BANCO. Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 14-07-2011. (Ac. y Sent. N° 44)	243

CONTENIDO

POSESIÓN. Poseedor de buena o mala fe/ MEJORAS/ PRESUNCIONES/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Tapel. Civ. y Com. Sala 3. 31-03-2011. (Ac. y Sent. N° 24)	254
HABEAS DATA. Tapel. Civ. y Com. Sala 3. 12-04-2011. (Ac. y Sent. N° 27)	268
DAÑOS Y PERJUICIOS. Hechos ilícitos. Responsabilidad contractual/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho de peticionar a las autoridades. Tapel. Civ. y Com. Sala 3. 27-04-2011. (Ac. y Sent. N° 33)	271
EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción/ PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial/ REPETICION DE PAGO/ SEGURO. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro. Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 22-02-2011. (Ac. y Sent. N° 3)	277
ACCION PAULIANA. Acción Revocatoria/ COMPRAVENTA. Precio de la compraventa/ CONTRATO. Efectos del contrato/ LITIS-CONSORCIO/ ESCRIBANO/ COSTAS. Costas en el orden causado. Tapel. Civ. y com. Sala 4. 23-02-2011. (Ac. y Sent. N° 4) ..	284
CHEQUE. Protesto del cheque. Efectos del cheque. Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 04-03-2011. (Ac. y Sent. N° 7)	291
DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. Culpa. Daño moral. SEGURO. Acción directa contra el asegurador. CONTRATO. Cumplimiento de contrato. INTERESES. Tasa de interés. PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial. Apreciación de la prueba pericial. INSTRUMENTO PÚBLICO. Requisitos para su validez. CONTRATO. Cumplimiento de contrato. Tapel. Civ. y com. Sala 4. 22-03-2011. (Ac. y Sent. N° 18)	295
EXCEPCION DE FALSEDAD. Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 25-03-2011. (Ac. y Sent. N° 20)	312
NOMBRE. Rectificación de nombre/ Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 01-04-2011. (Ac. y Sent. N° 23)	317
NOMBRE. Rectificación de nombre. Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 01-04-2011. (Ac. y Sent. N° 28)	321
INCIDENTE. Prueba/ SUCESIÓN. Declaratoria de herederos/ MATRIMONIO. Efectos del matrimonio. Tapel. Civ. y Com. Sala 5. 12-05-2011. (A.I. N° 291)	323

CONTENIDO

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

PATRIA POTESTAD. Derecho del menor a ser oído. Régimen de convivencia. Régimen de convivencia compartida/ SENTENCIA. Sentencia contradictorias/ PATRIA POTESTAD. Tapel. Niñez y Adoles. 11-05-2011. (Ac. y Sent. N° 77)	335
PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia. Régimen de convivencia a favor del padre. Régimen de visitas. Tapel. Niñez y Adoles. 29-07-2011. (Ac. y Sent. N° 130)	347
ALIMENTOS. Aumento de alimento/ ALIMENTOS. Modificación del quantum. Proceso. Tapel. Niñez y Adoles. 22-08-2011. (Ac. y Sent. N° 145)	353
RESTITUCION. Restitución de menor/ TRATADOS INTERNACIONAL. Ejecutividad de sus disposiciones. Tapel. Niñez y Adoles. 30-08-2011. “N.D.L.G. s. restitución internacional” (Ac. y Sent. N° 154)	358
ALIMENTOS. Modificación del quantum. Proceso. Pruebas. Caudal del Alimentante. Cuota de alimentos/ Tapel. Niñez y Adoles. 28-10-2011. “A.H. s. asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N° 193)...	367

ÍNDICE TEMÁTICO

- ACCIÓN PAULIANA, 284
 - Acción Revocatoria, 284
- ACTO ADMINISTRATIVO, 79
 - Nulidad de los actos administrativos, 79
- ALIMENTOS, 353, 354, 367, 368
 - Aumento de alimento, 353
 - Caudal del Alimentante, 367, 368
 - Cuota de alimentos, 368
 - Modificación del quantum, 353, 354, 367
 - Proceso, 353, 354, 367, 368
 - Pruebas, 367
- BANCO, 245
- CADUCIDAD DE INSTANCIA, 196
- CALUMNIA, 244
- CHEQUE, 291, 292
 - Efectos del cheque, 292
 - Protesto del cheque, 291
- COMPRAVENTA, 284
 - Precio de la compraventa, 284
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 272
 - Derecho de peticionar a las autoridades, 272
- CONTRATO, 284, 296, 297
 - Cumplimiento de contrato, 296, 297
 - Efectos del contrato, 284
- COSTAS, 100, 181, 284
 - Costas al vencido, 181
 - Costas en el orden causado, 100, 284

ÍNDICE TEMÁTICO

- CULPA, 232
 - Culpa concurrente, 232
- DAÑOS Y PERJUICIOS, 231, 232, 233, 243, 244, 245, 255, 271, 296, 297, 298
 - Accidente de tránsito, 296, 297
 - Culpa, 231, 232, 296
 - Daño moral, 233, 243, 298
 - Ejercicio de la acción penal , 244, 245
 - Exoneración de responsabilidad, 232, 233
 - Hechos ilícitos, 245, 271
 - Lucro cesante, 232
 - Responsabilidad civil, 244
 - Responsabilidad contractual, 271
 - Responsabilidad objetiva, 231, 232
- DIVORCIO, 221
 - Causas de divorcio, 221
- ESCRIBANO, 284
- EXCEPCIÓN DE FALSEDAD, 312
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, 180, 277
 - Procedimiento de la excepción o falta de acción, 180
 - Procedencia de la excepción de falta de acción, 277
- FALSA DENUNCIA, 244
- FUNCIONARIO PÚBLICO, 79
 - Contratación temporaria de funcionario público, 79
 - Funcionario contratado, 79
- HABEAS DATA, 268
- INCIDENTE, 164, 189, 324
 - Incidente de nulidad, 164
 - Prueba, 324
- INSTRUMENTO PÚBLICO, 73, 84, 85, 297
 - Protocolo de Las Leñas, 85
 - Requisitos para su validez, 84, 85, 297
- INTERESES, 297, 298
 - Tasa de interés, 297, 298
- JUBILACIÓN, 125, 126
 - Base de cálculo de la jubilación, 125
 - Edad para jubilarse, 125, 126

ÍNDICE TEMÁTICO

- Legislación aplicable a la jubilación, 126
- Protección Constitucional, 126
- JUEZ DE PAZ, 163
- JUICIO ARBITRAL, 202, 203, 204
 - Arbitradores, amigables componedores, 204
 - Arbitros Juris, 202
 - Laudo arbitral, 203, 204
 - Nulidad del laudo arbitral, 202, 203, 204
 - Objeto, 203
 - Orden público, 202, 203
- JUICIO EJECUTIVO, 189
- LITISCONSORCIO, 284
- MATRIMONIO, 83, 84, 85, 324
 - Efectos del matrimonio, 324
 - Impedimentos para contraer matrimonio, 83
 - Nulidad del matrimonio, 85
 - Tratado de Montevideo, 84
- MEJORAS, 254, 255
- NOMBRE, 317, 321
 - Rectificación de nombre, 317, 321
- NOTIFICACIÓN, 163, 164
 - Notificación por automática, 163
 - Notificación por cédula, 164
- PATRIA POTESTAD, 335, 336, 347, 348
 - Derecho del menor a ser oído, 335
 - Régimen de convivencia, 335, 336, 347
 - Régimen de convivencia compartida, 336
 - Régimen de convivencia a favor del padre, 347
 - Régimen de visitas, 348
- PODER JUDICIAL, 171, 202
 - Consulta, 171
 - Corte Suprema de Justicia, 171
 - De la Independencia del Poder Judicial, 202
- POSESIÓN, 254, 255
 - Poseedor de buena o mala fe, 254, 255

ÍNDICE TEMÁTICO

- PRESUNCIONES, 254
- PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 79
 - Instancia administrativa, 79
- PRUEBA, 135, 163, 164
 - Apreciación de la prueba, 135
 - Carga de la prueba, 135
 - Ofrecimiento y producción de la prueba, 163
 - Notificación de la prueba, 164
- PRUEBA DE CONFESIÓN, 150, 152
 - Confesión ficta, 150, 152
- PRUEBA DE PERITOS, 277, 297
 - Apreciación de la prueba pericial, 297
 - Dictamen pericial, 277, 297
- PRUEBA DE RECONOCIMIENTO, 150
 - Inspección ocular, 150
- PRUEBA DE TESTIGO, 150, 163, 164
 - Apreciación de la prueba testimonial , 150
 - Excusación, 163
 - Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado, 164
- QUERELLA, 245
 - Responsabilidad en la querella, 245
- RECURSO DE APELACIÓN, 67, 135, 136, 180, 189, 221, 222
 - Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación, 189
 - Apelación especial de la sentencia de primera instancia, 67, 136
 - Facultades del Tribunal de Apelación, 135, 136, 180
 - Forma de interponer el recurso de apelación, 221, 222
 - Objeto del recurso de apelación, 221
- RECURSO DE CASACIÓN, 67, 73
 - Reenvío en el recurso de casación, 73
- RECURSO DE NULIDAD, 180
 - Procedencia del recurso de nulidad, 180
 - Recurso de nulidad contra sentencia definitiva, 180
- RECURSO DE QUEJA, 188
 - Procedencia del recurso de queja, 188
 - Régimen de convivencia compartida, 188

ÍNDICE TEMÁTICO

- REGULACIÓN DE HONORARIOS, 170, 171
 - Acumulación objetiva, 170
 - Honorarios de abogados, 170, 171
- REPETICIÓN DE PAGO, 277
- RESTITUCIÓN, 358, 359
 - Restitución de menor, 358, 359
- SEGURO, 277, 296
 - Acción directa contra el asegurador, 296
 - Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro, 277
- SENTENCIA, 67, 134, 135, 136, 221, 336
 - Fundamentación, 67, 134, 135, 136
 - Fundamentación aparente, 135
 - Motivación de la sentencia, 67
 - Sentencia contradictorias, 336
 - Vicios de la sentencia, 221
- SOBRESEIMIENTO, 244
 - Sobreseimiento definitivo, 244
- SOCIEDAD, 96, 97, 98, 99
 - Asamblea de accionistas, 96
 - Nulidad de la asamblea, 98
 - Publicidad asamblea ordinaria, 96, 97, 98, 99
- SOCIEDAD ANÓNIMA, 96, 97, 98, 99, 100
 - Acciones de la sociedad anónima, 99
 - Asamblea de accionistas, 96, 97, 98, 99, 100
 - Derechos y obligaciones de los socios, 96, 98
- SUCESIÓN, 198, 324
 - Beneficio de inventario, 198
 - Declaratoria de herederos, 324
 - Patrimonio sucesorio, 198
- TERCERÍA, 192
 - Juicios en que procede la tercería, 192
 - Requisitos de la tercería, 192
 - Tercería de dominio, 192
- TRATADO INTERNACIONAL, 358, 359
 - Ejecutividad de sus disposiciones, 358, 359

ÍNDICE TEMÁTICO

TRIBUNALES DE SENTENCIA , 135

Atribuciones, 135

USUCAPIÓN, 150, 151

Interversión del título, 151

Prueba de la usucapión, 150, 151

Requisitos de la usucapión, 151

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

20-06-2011. “Acción de inconstitucionalidad: Eddi Ramona Martínez de Gonzalez c. art. 9º de la Ley N° 2345/03 y arts. 2º y 3º del Decreto N° 1579/2004” (Ac. y Sent. N° 403)	125
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Sala Penal

02-03-2011. “E.M.F.B. s. Testimonio Falso” (Ac. y Sent. N° 61)	67
02-03-2011. “Rodolfo Matto Romero y otra s. Producción de documentos no auténticos y otros” (Ac. y Sent. N° 67)	73
02-06-2011. “Elsa Ocampos Cabañas c. Municipalidad de Katuete s. Nulidad de Acto Administrativo” (Ac. y Sent. N° 285)	79
22-06-2011. “Recurso de Casación interpuesto por la Defensora Pública Abog. Lourdes Peña en la causa : MP c. Albino Melgarejo y Marcelino Saavedra Benítez s. Homicidio doloso en Pedro Juan Caballero” (Ac. y Sent. N° 409)	134

Sala Civil y Comercial

03-06-2011. “J.H.W. c. C.A.R. s. Nulidad de Matrimonio” (Ac. y Sent. N° 320)	83
15-06-2011. “Luis Alberto Zarza Figueredo c. Lord Leather S.A. y otros s. Nulidad de Asambleas y Remoción de Administradores” (Ac. y Sent. N° 374)	96
24-06-2011. “Cándido Ocampos c. Gilberto Viñuales s. Usucapión” (Ac. y Sent. N° 430)	150

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Primera Sala

13-12-2010. Rafael Alcibiades Vargas c. Eurofinanciación S.A. y otros s/ Usucapión” (A.I. N° 864)	163
31-12-2010. Regulación de honorarios profesionales del abog. Pío Galeano Ríos, en el juicio: “Entidad Binacional Yacyretá c. Emilia Hofbaner Vda de Schmid s. Pago por consignación” (A.I. N° 909)	170
11-02-2011. “Juliana Giménez de Aquino c. Essap S.A. y otros s. Indemnización de daños y perjuicios” (A.I. N° 16)	180
28-02-2011. “Queja por recurso denegados interpuesta por el abogado Alfredo E Wagener c. el Juez de Primera Instancia en lo civil y comercial del tercer turno en: Reconstitución de Damian Alejandro Meza c. Félix Valoy Jara y otra s. Ejecución hipotecaria” (A.I. N° 44)	188
31-03-2011. “Tercería de dominio deducida por el Sr. Hugo Ángel Aranda Núñez en los autos: María Cristina Leony Perrier de Simbach c. Adolfo Esteche y otro s. Obligación de Hacer Escritura Pública” (A.I. N° 132)	192
24-05-2011. “J.M. P. O. c. B. B. P. O. s. Nulidad de Matrimonio” (A.I. N° 226)	196
02-06-2011. “A. P. B. F. s. Sucesión” (A.I. N° 259)	198
28-12-2010. “Recurso de Nulidad interpuesto por el abog. Raúl Andrada Nogués contra el Laudo arbitral N° 1 de fecha 17 de febrero de 2010 en los autos: Barrail Hnos. S.A. de Construcciones c. La Química Farmacéutica S.A. s. cumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 98)	202
06-06-2011. “D. B. L. c. G.H. G. de B. s. Divorcio a petición de una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 33)	221
10-06-2011. “Carmen Fernández Vda. De Benítez c. ANDE s. Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 34)	231
14-07-2011. “María Eugenia Pérez de Menchaca c. Banco Continental s. Indemnización de daño moral” (Ac. y Sent. N° 44)	243

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Tercera Sala

31-03-2011. “Eduarda Espínola de Zarza c. Mario Macorito s. Retención de Inmueble” (Ac. y Sent. N° 24)	254
12-04-2011. “Adriana Amarilla Zayas c. INFORMCONF S.A. s. habeas Data” (Ac. y Sent. N° 27)	268
27-04-2011. “Arnaldo Ruben Silva Varela c. Compañía Cervecera Brahma del Py S.A. s. Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual” (Ac. y Sent. N° 33)	271

Cuarta Sala

22-02-2011. “El Sol del Paraguay Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. c. Chacore S.A. y Transportes y construcciones S.A. s. Repeición de lo pagado” (Ac. y Sent. N° 3)	277
23-02-2011. “Pedro Leonor Andino Méndez c. Sudamericana SRL y otros s. Acción revocatoria” (Ac. y Sent. N° 4)	284
04-03-2011. “Pablo Vidal Ayala c. Carlos F. Rozzano Klekoc s. Acción Prep. De Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 7)	291
22-03-2011. “Arturo Vladimir Urunaga Olmedo c. Real Paraguaya de Seguros S.A. s. Cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes ordinario” (Ac. y Sent. N° 18)	295
25-03-2011. “Sixto Raúl Fretes Olmedo c. Carlos Alberto Ruffinelli A. s. Juicio Ordinario de Cobro de Guaraníes y Rendición de cuentas” (Ac. y Sent. N° 20)	312
01-04-2011. “A. A. R. s. Rectificación de Acta de Nacimiento e inversión de Apellido” (Ac. y Sent. N° 23)	317
01-04-2011. “F.R.P. Z. s. Cesación de uso indebido de apellido y estado civil” (Ac. y Sent. N° 28)	321

Quinta Sala

12-05-2011. “Incidente de exclusión hereditaria de la señora M. J. de M. en los autos: “L. M. L. s/ sucesión” (A.I. N° 291)	323
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

11-05-2011. “A.C.P.V y otro s. Régimen de convivencia” (Ac. y Sent. N° 77)	335
29-07-2011. “S.R.V.C. s. Régimen de convivencia” (Ac. y Sent. N° 130)	347
22-08-2011. “J.A.B.C s. Aumento de asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N° 145)	353
30-08-2011. “N.D.L.G. s. restitución internacional” (Ac. y Sent. N° 154)	358
28-10-2011. “A.H. s. asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N° 193)	367

Doctrina

EFFECTIVIDAD Y PROTECCIÓN JURÍDICA A LA NIÑEZ DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Por Carolina Lapierre de Schmalko¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LEGISLACIÓN EN ATENCIÓN A LOS PUEBLOS ORIGINARIOS. III. DEMANDAS CONTRA EL ESTADO PARAGUAYO POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. IV. DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS ORIGINARIOS. IV. 1 SITUACIÓN ACTUAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS DEL DEPARTAMENTO DE ITAPÚA V. REFLEXIONES FINALES.

“Escuchemos todos las voces de los pueblos indígenas, y actuemos como sus asociados para proteger los derechos de los pueblos indígenas, particularmente de la niñez indígena. Ello no sólo contribuirá a subsanar errores históricos y suprimir injusticias actuales, sino a enriquecernos a todos. Con nuestra ayuda, las niñas y niños indígenas de hoy pueden ser los líderes del mañana” (Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, Noviembre del 2003).

-
1. *Abogada, Alumna Distinguida, egresada de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Sede Regional de Itapúa (Año: 1.996) Estudio de Post-grado: * Notaria, Alumna Distinguida, egresada de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Sede Regional de Itapúa (Año: 2.002). . *Completando el curso de 700 horas cátedras del Curso Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Americana Sede Central Asunción, en etapa de presentación de tesis. *Actualmente Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia. * Coordinadora del Área Niñez y Adolescencia de la U.D.H de la C.S.J (Itapúa). *Encargada de la Cátedra de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Itapúa. *Condecoración: Comisión Nacional del Bicentenario otorgada a los Grandes hacedores del Bicentenario Patrio.

I. INTRODUCCIÓN

La OIT, en el Convenio N° 169, define al pueblo indígena en los siguientes términos: *“Pueblos en países independientes considerados indígenas, por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la Conquista o la Colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica conserve todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”*.

Somos parte de un país que cuenta con un gran potencial humano, que históricamente lo integran las poblaciones indígenas quienes *“...pueden clasificarse en cinco familias lingüísticas: Guaraní, Zamuco, Maskoy, Mataco y Guaycuru. Pertenecen a la familia Guaraní las etnias Mbya, Pai Tavytera, Ava Guarani, Aché, Guaraní Ñandeva y Guaraní Occidentales; los Zamucos están representados por las etnias Ayoreo e Ishir (Ybytosó y Tomárahó), los Mataco por los Vivaclé, Maká y Manjui (Lumnanas); los Maskoy por las Etnias Enlhet (Lengua Norte), Enxet (Lengua Sur), Toba, Toba Makoy, Angaité, Sanapaná y guaná, y los Guaycurú, representados por la Etnia Qom-lik...”*².

Estos increíbles pueblos³, en el año del Bicentenario del Paraguay claman, como hace varias décadas, el respeto por sus derechos, ante una sociedad que sigue excluyéndolos y no reconoce el valor y trascendencia de ser parte de una Nación, donde todos somos iguales e importantes para el futuro del país.

A doscientos años de una patria libre e independiente, la Federación por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas (FAPI), en un pronunciamiento emitido, manifestaron: *“...a pesar de los dos siglos de independencia, la población indígena paraguaya aún sufre flagelos y vejaciones...Cómo podríamos sentirnos invitados a ser partícipes en celebrar el Bicentenario, cuando la sociedad paraguaya y sus autoridades no han reconocido en la práctica nuestra condición*

2. Los indígenas del Paraguay. Edición Actualizada. Pág. 23. José Zardini y Walter Biedermann.

3. Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos en la última actualización realizada en el año 2.008, da una cifra de 108.308 indígenas en el Paraguay. Obra Pueblos Indígenas en el Paraguay. Vecinos y desconocidos, escrita por Bartomeu Meliá, en la Publicación Paraguaya en la Visión de Dos Siglos. Pág. 576.

humana y no asumen responsabilidades ante las violaciones casi irreparables a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, que se expresan cotidianamente en múltiples casos que afectan comunidades y pueblos enteros...⁴.

Por ello, dedicamos este trabajo, a los niños, niñas y adolescentes, quienes son sujetos de derechos, y de protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado⁵.

II. LEGISLACIÓN EN ATENCIÓN A LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

En el ámbito de nuestra legislación, la Carta Magna, ubicado en la cúspide de la pirámide de Kelsen, en su Parte I, en el que trata de las Declaraciones Fundamentales, de los Derechos, de los Deberes y de las Garantías, Título II, Capítulo V, fija su atención en los Pueblos Indígenas y Grupos Étnicos, expresando en el artículo 62: “...*Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo...*”.

En los artículos siguientes, declara la Identidad Étnica⁶, reconociendo y garantizando el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat, asimismo, tienen derecho a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa. Además se ocupa de la Propiedad Comunitaria⁷, donde prohíben la remoción o traslado de los pueblos indígenas de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos, del Derecho a la participación⁸ en la vida económica, social, política y cultural del país de acuerdo a sus usos consuetudinarios. A la

4. ateaysublevada.over-blog.es/article-paraguay-federacion-indigena-se-pronuncia-sobre-bicentenario-

5. Art. 54 Constitución Nacional: La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños, en caso de conflicto tienen carácter prevaleciente.

6. Art. 63 de la Constitución Nacional del Paraguay, 1992.

7. Art. 64, ídem.

8. Art. 65, ídem.

Educación y Asistencia⁹, donde dispone que el Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal; y en lo concerniente a la prestación de servicios sociales, civiles o militares como así también las cargas públicas que establezca la ley, los miembros de los pueblos originarios, se encuentran exonerados¹⁰.

El mismo cuerpo legal, expresa que el Paraguay es un país pluricultural y bilingüe, siendo los idiomas oficiales el castellano y el guaraní. Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación¹¹.

La importancia del idioma Guaraní, fue tenido en cuenta en la XXXVII Cumbre de Presidentes del MERCOSUR, en el año 2009, reconociendo al Guaraní como idioma oficial junto al castellano y al portugués, que con anterioridad el Parlamento del Mercosur (Parlasur), ya había aprobado por unanimidad.

La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural en el año 2001, considera a “...*la cultura como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias*”; como así también expresa que: “...*la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras*”.

Siguiendo los lineamientos del artículo 137¹² de la Constitución Nacional, señalamos algunos Instrumentos Internacionales Aprobados y Ratificados por el Paraguay: Convenio número 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Convenio número 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso, Convenio número 138 de la OIT sobre la Edad mínima de admisión al empleo, Convenio número

9. Art. 66, ídem.

10. Art. 67, ídem.

11. Art. 140, ídem.

12. La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y Convención sobre los Derechos del Niño.

En la prelación citada con anterioridad, ahora nos remitimos a la legislación nacional, en la cual la protección es universal para todos los ciudadanos paraguayos, contemplados en el Código Laboral, Código de la Niñez y la Adolescencia, Código Sanitario, Código Penal y Código Procesal Penal. En materia de Educación existe una legislación específica, la Ley 3231 que crea la Dirección General de Educación Indígena.

III. DEMANDAS CONTRA EL ESTADO PARAGUAYO POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³, visualiza la vulneración de los derechos humanos de los pueblos indígenas, y ha condenado al Paraguay en tres casos sometidos a su consideración:

- **CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAY SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 2005**, la Corte I.D.H por unanimidad, declara en uno de sus puntos “...*el Estado violó el Derecho a la Vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa en los términos de los párrafos 160 a 176 de la presente Sentencia...*”¹⁴.

13. En adelante Corte I.D.H.

14. Punto tercero de la Sentencia.

- **CASO COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY - SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2006**, en el cual responsabiliza al Estado Paraguayo por la muerte de una treintena de personas, entre ellos 18 niños y niñas, de entre 3 días de nacido a 3 años de edad. En el párrafo 226 expresa la Corte I.D.H: “...*la existencia de base suficiente para presumir el sufrimiento padecido por las personas fallecidas, en su mayoría niños y niñas...*”. Las pérdidas de preciosas vidas humanas, podrían haber sido evitadas, tomando medidas de prevención y en su caso, atenciones médicas prontas y efectivas.
- **CASO COMUNIDAD INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAY - SENTENCIA DE 24 DE AGOSTO DE 2010**, la Corte I.D.H, por siete votos contra uno, en la parte resolutive expresó: “...*El Estado violó el derecho a la vida... en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto...*”. Cabe resaltar que más de 15 fallecidos, de los 28, fueron niños y niñas de entre 1 día de nacido, hasta 1 año 5 meses.

Con respecto a las situaciones presentadas, la FAPI, en el manifiesto citado en la introducción del presente trabajo, expresa en cuanto al presente subtema: “...*hay resoluciones de la Corte Interamericana que obligan al Estado a modificar leyes nacionales que efectivizarían los derechos de los pueblos indígenas en el aseguramiento de sus tierras/territorios; todas estas cuestiones siguen sin ninguna respuesta por parte de los tres poderes del Estado Paraguayo...*”.

IV. DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

*Situación actual de las Comunidades Indígenas del Departamento de Itapúa:*¹⁵ En el informe presentado ilustra que existen dos Asociaciones, que nuclean las Comunidades Indígenas de Itapúa, las que son: ACIDI (Asociación de Comunidades Indígenas de Itapúa) y Mba’epu Pora, y a su vez existen

15. Informe proporcionado por la Gobernación de Itapúa, en el presente año, a solicitud de la autora.

comunidades que no se encuentran asociadas a ninguna de ellas, y otras que se encuentran en aislamiento voluntario en la Reserva de San Rafael del Paraná.

COMUNIDADES PERTENECIENTES A LA ACIDI:

1. Makutinga – Distrito de San Rafael del Paraná.

Institución: Escuela Básica N° 6.984 Makutinga, distrito de San Rafael del Paraná.

Cantidad de alumnos: 17.

Cantidad de familias: 14.

2. Comunidad Indígenas Araza Poty – Distrito de Carlos A. López.

Familias: 14 (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra)

No posee institución educativa.

3. Comunidad Indígenas Y aka Marangatu 1 y 2 – Distrito de Carlos A. López.

Institución: Escuela Básica N° 7.581 Yaca Marangatu, distrito de Carlos Antonio López.

Cantidad de alumnos: 23.

Cantidad de familias: 9.

4. Comunidad Indígena Pycasu Ygua – Distrito de San Rafael del Paraná.

Institución: Escuela Básica N° 6.506 Pycasu Ygua, distrito de San Rafael del Paraná.

Cantidad de alumnos: 13.

Cantidad de familias: 7.

5. Comunidad Indígena Kaaguy Poty Loma Clavel – Distrito de Edelira.

Familias: 9 (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra).

Propiedad: 56 Has. Titulada a nombre de la Comunidad.

Esta propiedad cuenta con aproximadamente 20 Has. Mecanizadas y la otra parte la utilizan con chacra

No posee institución educativa.

6. Comunidad Indígena Arroyo Cora – Distrito de Capitán Meza.

Familias: 8 (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra).

Propiedad: 48 Has. Privadas

No posee institución educativa.

7. Comunidad Indígena Paraíso – Distrito de Pirapó.

Institución: Escuela Básica N° 7.578 Paraíso, Distrito de Pirapó.

Cantidad de alumnos: 13.

Cantidad de familias: 10.

8. Comunidad Indígena Ñu Hovy – Distrito de Pirapó.

Familias: 14 (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra).

Propiedad: 225 Has. Privadas.

La propiedad esta en gestión para su adquisición. La propiedad cuenta con aproximadamente con 15 has de chacra para el cultivo de rubros de consumo para el sustento familiar.

No posee institución educativa.

9. Comunidad Indígena Salto Renda – Distrito de Pirapó.

Familias: 5 (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra).

Propiedad: Privada. No se tiene datos de cuantas Has tiene la propiedad.

Las familias que habitan en esta propiedad cultivan sus propios rubros de consumo familiar en pequeñas cantidades de tierra.

No posee institución educativa.

10. Comunidad Indígena Kaatymi Tuna – Distrito de Pirapó.

Institución: Escuela Básica N° 14.968 Kaatymi, distrito de Pirapó.

Cantidad de alumnos: 26.

Cantidad de familias: 10.

11. Comunidad Indígena Tekoha – Guasu Jukeri – Distrito de Tomás Romero Pereira.

Familias: 37 (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra).

Personas: 142.

Niños menores de 14 años: 34 niños.

Niños menores de 5 años: 30 niños.

No posee institución educativa.

12. Comunidad Indígena Tapysavy – Arroyo Claro del Sur – Distrito de Itapúa Poty.

Institución: Escuela Básica N° 7.457 Tapy Savy, Distrito de Itapúa Poty.

Cantidad de alumnos: 103.

Cantidad de familias: 27.

13. Comunidad Indígena Ysapy'y – Distrito de Alto Vera.

En esta comunidad están asentadas tres Tapyi.

Familias:

Ysapy'y cuenta con 10 Familias

Santa Ana cuenta con 13 familias

Guapo'y cuenta con 12 familias (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra)

No posee institución educativa.

14. Comunidad Indígena Arroyo Moroti – Distrito de Alto Vera.

Institución: Escuela Básica S/N, Distrito de Alto Vera.

Cantidad de alumnos: 30.

Cantidad de familias: Arroyo Moroti 1 Cuenta con 21 familias (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra).

Arroyo Moroti 2 (Hyaty) cuenta con 8 familias (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra).

15. Comunidad Indígena Taguato Sauco – Distrito de Alto Vera.

Familias: 10 (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra)

No posee institución educativa.

16. Comunidad Indígena Pindoyu – Distrito de Alto Vera.

Familias: 7 (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra).

No posee institución educativa.

17. Comunidad Indígena Koeju – Distrito de Alto Vera

Familias: 12 (la cantidad de familia varía mucho debido a que constantemente se mudan de una comunidad a otra).

No posee institución educativa.

18. Comunidad Indígena Mboi ka'e – Distrito de Alto Vera.

Institución: Escuela Básica N° 15.407 Mboi Ka e , Distrito de Alto Verá.

Cantidad de alumnos: 63.

Cantidad de familias: 19.

19. Comunidad Indígena Pastoreo – Distrito de Obligado.

Institución: Escuela Básica N° 6.293 Pastoreo, Distrito de Obligado.

Cantidad de alumnos: 19.

Cantidad de familias: 34.

20. Comunidad Indígena Pindo – Distrito de San Cosme y Damián.

Institución: Escuela Básica N° 5.841 Pindo, Distrito de San Cosme y Damian

Cantidad de alumnos: 54.

Cantidad de familias: 34.

21. Comunidad Indígena Guapo'y.

COMUNIDADES PERTENECIENTES A LA ASOCIACIÓN INDÍGENA MBA'EPU PORA:

1. Comunidad Indígena Potrero Guaraní – Distrito de Pirapó.

Institución: Escuela Básica N° 7.579 Potrero Guaraní, Distrito de Pirapó.

Cantidad de alumnos: 35.

Cantidad de familias: 17.

2. Comunidad Indígena Manduviy – Distrito de Pirapó.

Institución: Escuela Básica S/N, Distrito de Pirapo.

Cantidad de alumnos: 27.

Cantidad de familias: 17.

3. Comunidad Indígena Pindoi – Distrito de Alto Vera

Institución: Escuela Básica S/N, Distrito de Alto Vera.

Cantidad de alumnos: 40.

Cantidad de familias: 19.

4. Comunidad Indígena Kambay – Distrito de Jesús

Institución: Escuela Básica N° 7.459 Kambay, distrito de Jesús.

Cantidad de alumnos: 10.

Cantidad de familias: 18.

5. Mberu Pirapoí - Distrito de Alto Verá

6. Local de Mba'epu Pora.

COMUNIDADES INDÍGENAS QUE NO PERTENECEN A NINGUNA ASOCIACIÓN:

1. Comunidad Indígena Maka – Distrito de Encarnación.

Institución: Escuela Básica N° 7.580 Maka, Distrito de Encarnación.

Cantidad de alumnos: 21.

Cantidad de familias: 12.

2. Comunidad Indígena Guavirami – Distrito de Trinidad.

Institución: Escuela Básica N° 7.354 Guavirami, Distrito de Trinidad.

Cantidad de alumnos: 36.

Cantidad de familias: 17.

3. Comunidad Indígena Loma Hovy – Distrito de Obligado

Familias: 7.

No posee institución educativa.

4. Comunidad Indígena Mbokajaty – Distrito de Hohenau.

Familias: 7.

No posee institución educativa.

5. Comunidad Indígena Ysyry Miri – Distrito de Mayor Otaño.

Familias: 13.

Propiedad: 500 Has. Privadas (dentro de una empresa agroganadera).

Se necesita apoyo para la gestión de la regularización de sus tierras.

Estas familias cultivan rubros de consumo familiar.

No posee institución educativa.

COMUNIDADES EN AISLAMIENTO – RESERVA DEL PARQUE SAN RAFAEL – DISTRITO DE ALTO VERA:

1. Arroyo Paloma de Alto Verá

2. Cerro León de Alto Verá

3. Kanguery de Alto Verá

4. Potrero Tuna de Alto Verá

5. Tuna Guazu de Alto Verá

6. Yatyaty Guasu de Alto Verá

7. Cerro Guy de Alto Verá

8. Guapority de Alto Verá

9. Mbya 9.

10. Tinguasu de Alto Verá

11. Tunai de Alto Verá

12. Yatayityi de Alto Verá

Como lo ilustra el informe departamental, la mayoría de las comunidades indígenas de Itapúa, no poseen luz eléctrica, a excepción de las Comunidades de Mboi Caé, Pindó y Maká, éste último además es el único que posee baño moderno, los demás solo cuentan con letrina común.

Asimismo, el agua que utilizan, es de pozo común o agua de naciente; solamente las Comunidades Indígenas Maká y Pindó poseen agua potable.

En cuanto al Derecho a la Educación¹⁶ de los niños, niñas y adolescentes

16. Arts. 20 y 21 del C.N y A. En el presente trabajo, serán utilizadas las siglas C.N y A, como abreviatura del Código de la Niñez y la Adolescencia.

de pueblos originarios, varias comunidades cuentan con instituciones educativas, respetando el artículo 5 inc. b) de la Ley de Educación Indígena, “...una educación escolar específica y diferenciada, potenciando su identidad, respetando su cultura y normas comunitarias...”.

La Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a la educación, en su artículo 28, y en el siguiente expresa la obligación de los Estados Partes en cuanto a la educación del niño a: “..el desarrollo de la personalidad, las aptitudes, y la capacidad mental y física del niño hasta su máximo potencial; b) el desarrollo del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y de los principios consagrados en la carta de las Naciones Unidas; c) el desarrollo del respeto de los padres del niño, de su propia identidad cultural, de su idioma y de sus valores, de los valores nacionales del país en que vive el niño, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de las suyas; d) la preparación del niño para una vida responsable, en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos, y personas de origen indígena; e) el desarrollo del respeto al medio ambiente natural....”.

En la mayoría de las escuelas cuentan con la merienda escolar, en algunos casos leche y galletitas, en otros solo leche, distribuidos por la Gobernación de Itapúa o la Entidad Binacional Yacyretá.

En cuanto al Derecho a la Salud¹⁷, existen comunidades que cuentan con promotores de salud, sector indígena, pero es bien sabido que se trasladan al Hospital Regional de Encarnación para el tratamiento y atención a enfermedades.

También en el citado informe, la Gobernación del Departamento de Itapúa destaca que viene gestionando en forma conjunta con el Instituto Paraguayo del Indígena INDI¹⁸ y los señores parlamentarios de la Cámara de Diputados y Senadores la regularización de las tierras de la Comunidad Indígena “Mandui’y”, del distrito de Pirapó, Itapúa.

17. Art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño. Art. 13 del C.N y A: “...si fuese niño o adolescente perteneciente a un grupo étnico o comunidad indígena, serán respetados los usos y costumbres médicos sanitarios vigentes en su comunidad, toda vez que no constituya peligro a la vida e integridad física y mental de éstos y terceros...”

18. Creación del INDI Ley 904/81, Estatuto de las comunidades indígenas.

Además, menciona el conflicto por el territorio, entre la propietaria de un terreno y pobladores indígenas. Ésta situación que fue judicializada, y se obtuvo una sentencia favorable, en la cual se cierra la posibilidad de desalojo. (Ac. y Sentencia N° 00108 del 27 de julio de 2006).

“...solo el 26% de las comunidades indígenas cuentan con un puesto o centros de salud, esto determina una serie de problemas como una alta mortalidad infantil que alcanza 93,9 por mil.... el alfabetismo llega al 50% de la población de más de 15 años y el 93% de las viviendas indígenas no cuenta con agua potable... Los pueblos indígenas en Paraguay demuestran, cada vez con más fuerza, que siguen teniendo un gran potencial para reorganizarse, y fortalecer su lucha, por la recuperación de sus territorios y derechos...”¹⁹.

REFLEXIONES FINALES

“...Dando qué comer a tu prójimo, verán los de arriba que amas a los del asiento de tus fogones y ellos añadirán días a tu vida para que repetidas veces puedas volver a sembrar...”²⁰.

Este precepto sagrado Mbya, nos transmite la solidaridad, el esfuerzo y la fe, de un pueblo luchador, profundamente histórico y valioso para el Paraguay.

En el año del Bicentenario, varias voces se escucharon, donde el común denominador fue “la unión, la felicidad y el orgullo de ser partícipes de la conmemoración de Independencia Paraguaya”.

Al comenzar el año, el Presidente de la República, Don Fernando Lugo Méndez, expresaba: *“...éste Bicentenario, debe ser la mesa paraguaya, con el pan del reencuentro, que compartiremos sin exclusiones... conmemorar nuestro origen, nuestros pueblos originarios, nuestras ideas originarias, y el pilar histórico de esos dos puntos,... cuya responsabilidad es inevitablemente nuestra, ante la historia...”²¹.*

Voces se alzaban entonando canciones patrias, en castellano y en el dulce idioma guaraní, el himno al Bicentenario, en donde en un párrafo, expresa:

-
19. Marilyn Rehnfeldt, Bicentenario y los Pueblos Indígenas; una historia de opresión y exclusión, contenido en la obra, Paraguay en la Visión de Dos Siglos. Pág. 591-593.
 20. Libro Los indígenas del Paraguay, José Zardini y Walter Biedermann. Pág. 304.
 21. Paraguay en la Visión de dos Siglos. Mensaje al Pueblo Paraguayo. Pág. 9.

“niños y ancianos se abrazan, jóvenes cantan por la libertad, Dios tenga en su santa gloria a los que lucharon por nuestra heredad...”²².

Los pueblos originarios fueron partícipes de la fiesta patria haciendo escuchar sus necesidades que por derecho les corresponde, pero también desfilaron por las calles con sus vestimentas tradicionales en tejidos teñidos con tintes naturales y plumas de aves, adhiriéndose a los festejos, como bien pudimos compartir en la ciudad de Encarnación, en el desfile en honor a la Patria.

Este año fue propicio para la realización de varios encuentros culturales²³, deportivos²⁴ y de reflexión, en donde podemos destacar el Aty Ñomongetara de niños, niñas y adolescentes de pueblos originarios²⁵, realizado en el mes de noviembre²⁶, y el Aty Guazú, donde las familias de pueblos originarios han sido partícipes, y los niños han hecho efectivo su derecho a la cultura,²⁷ a la recreación,²⁸ al deporte²⁹ y al derecho de petición³⁰.

Si bien en Encarnación reside solo la comunidad Maka³¹, relocalizados por la Entidad Binacional Yacyretá, al Municipio³² preocupa el peligro al que se exponen los adolescentes indígenas en situación de vulnerabilidad en las calles, provenientes de otras comunidades³³, donde la droga, los vicios, las sustancias

-
22. Letra y música Jorge Castro. www.musicadelparaguay.com/2011/05/himno-bicentenario-paraguay-letra.
 23. Participación de los pueblos originarios en los eventos organizados por la Comisión Nacional del Bicentenario, demostrando sus danzas y cantos tradicionales, además de la Primera Expo Feria de Artesanía Indígena denominada “Manos de mi Tierra”, realizada desde el 26 de octubre al 2 de noviembre en la Plaza de la Democracia.
 24. “Juegos Tradicionales Indígenas”, organizado por la Dirección Escolar de Educación Indígena del MEC con el apoyo de la Secretaría Nacional de Deportes, Itaipú Binacional, Federación Paraguaya de Arquería y UNICEF, llevado a cabo en la ciudad de Asunción el 9 de junio de 2.011 en el polideportivo de la SND.
 25. Encuentro Nacional de niños, niñas y adolescentes de pueblos originarios.
 26. 5, 6 y 7 de noviembre de 2011 en la ciudad de San Lorenzo.
 27. Art. 30 y 31 de la Convención de los Derechos del niño. Art. 24 C.N y A
 28. Art. 31 Convención de los Derechos del Niño.
 29. Art. 24 del C.N y A.
 30. Art. 26 C.N y A.
 31. Asentamiento en el Barrio Ita Paso, con un total de 10 familias, totalizando 49 personas.
 32. Un poblador de la comunidad es funcionario de la Municipalidad de Encarnación, además de incluir en el presupuesto Municipal aportes para proyectos productivos de elaboración de sus artesanías (pulseras de hilo, vinchas, fajas, carteras, flechas, mochilas).
 33. 7 adolescentes, con problemas de adicción (entrevista realizada a la Lic. Angela Sales).

peligrosas³⁴, la venta o la trata de niños³⁵ y todas las formas de explotación³⁶ y abusos sexuales³⁷, interfieren gravemente en el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, siendo la obligación del Paraguay como Estado Parte de la Convención de los Derechos del Niño, tomar las medidas apropiadas para protegerlos contra estos peligros y violación de los derechos humanos³⁸.

El municipio es parte del Sistema Nacional de Protección y Promoción de los Derechos de la Niñez y Adolescencia³⁹, cuenta con su Consejo Municipal y Consejería Municipal por los derechos del niño, niña y adolescente (CODENI), llevando adelante un modelo de atención a la niñez, denominada Red Encarnación Solidaria⁴⁰.

Para colaborar con el bienestar de la niñez de pueblos originarios, que se alejan de sus comunidades y apelligran la pérdida de su cultura, en donde en vez de priorizar el derecho a la educación, vida y dignidad, se encuentran aquejados por el dolor del triste escenario en las calles, la Municipalidad de Encarnación a través de su Consejería Municipal, trabajan coordinadamente con la Dirección de Asuntos Indígenas de la Gobernación de Itapúa, y en el corriente año ha convocado a reuniones interinstitucionales⁴¹, donde la especial participación de la Dirección de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia de Pueblos Originarios⁴² indica la necesidad de que se plantee desde la Gobernación programas a través de su oficina de Asuntos Indígenas, en coordinación con las distintas CODENIs, pero principalmente en consulta y trabajo conjunto con los líderes de las comunidades de donde provienen los adolescente para así reinser-tarlos a su familia.

34. Art. 16 C.N y A.

35. Art. 35 Convención de los Derechos del Niño.

36. Convenio Num. 138 de la OIT, que plantea la eliminación definitiva del trabajo infantil.

37. Arts. 34 y 36 Convención de los Derechos del Niño. Art. 25 y 31 C.N y A.

38. Art. 33, ídem.

39. Tema desarrollado en la monografía titulada: Sistema de Protección y Atención a la Niñez., presentada por la autora, en el VII Congreso Internacional de la Asociación MERCOSUR de Magistrados de la Infancia y Juventud. 5, 6 y 7 de octubre de 2.011, Asunción, Paraguay.

40. Eje desarrollado por la autora en la monografía: Análisis de la aplicación de las medidas de protección y Apoyo, y su Efectivización a través de programas de atención directa y de promoción integral de los derechos del niño, niña y adolescente, publicada en la Obra El Interés Superior del Niño (Tomo II) Año 2011.

41. Las reuniones se realizaron en fecha 14 de setiembre y 02 de noviembre de 2011.

42. La Dirección de la mencionada institución dependiente de la S.N.N.A, se encuentra actualmente a cargo de la Lic. Angela Sales.

En las reuniones citadas se visualizó la importancia de convocar a un espacio amplio y abierto de participación de los representantes de las diferentes comunidades indígenas para el diseño de políticas e instituciones que respondan a su cultura y a las necesidades de los pueblos originarios de Itapúa⁴³, a fin de elaborar en forma conjunta el diagnóstico de la situación de niños en situación de calle, y las posibles medidas a ser utilizadas, teniendo en consideración el Interés Superior de la Niñez Indígena, que *no puede desatenderse o vulnerarse en favor del interés superior del grupo*⁴⁴.

También la citada Dirección de atención a la niñez indígena fomentará la participación de los niños en los diferentes Consejos de Niñez y Adolescencia (Nacional, Departamental y Municipal), que hasta ahora no lo integran, como así también los niños no se encuentran representados por ninguna organización o asociación.

El derecho a la identidad⁴⁵, debe hacerse efectivo, y remover los obstáculos accediendo a las comunidades para las inscripciones respectivas, que otorguen al niño nombre y nacionalidad.

Se han analizado los puntos de la Agenda Continental de la Niñez Indígena, que giran alrededor de cuatro ejes: “...*territorio, identidad y cultura; salud y nutrición; educación; y protección social...*”⁴⁶, sumado a la **efectividad y protección jurídica**⁴⁷.

Las niñas, niños y adolescentes indígenas, son personas en condición de vulnerabilidad, encontrándose definida esta situación en las 100 Reglas de Brasilia como “...*son aquellas que por razón de su edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico...*”⁴⁸.

43. Aty Guasu de Líderes.

44. Comité de los Derechos del Niño Observación General N° 11 (12 De Febrero De 2009) Los Niños Indígenas y sus Derechos en virtud de la Convención.

45. Art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño y Art. 18 C. N y A.

46. Trabajo Infantil y Niñez Indígena en América Latina. Encuentro Latinoamericano trabajo infantil, pueblos indígenas y gobierno, de la Declaración de la Acción. Pedro García Hierro. Pág. 129

47. Opinión de la autora.

48. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Capítulo 1. Sección 2ª Beneficiarios de las Reglas. 1. Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad (3).

Estas disposiciones, aprobadas por la Acordada 633/2010, de la Excma. Corte Suprema de Justicia de Paraguay, crea los mecanismos para lograr garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas sin discriminación alguna, impulsándose mecanismos con el objetivo de lograr la pretendida igualdad.

En el marco de esta finalidad, el Poder Judicial implementa el Programa de Facilitadores, incluyendo al sector indígena⁴⁹ en la función de crear un puente de comunicación entre operadores de justicia y su comunidad⁵⁰.

Así, se cumplen pautas, para ir superando las barreras en el acceso y efectividad de los derechos de los pueblos originarios, pues ellos *se enfrentan a la discriminación en todos los niveles de la sociedad; por esa razón es fundamental formar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sobre los derechos de los niños y sensibilizarlos sobre las prácticas discriminatorias en un medio intercultural. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, deben tener especialmente en cuenta las necesidades de las niñas indígenas en contacto con el sistema de justicia de menores*⁵¹.

También en el punto acceso efectivo a la justicia para la defensa de los derechos, es importante resaltar que la asistencia técnico jurídica, de calidad, especializada y gratuita, con participación de equipo interdisciplinario e intérpretes, y la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos, basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de Derechos Humanos, son ejes fundamentales contenidos en las Reglas de Brasilia.

En el entendimiento de que la educación genera un bienestar social y personal, destacando a un itapuense⁵², quien es el primer arquitecto indígena del Paraguay⁵³, siendo éste esfuerzo, digno de ser considerado espejo de la sociedad para el progreso de nuestro país.

El Papa⁵⁴ Juan Pablo II, dirigiéndose a los pobladores indígenas paraguayos, resaltó la igualdad entre los hombres “...creados a imagen y semejanza de

49. www.pj.gov.py/noticia

50. www.pj.gov.py/facilitadores_judiciales

51. Los Pueblos indígenas y sus derechos. Rodolfo Stravenhagen. Pág. 82

52. Gerónimo Ayala Benítez, Mbya Guaraní de la localidad de San Cosme y Damián.

53. www.uci.edu.py Tema de tesis: □“Wienda para los Guaraníes”.

*Dios...iguales en dignidad, sin distinción de raza, lengua o nación...*⁵⁵, les instó a que ante las situaciones de sus comunidades de pobreza, enfermedad e incluso olvido social, *de nada serviría que os abandonaseis al desánimo*⁵⁶, debiendo seguir adelante con verdadera entrega y generosidad, e *impregnando cada vez más los auténticos valores tradicionales*⁵⁷, en el deseo de que los poblaciones indígenas, sean *gestores del desarrollo*⁵⁸ del pueblo, pidiendo respeto a su cultura, y a las decisiones libres; que la promoción a nivel económico y humano favorezca su propio progreso, mediante una *educación que sepa conjugar e integrar vuestros valores tradicionales con los adelantos del mundo de hoy*⁵⁹.

Para culminar, y en el mismo sentimiento de respeto, admiración y amor a los pueblos originarios, que transmitiere el Santo Padre, en su visita a Paraguay, comparto lo expresado por él: *“...Les amo de todo corazón, queridos hermanos. Conozco sus fatigas; siento sus quebrantos; estoy con ustedes. Dios les quiere; Él les bendiga, les dé fuerzas. Únanse para que puedan vivir mejor. Ámense los unos a los otros, como Jesucristo lo quiere...”*, mandamiento de amor, expresado en guaraní *“Pejoayhuke Ñandejara Jesucristo oipotaháicha”*.

BIBLIOGRAFÍA

- ZANARDINI, José – BIEDERMANN, Walter; Los indígenas del Paraguay. Edición Actualizada.
- Comisión Nacional de Celebración del Bicentenario de la Independencia del Paraguay; Paraguay en la Visión de Dos Siglos (1811-2011).
- GARCÍA HIERRO, Pedro; Trabajo Infantil y Niñez Indígena en América Latina.
- STRAVENHAGEN, Rodolfo; Los Pueblos indígenas y sus derechos.

54. Actualmente Beato Juan Pablo II.

55. Encuentro del Papa Juan Pablo II con los indios en la Misión de Santa Teresita, Mariscal Estigarribia, Martes 17 de mayo 1988. www.vatican.va

56. Ídem.

57. Ídem.

58. Ídem.

59. Ídem.

LEYES Y CONVENIOS:

- Constitución Nacional del año 1992.
- Ley N° 1680/01 Código de la Niñez y la Adolescencia.
- Código Penal.
- Código Procesal Penal.
- Código Laboral.
- Ley 3231, que crea la Dirección General de Educación Indígena.
- Ley 904/81, Estatuto de las Comunidades Indígenas.
- Convenio número 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.
- Convenio numero 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso.
- Convenio número 138 de la OIT sobre la Edad mínima de admisión al empleo.
- Convenio numero 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos,.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

FUENTE

- ateaysublevada.over-blog.es/article-paraguay-federacion-indigena-se-pro-nuncia-sobre-bicentenario-
- www.pj.gov.py/noticia
- www.pj.gov.py/facilitadores_judiciales
- www.uci.edu.py
- www2.ohchr.org/
- [www.musicadelparaguay.com/2011/05/himno-bicentenario-paraguay-letra.](http://www.musicadelparaguay.com/2011/05/himno-bicentenario-paraguay-letra)

PRESENTACIONES

- Análisis de la aplicación de las medidas de protección y Apoyo, y su Efectivización a través de programas de atención directa y de promoción integral de los derechos del niño, niña y adolescente, publicada en la Obra El Interés Superior del Niño (Tomo II) Año. 2011.
- Sistema de Protección y Atención a la Niñez., presentada por la autora, en el VII Congreso Internacional de la Asociación MERCOSUR de Magistrados de la Infancia y Juventud.

**EL DERECHO PROCESAL CIVIL PARAGUAYO. UNA MIRADA
RETROSPECTIVA, DESCRIPCIÓN ACTUAL Y EL ANHELO DE
HUMANIZACIÓN DEL PROCESO**

Juan Martín Palacios Fantilli *

SUMARIO: 1) LA RAZÓN DE ESTE TRABAJO; 2) ANTECEDENTES EN EL PARAGUAY; 3) INFLUENCIAS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PROCESAL; 4) DEL PROCEDIMENTALISMO AL PROCESALISMO; 5) EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL GENERAL; 6) MIRADA AL FUTURO: LA HUMANIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL; 7) CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

1) La razón de este trabajo.

En coincidencia con la conmemoración de los 200 años de vida independiente de la República del Paraguay, no siendo un hecho aislado y no pudiendo estar ajenos a esta realidad histórica, este acontecimiento trascendental nos hace pensar en la idea de libertad, vinculada a la de dignidad e independencia, no sólo atendiendo al devenir histórico de nuestra República, que si bien es algo

* Abogado y Escribano (UNA). Relator de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Ex Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Civil (UCA) y en ejercicio en la Univ. Columbia del Paraguay. Ex Profesor de la Cátedra de Métodos de Resolución de Conflictos (Univ. Americana). Mediador del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara y Bolsa de Comercio del Paraguay. Maestrando de la Maestría de Derecho Privado de la Univ. Nac. de Rosario. Realizó Cursos de Postgrado en Didáctica Universitaria y Derecho Procesal Civil. Coautor de la obra Manual de Mediación, publicado por el CIEJ. Ha publicado trabajos en revistas jurídicas especializadas. Ha presentado ponencias y dictado cursos en temas relacionados al Derecho Procesal Civil y a los Métodos de Resolución de Conflictos.

significativo y nos demuestra todo lo que se tuvo que transitar para llegar al estado actual de cosas, deseo poner de relieve la *dependencia normativa*, que casi siempre caracterizó al sistema legislativo paraguayo, incorporando normas foráneas a nuestro ordenamiento jurídico y la lucha por lograr la tan anhelada *independencia legislativa*, con la consecuente *liberación cultural*, clamando por que nuestra soberanía jurídica se destaque, respondiendo a nuestra realidad. En este contexto, consideré oportuno y necesario realizar un estudio referente a la evolución del derecho procesal civil paraguayo, destacando los diversos instrumentos normativos que han regido en nuestra República, así como resaltando a los máximos exponentes en esta rama de las ciencias jurídicas, la descripción de las características del proceso civil paraguayo, el intento de reforma con la presentación de diversos proyectos a lo largo de nuestra historia y, en especial, los aspectos fundamentales del Proyecto de Código Procesal General, con el que podemos estar en desacuerdo en muchos aspectos, pero lo significativo y trascendental del mismo, es que sentó las bases para generar un debate con relación a la necesidad imperiosa de reforma en esta rama, tan importante de las ciencias jurídicas. De igual forma, se exponen las modernas prácticas y herramientas vigentes en el proceso civil, las cuales pretenden dar una mayor celeridad al proceso, acceso a justicia para todos, todo ello a un menor costo. Lo más importante constituye que aún queda mucho por realizar, por las falencias del sistema, en especial en el campo de la administración de justicia y en el orden normativo.

2) Antecedentes en el Paraguay

Una vez concluida la Guerra del Paraguay, acaecida en fecha 1 de marzo de 1870, se juró la nueva Constitución o Carta Política, de doctrina liberal individualista el 25 de noviembre de 1870.

Como antecedente más remoto de primer Código de Procedimientos regido para la República del Paraguay, encontramos la ley de fecha 24 de agosto de 1871, por la cual se dispuso que *desde el 1 de enero de 1872 quedarán en vigencia en toda la República, los Códigos Civil y Comercial del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, Penal del Dr. Carlos Tejedor y el de Procedimiento del Dr. José Rodríguez.*

Como consecuencia del trabajo realizado por una comisión encargada de elaborar un proyecto de Código de Organización Judicial y un Código de Procedimientos, el 14 de agosto de 1876 se promulgó el *Código de Procedimientos Judiciales*, bajo la presidencia de Juan Bautista Gill, teniendo como guía el “*Estatuto Provisorio de Administración de Justicia*” del año 1842, elaborado por los cónsules Carlos Antonio López y Mariano Roque Alonso, y en base, principalmente, al proyecto presentado en la República Argentina por José L. Domínguez, a pesar de los intentos de no incorporar a nuestro ordenamiento jurídico normas foráneas, tal como lo refería el veto del Poder Ejecutivo emitido en fecha 28 de agosto de 1871. Este Código, que en su primera parte contaba con la *Ley Orgánica de Tribunales* (Arts. 1 al 99), abarcaba desde el Art. 100 hasta el Art. 500 normas procedimentales, fue proyectado por la Comisión especial conformada por el Dr. José Falcón, a la sazón Presidente del Superior Tribunal de Justicia, Dres. José D. León, Carlos Loizaga, Benjamín Aceval, José González Granado, José del Rosario Miranda y José Segundo Decoud.

Con posterioridad, atendiendo a la autonomía legislativa que se dio en la Argentina a las normas en materia de Organización Judicial, al separarse de las de Procedimientos, esta tendencia tuvo una rápida repercusión en el Paraguay, quedando sancionadas, en consecuencia, dos leyes en el año 1883, con vigencia a partir del 1 de enero de 1884: una que se denominó *Ley Orgánica de los Tribunales*, el 21 de noviembre; y la otra, el *Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial*, con aplicación a las causas mercantiles mientras no se dictara una ley especial de enjuiciamiento, siendo una copia no confesada del Código sancionado en 1880 para la Provincia de Buenos Aires, al decir de Soler⁶⁰ y de Rolón⁶¹, quien detalla aún más, al referirse a este Código como una copia literal del de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires del año 1880, que a su vez fue tomada de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 1855, comentada por Caravantes y, que según Alcalá Zamora y Castillo “*nació vieja*”. Acerca del mérito de esta ley, señalaba Jofré, que la Provincia de Buenos Aires

60. SOLER, Juan José; *Introducción al Derecho Paraguayo*, Edic. Cultura Hispánica, Madrid, 1954, pág. 287.

61. ROLÓN, Francisco; *Lecciones de Derecho Procesal*, Imprenta Nacional, Asunción, 1939, pág. 54.

había adoptado esta legislación, al tiempo que España la abandonaba, por atrasada y mala, pues la misma tenía su antecedente en la Partida III del “*Libro o Fuero de las Leyes*”, que regulaba el procedimiento español feudal.

El *Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial* rigió en la República del Paraguay con ciertas modificaciones, que no afectaron a sus normas fundamentales, hasta la entrada en vigencia de nuestro actual Código Procesal Civil (Ley N° 1337/88). Ha pretendido el Paraguay en la larga vigencia del vetusto Código de Procedimientos de 1883, contar con sus propias normas, introduciendo reformas legislativas, fue así que bajo la presidencia de Egusquiza se dispuso por ley del 16 de julio de 1895 conformar una comisión integrada por Pedro V. Caballero y Nicolás González, con el objeto de reformar la Ley Orgánica de los Tribunales y la de Procedimientos. Dicha comisión presentó en julio de 1896 un proyecto de ley orgánica, aprobado el 28 de setiembre de 1898, la cual no tuvo repercusión en materia procesal.

Fueron presentados proyectos de leyes en materia procesal civil, entre los que se pueden mencionar el de Emeterio González y José Emilio Pérez (1906) y el de Carlos Luis Isasi (1927). Con relación al proyecto del Dr. Isasi, quien fuera Ministro de Justicia del Dr. Eligio Ayala, Rolón nos indica que el sacrificio del mismo tiene el mérito principalísimo de haber sacado la reforma de dicha ley, del terreno de las promesas oficiales y de haber provocado el estudio de ella en el Congreso, entre los que se encuentran más habilitados acerca de su contenido.

Debe ser citado como un paso trascendental para la elaboración de instrumentos normativos y reformas legislativas en todas las áreas, la constitución por Decreto-Ley N° 200 del 2 de julio de 1959 de la Comisión Nacional de Codificación. Asimismo, por Ley N° 604 del 25 de julio de 1960 se dispuso la creación de la Comisión Nacional Codificación, la cual presentó al Poder Ejecutivo un Proyecto de Código Procesal Civil el 4 de julio de 1973, tomando como base el Anteproyecto elaborado por el Dr. Juan Carlos Mendonça, el cual una vez derivado a la Cámara de Diputados no llegó a ser considerado nunca por ésta. La Comisión, presidida por el Dr. J. Eulogio Estigarribia, mencionaba en la Exposición de Motivos del citado proyecto que *la necesidad de la reforma en esta materia no puede, por tanto, ponerse en duda, así como la necesidad de que el Paraguay cuente con una legislación de factura nacional, ajustada a la indepen-*

*dencia de la acción normativa y atenta a las peculiaridades de la sociedad que ha de ser destinataria*⁶².

Un nuevo Anteproyecto de Código Procesal Civil fue presentado el 13 de diciembre de 1986, por la Comisión Nacional de Codificación presidida por el Dr. Luis Martínez Miltos, teniendo en consideración las modernas corrientes del Derecho Procesal y los resultados de la experiencia judicial en nuestro país, pretendiendo sustituir al viejo código, en muchos aspectos ya anacrónico, por un moderno cuerpo de leyes. Este Anteproyecto fue presentado, tomando como base el anterior proyecto de Código Procesal Civil (1973), con numerosas modificaciones, entre las que se destacan la supresión del juicio sucesorio notarial, del recurso de casación y los procedimientos de interdicción, de adopción y de naturalización⁶³. Las fuentes principales del mismo son el Anteproyecto de Código Procesal Civil de la Nación Argentina, los de Córdoba y Santa Fe y el Proyecto de Código Procesal Civil de Couture, presentado en la República Oriental del Uruguay.

Este Anteproyecto se encontraba dividido en Libros, Títulos, Capítulos y en Secciones, comprendiendo 6 libros, el primero referente a las Disposiciones Generales; el segundo titulado: Del Proceso de Conocimiento Ordinario; el tercero bajo el nombre Del Proceso de Ejecución; el cuarto dedicado a los Juicios y Procedimientos Especiales; el quinto a la Justicia de Primera Instancia para asuntos de menor cuantía; y, por último, el sexto con la denominación de Proceso Arbitral. Fue presentado por la Comisión Nacional de Codificación con la convicción de contribuir útilmente al mejoramiento de la justicia, abreviando los procesos y amparado en la buena fe de los juicios.

Finalmente, el Código Procesal Civil fue aprobado en lo sustancial en base al anteproyecto citado, con ciertas modificaciones, siendo sancionado por el Congreso por Ley N° 1337 del 20 de octubre de 1988 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 4 de noviembre de 1988, entrando en vigencia al año de su promulgación (Art. 837, CPC).

62. *Proyecto de Código Procesal Civil y Exposición de Motivos*. Comisión Nacional de Codificación, Asunción, 1973, pág. 16 y ss.

63. *Anteproyecto de Código Procesal Civil*, Edit. El Foro, 1987, pág. 3 y ss.

3) Influencias fundamentales en el Derecho Procesal

El estudio del Derecho Procesal tuvo su arranque con la escuela alemana, al convertir a la acción en el eje de sus investigaciones, erigiéndose los germanos en los pioneros en esta materia, pudiendo mencionar como sus máximos representantes a **Bülow**, sucedido por **Windscheid**, quien nos enseñó que la acción era un fenómeno mucho más complejo que el que nos ofrecía la doctrina que estaba en boga en aquel entonces; **Kohler** se destacó con su ilustración sobre la *relación procesal*; **Stein** nos transmitió el valor del *conocimiento privado del juez*; y **Wach** quien nos enseñó, en la obra *Handbuch*, los cimientos sobre los cuales posteriormente se asentaría el moderno derecho procesal. De esta misma escuela surgió y se destacó como gran exponente por sus estudios procesales, **Goldschmidt**, quien se trasladó al Río de la Plata, huyendo del nazismo, donde lució con sus obras y enseñanzas.

Los principios fundamentales surgidos con la Revolución Francesa, plasmados en el *Código de Procedimiento Civil*, que rigió desde el 1º de enero de 1807 en Francia, ejercieron gran influencia en la organización procesal de las naciones europeas, tales como: la separación de los poderes, independencia de la autoridad judicial, organización de funcionarios pagados por el Estado, emanación de la justicia exclusivamente del poder soberano de la nación, prohibición de jurisdicciones privilegiadas y de tribunales extraordinarios⁶⁴.

Atendiendo a su trascendencia y a la mayor influencia desde el punto de vista del análisis normativo, los estudios de Derecho Procesal llevados a cabo por **Vicente y Caravantes**, cuya obra⁶⁵ realiza un estudio pormenorizado de la ley española de 1855, en la cual nos demuestra una perfecta graduación de criterios científicos y un conocimiento de autores contemporáneos suyos.

La escuela italiana, que tiene como punto de arranque el 3 de febrero de 1903, con la obra del maestro de Bolonia **Chiovenda**, quien la funda y resulta determinante para la verdadera independencia del derecho procesal, asentado sobre los institutos de la *acción*, en el sistema de los derechos; la *jurisdicción*,

64. CHIOVENDA, José; *Principios de Derecho Procesal Civil*, 1ra. Ed., Madrid, Edit. Reus, 1922, Tomo I, pág. 13.

65. *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1856.

como fenómeno de sustitución; y de *proceso*, como relación jurídica. Con Chiovenda, la ciencia del derecho procesal surge con caracteres propios, hasta el punto de darle la jerarquía de escuela, en especial, con la independencia que adquiere la acción del derecho material. El panorama general de la ciencia del proceso se desarrolla, primero en sus *Ensayos*, a la cual le sucede sus *Principios*, obra orgánica, para luego dar lugar a sus *Instituciones*, exponiéndonos las nociones básicas de acción, jurisdicción, proceso, sentencia, cosa juzgada y preclusión.

La obra descriptiva y minuciosa de **Carnelutti**, quien nos enseñó los rasgos característicos de la pretensión, su concepción especial de la acción, en sus *Lecciones* (7 volúmenes); para continuar con su *Sistema*, el autor no se resigna y persiste sus investigaciones en el campo del Derecho Procesal con las *Instituciones* del nuevo proceso civil italiano. No se puede dejar de mencionar su incursión en la investigación del Derecho Procesal Penal y su enseñanza de que el derecho no solo es ciencia, sino también es arte, en su obra "*El Arte del Derecho*".

Pero quien se erige en el verdadero continuador de las obras del maestro es **Calamandrei**, a quien desde su Florencia nadie supera, no sólo en respeto y cariño, sino en ortodoxia chiovendana, no conformándose con aceptar su doctrina en todos sus aspectos, la amplía en todas sus directrices, teniendo con él una dimensión más sólida aún. Su pluma nos ha regalado *La cassazione Civile*, que constituye el mejor material de información sobre los recursos en general, a través de la historia del proceso, se abordan de igual forma la sentencia, el proceso y la jurisdicción con el mayor rigor científico. Con su obra *Providencias Cautelares* continua su labor monográfica, para consagrarse con sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, publicada en 1941, que puede considerarse como una de las más selectas de la literatura procesal de su tiempo, no sólo por el desarrollo particular del tema, sino por la sistemática de conceptos generales del proceso en la misma ciencia, teniendo, para los más nostálgicos, plena vigencia en muchos de los temas abordados. No pueden dejar de mencionarse sus obras vinculadas al campo del Derecho, "*Demasiados Abogados*" y "*Elogio de los jueces escrito por un Abogado*", escritas desde la óptica de un apasionado por las ciencias jurídicas, siendo frutos de su inquietud profesional, erigiéndose la segunda de ellas en una poesía jurídica.

Carnelutti, Calamandrei y Redenti, tres grandes cultivadores de la ciencia procesal, tuvieron la intervención más acusada en la elaboración del

Proyecto de Código Procesal Civil italiano, que entró en vigor el 21 de abril de 1942, dejando cada uno de ellos las huellas profundas de su personalidad, destacándose la de Calamandrei en la Exposición de Motivos⁶⁶.

Fruto de la Escuela Italiana surgió la *Rivista di diritto processuale civile*, fundada por Chiovenda (Director), Carnelutti (Co-Director) y como redactor jefe el ilustre Calamandrei, en 1924, siendo esta revista la expresión más genuina de la ciencia de derecho procesal italiana.

La doctrina italiana repercutió enormemente en el Río de la Plata, teniendo en la Argentina su punto de arranque con **Tomás Jofré**, quien se erige en el descubridor del nuevo panorama científico, dándole el impulso que requería. Al decir de Podetti⁶⁷: “*Jofré señaló a nuestros abogados y maestros de Derecho que, en materia procesal había algo más que Gómez de la Serna y que Febrero, que Manresa y que Caravantes, y aun que Glasson y que Bonnier. Les descubrió la existencia de los procesalistas italianos con el gran maestro Chiovenda*”. A Jofré, le continúa **Máximo Castro**, quien se constituye en un puente entre el viejo procedimiento, contra el cual Jofré inició la lucha, y el moderno derecho procesal que con Alsina alcanzara expresión definida⁶⁸.

Otro que ha sabido recoger la ciencia del derecho procesal gestada en Europa y desarrollada en nuestras latitudes, pero al otro lado del Río de la Plata, en su margen oriental, es el gran maestro uruguayo **Eduardo J. Couture**, quien con sus **Fundamentos** nos expone todo lo que debería contener un Tratado, la exposición de la doctrina general de las instituciones, la teoría del proceso, la prueba en general y los recursos. Esta obra tiene la particularidad de ser eminentemente doctrinal, recogiendo la evolución científica de cada institución, influenciado especialmente por los autores alemanes e italianos, con el uso de construcciones francesas. A sus Fundamentos prosiguen sus **Estudios**, que constituye un Tratado en la materia, resaltando en especial los principios, las normas y garantías constitucionales que rigen en el proceso. La obra que mayor impacto ha tenido en el campo práctico de aplicación del derecho y de ejercicio

66. SENTÍS MELENDO, Santiago; *La Ciencia Procesal Argentina. Manifestaciones actuales*, en Revista de Derecho Procesal, Año I N° I, 1943, pág. 33.

67. PODETTI, J. Ramiro; *El fundador del Derecho Procesal Argentino, Doctor Tomás Jofré*, Mendoza, 1937, pág. 5.

68. SENTÍS MELENDO, Santiago, *ob. cit.*, pág. 35.

ético de la profesión, asentados en principios sólidos que deben caracterizar al profesional del derecho la constituye **Los Mandamientos del Abogado**, material sin desperdicio alguno, indispensable en la biblioteca de todo abogado. Otro legado del maestro uruguayo es **El Mundo y la Comarca**, que es un relato de anécdotas de sus viajes y los impactos provocados en él de los diversos sitios que tuvo el honor de conocer, siendo privilegiados todos aquellos que participaron de sus brillantes conferencias. En dicha obra el autor no deja jamás de poner los pies sobre la tierra, desde su Uruguay querida.

Alsina tiene como principal virtud la de constituirse en el gran receptor de la ciencia procesal europea y desarrollarla, en base a sus principios, en un Tratado general en el que la materia de derecho fue el viejo derecho procedimental, de arcaica estructura y concepción, congeniado en la capa de la amplia red jurisprudencial que hasta opaca a la misma legislación. Su obra constituye la continuación de la labor ya iniciada por Jofré, en el afán de erigir al derecho procesal en ciencia y rama autónoma del derecho.

Podetti se destaca con su **Teoría y técnica del Proceso Civil**, obra que al decir de Sentis Melendo “representa la concordancia de los antiguos Procedimientos y el nuevo Derecho Procesal, la armonía de los viejos prácticos y los creadores de las modernas teorías del proceso; la fusión de la ciencia europea con las corrientes de los países nuevos; la coexistencia del culto al histórico derecho español y el amor a las creaciones jurídicas de la tierra propia”⁶⁹. Podetti realiza una descripción del proceso antiguo y el proceso moderno, expone las nociones generales y los principios procesales, los elementos del proceso, destacándose en él un desarrollo procesal absolutamente peculiar.

Lino Enrique Palacio, otro maestro del derecho procesal, nos ha dejado un legado insuperable con su **Manual de Derecho Procesal Civil**, reeditado más de veinte veces, así como su **Tratado**. Permanecerá siempre en la memoria de los profesionales del derecho como un jurista brillante y como un hombre de extrema simpleza y bondad. Al decir de Augusto Morello: “*Las obras de Palacio tienen la calidad de los textos clásicos*”.

69. Jur. Arg., Diario N° 1459, correspondiente al 15 de octubre de 1942.

4) Del procedimentalismo al procesalismo

Mucho ha tenido que transcurrir para que el Derecho Procesal adquiriera esta denominación, que por un largo periodo de tiempo tuvo el nombre de procedimiento, y en las Facultades de Derecho, por lo general, la materia llevaba el nombre de Procedimientos Judiciales, a cuyos cultivadores no se los llamaba de una forma en particular, como así ocurría con los referentes de otras ramas del Derecho, como por ejemplo, con el Derecho Romano (Romanistas), Derecho Civil (Civilistas), Derecho Penal (Penalistas), Derecho Internacional (Internacionalistas), Derecho Mercantil (Mercantilistas). De igual forma, la denominación en los cuerpos normativos era la de *Ley de Enjuiciamiento Civil*, en España, y en el Paraguay, como ya fue mencionado, estuvo vigente, por un poco más de una centuria, el *Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial*.

Este fenómeno que repercutió en España y en América, siguió la orientación de Italia, país en el que se utilizó el vocablo *Procedura*, y de Francia, con la locución *Procédure*.

Capitant da al vocablo procedimiento dos significados: uno *amplio*, definible como la rama del Derecho que sirve para determinar las reglas de organización judiciales, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, lo que constituye el contenido del Derecho Procesal y de los códigos procesales; y otro *estricto*, o conjunto de actos cumplidos para lograr una solución judicial. Garrone diferencia los términos *proceso* y *procedimiento*: El *proceso* representa el conjunto de actos que son necesarios, en cada caso, para obtener la creación de una norma individual. El *procedimiento*, en cambio, constituye cada una de las fases o etapas que el proceso puede comprender. Así, al procedimiento de Primera Instancia puede seguir, en caso de apelación, un procedimiento de Segunda Instancia, en cuyo caso el proceso se integra con dos procedimientos; o, por el contrario, el proceso puede comprender menos de un procedimiento en caso de que, por ejemplo, se extinga con anterioridad al pronunciamiento de la decisión de Primera Instancia. Por ello, dice Carnelutti que para distinguir mejor entre proceso y procedimiento se puede pensar en el sistema decimal: el procedimiento es la decena; el proceso es el número concreto, el cual puede no alcanzar la decena o bien comprender más de una⁷⁰.

70. DE SANTO, Víctor; *Diccionario de Derecho Procesal*, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1991, pág. 284.

La transición dada del antiguo procedimentalismo, caracterizado por ser práctico y exegético, al procesalismo, con rasgo científico y sistemático, provocó el surgimiento de una ciencia y rama autónoma del Derecho, denominada ***Derecho Procesal***, que adquiere personalidad y jerarquía con la evolución revolucionaria del concepto de la acción, separándose del derecho material, se convirtió en una institución de valor y significación propia e independiente, dándole carácter a toda la vida del proceso.

Esta transformación científica se inició en Alemania con la obra “*La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual*”, de la autoría de **Windscheid**, publicada en el año 1856, y culminó en Italia con el libro de Chiovenda “*L'azione nel sistema dei diritti*” en el año 1903, confirmándose, con esta obra, el punto más alto de desarrollo de la ciencia del derecho, en este campo. Hasta ese entonces la acción pertenecía en forma exclusiva al ámbito del derecho sustantivo o material, y el procedimiento era algo accesorio, que no alcanzaba la categoría de disciplina científica ni mucho menos tenía el honor de ser regulado en un instrumento normativo que adquiriera la denominación de Código.

En síntesis, este descubrimiento científico a partir del cual se elaboró el concepto de la acción, concebida ésta como un instituto eminentemente procesal, resultó determinante para la construcción de la nueva ciencia y rama del Derecho, el *Derecho Procesal* y, a partir de esta realidad jurídica, su confirmación en un cuerpo de leyes, el Código.

5) El Proyecto de Código Procesal General.

El legislador debe ser consciente del papel que juega la justicia en la democracia, el rol que ejerce el Poder Judicial en la vida de la República y la necesidad de considerar a las instituciones judiciales como expresiones de una realidad social, así como histórica. En este espíritu, la Corte Suprema de Justicia, haciendo uso de su facultad constitucional de iniciativa legislativa, presentó al Poder Legislativo el “*Proyecto de Código Procesal General de la República del Paraguay*”, que trata de adaptarse a los cambios sociales, políticos y económicos considerando que el servicio de justicia ha quedado atrasado en su estructura, funcionamiento, métodos de trabajo y medios para cumplirlo, originando todo esto constantes y variados reclamos de los ciudadanos por una justicia más eficiente y eficaz.

El proyecto de Código Procesal General (CPG) tiene como objetivo principal la modernización del sistema judicial fundado en la simplificación y racionalización de los sistemas procesales. El lenguaje del código es sobrio, sintético y objetivo, procura ser un lenguaje sencillo, entendible para los juristas y en lo posible para la población. Entre los resultados esperados con este proyecto está la adecuación de la mentalidad y las capacidades profesionales de los operadores del sistema hacia la obtención de los resultados esperados del servicio: *resolución pronta y accesible a todos los justiciables*.

El sistema procesal civil vigente se caracteriza por ser escrito, lento, lleno de solemnidades y formalidades, que muchas veces nos alejan del ideal de “justicia”, quebrantando los principios de: **inmediación**, el cual persigue un directo protagonismo del juez en el proceso, permite una relación directa con las partes, de tal forma a lograr la igualdad entre las mismas; **concentración**, y; **publicidad**, que pretende la moralidad en el proceso. El Art. 256 de la CN de la forma de los juicios dispone que *los juicios podrán ser orales y públicos*, en concordancia con el Art. 17, num. 2) que se refiere a los *juicios públicos*.

El Proyecto de Código Procesal General pretende la implementación de estructuras procesales para su desarrollo en fases ordenadas y sucesivas. Se destacan como principales características: la concentración de los actos, economía de actuaciones, abreviación de los trámites, buscando el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional y eficacia en la administración de justicia.

El Art. 260 del Proyecto de CPG establece el proceso ordinario como proceso tipo, a fin de evitar la multiplicidad de procesos especiales. Dispone en su Art. 262 la figura del **Contralor Liminar**, por la cual el juez debe examinar el escrito de promoción de la demanda a los efectos de controlar que se hayan cumplido todos los requisitos legales y la agregación de documentos.

El CPG prevé la realización de una **Audiencia Inicial**, la cual debe realizarse en presencia del Juez, siendo efectiva, necesaria y activa su presencia, así como la de las partes y sus respectivos Abogados. El método de proceder es el dialogal y no exclusivamente el de Pregunta-Respuesta. La audiencia es el medio más accesible y adecuado para efectuar la inmediación entre todos los sujetos del proceso y para lograr que en esa directa comunicación, se lleve a cabo por el método dialogal. El desarrollo del proceso se lleva a cabo según la realidad y con la colaboración de todos los sujetos procesales, para lograr la mejor solución del caso.

De igual forma en el Proyecto de CPG se destaca cuanto sigue:

- **Conciliación:** El Juez propondrá una o varias fórmulas de arreglo a los efectos de poner fin al litigio o reducirlo. El Juez intenta el avenimiento total o parcial de las diferencias que separan las recíprocas posiciones de las partes (puntos controvertidos), intentando lograr la conciliación. Se busca la autocomposición con la ayuda del Juez.

- **A.I. saneador:** Responde a la función saneadora del proceso. Resuelve las excepciones previas opuestas, las nulidades o carencias denunciadas por las partes, así como todas las cuestiones que pudieren impedir dictar S.D.

- **Objeto del proceso:** Se busca determinar cuál es el conflicto (motivo o causa del mismo), las cuestiones fácticas litigiosas. Lo que se pretende es arribar al “*thema decidendum*”.

- **Probanzas:** Fijación de las pruebas que serán objeto de producción, los cuales deben versar sobre los hechos controvertidos y conducentes con el objeto de lograr el esclarecimiento de lo debatido. Se pretende “purgar” o “depurar” la prueba a producirse, descargando la labor jurisdiccional de aquellas medidas manifiestamente inadmisibles o impertinentes. De una adecuada ordenación en el diligenciamiento depende la abreviación de esta etapa y, lo que es más importante, la unidad de la prueba y su adecuada inserción en el proceso, no solo para el Juez, sino también para las partes.

- El Juez asume la dirección, recibe directamente la prueba, tiene una activa participación.

- Se debe tener un **criterio amplio** en la apreciación de los hechos que resultan conducentes a la decisión del litigio, ya que por principio ello es materia de la sentencia definitiva y si la ley ha anticipado la oportunidad de su consideración ha de ser a condición de que se trate de supuestos claros y concluyentes; en caso de duda debe prevalecer una pauta de amplitud y elasticidad, favorable a la admisión de los hechos y a la producción de las pruebas.

- **A.I. de programación en el diligenciamiento de las probanzas:** Resolución que enumera probanzas admisibles, pertinentes y necesarias. Se señalan audiencias para la declaración de testigos y de las partes, se dispone exámenes judiciales, citación de peritos, libramiento de oficios, etc.

- **Alegatos:** Exposición oral de las partes por sí mismos o por sus Abogados, con una duración de 15 minutos cada uno, sin escrito ni ayuda memoria. Atendiendo a la complejidad del asunto puede extenderse hasta 45 minutos por cada parte.

- **Sentencia:** Una vez finalizados los alegatos, el juez pronuncia oralmente la sentencia. Atendiendo a la complejidad del caso puede suspenderse hasta 60 días para elaborar la sentencia.

Al Proyecto de Código Procesal General, que se encuentra en estado parlamentario desde el año 2004, si bien puede ser considerado pretensioso y de difícil realización como meta, habiendo recibido críticas por diversas razones, desde diversos estamentos y referentes del derecho procesal, de igual forma, es dable destacar que todo esto resulta plausible, siendo necesario que se genere, nuevamente, el ambiente propicio de debate para que se operen cambios, apuntando a mejorar la administración de justicia, en especial en el campo del derecho procesal civil.

No será tarea fácil sustituir el sistema procesal actual, lo cual constituye un desafío muy importante, pero en la medida de que los operadores jurídicos vayamos tomando conciencia de la imperiosa necesidad de un sistema procesal moderno, donde los principios fundamentales de inmediación, concentración y publicidad se hagan realidad, nos iremos acercando al logro de este proyecto. En el proceso oral se vislumbra, con mayor fuerza, la necesidad de los protagonistas de encaminarlo hacia una solución definitiva y feliz para todos.

Quienes nos consideramos cultivadores del procesalismo debemos ser responsables de generar reformas que busquen efectivamente humanizar el proceso, independientemente de la concepción del derecho que uno profese, siendo conscientes de los fines del proceso que son: *la búsqueda de la verdad*, así como *el acceso a justicia y paz social de todos*.

6) Mirada al futuro: La humanización del proceso civil.

Para potenciar el proceso civil se debe fomentar en la sociedad la utilización de figuras como la Conciliación (Art. 170, CPC), el Arbitraje y la Mediación (Ley N° 1879/02) que, a su vez facilitarían el sentido de la solidaridad humana, de tal forma a que las partes involucradas en un conflicto puedan encontrar por sí mismas la justa solución del conflicto antes de recurrir a la obra del juez, que debe reservarse para los casos en los que haya un conflicto serio entre las partes, con la recíproca comprensión y la buena voluntad. Es una realidad que la sobrecarga de expedientes judiciales, no debe ser solucionada “solo” con la creación de más Juzgados, sino, más bien con la potencialización de las figuras como la

Conciliación, la Mediación y el Arbitraje. Calamandrei nos enseña que *la función conciliadora debe, pues, ayudar a los particulares, no a prescindir del derecho, sino a encontrar por sí solos el propio derecho*⁷¹.

De igual forma, el moderno sistema procesal debe encontrar el mecanismo ideal para evitar los abusos en el derecho procesal (ejercicio abusivo del derecho) y las prácticas de mala fe, contempladas taxativamente en el CPC y adecuarlas a la realidad y a nuestros tiempos. Todo ello sin dejar de lado los principios procesales de defensa en juicio, debido proceso e igualdad procesal.

Constituye un paso importante la informatización del sistema de sorteos de los juicios ingresados, con la creación de la *Mesa de Entradas del Fuero Civil y Comercial* por Acordada N° 273 del 26 de marzo de 2003, dictada por la Corte Suprema de Justicia, provocando con ello una mayor justicia en el sistema aleatorio de disposición de competencia de magistrados, que finalmente entenderán en los juicios iniciados. Con esto el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial ya no debería ser de “tal turno”, sino que la nomenclatura correcta debería ser Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° tal, al no existir el sistema de turnos en la actualidad, así como se denominan los Juzgados del Fuero Penal. Vg. Juzgado de Garantías N° 7 de la Capital.

Otra cuestión inherente al mejoramiento de la administración de justicia, es el proyecto de potenciar la figura del *Ministerio de la Defensa Pública*, siendo plausible la ley que posibilita la autonomía de esta institución. Esta institución debería denominarse “*Asesoría Legal Pública*” o “*Abogacía Pública*”, puesto que si bien desde ésta se defienden los derechos e intereses de sus representados o asistidos cuando son demandados, también se encuentran facultados para iniciar las demandas o acciones pertinentes, siendo, cualquiera de estas denominaciones, más explícitas y amplias para demostrar el alcance total de sus funciones. Asimismo, en el campo de la “*Abogacía Pública*” se debería implementar y hacer realidad el principio constitucional de “*acceso a la justicia*” de todos los ciudadanos en todos los fueros y, especialmente en el ámbito penal, en razón de que los particulares de escasos recursos que pretenden promover acciones o querellas, específicamente para la iniciación de hechos punibles de acción penal privada, no pueden hacerlo con la asistencia de esta institución.

71. CALAMANDREI, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJEJA, Buenos Aires, 1962, Vol. I, pág. 200.

Un gran avance de modernización del sistema judicial constituye el proyecto de **“Digitalización del Proceso”**, el cual nos hace recordar uno de los mandamientos del maestro Couture, en el sentido de que todo abogado debe actualizarse en forma permanente, y en este espíritu, lo que se pretende es modernizar y actualizar al sistema judicial, dotándolo de herramientas que respondan a los avances científicos y tecnológicos. La informatización de los juicios permitirá gestionar vía internet los trámites procesales y obtener toda la información relacionada a los expedientes, así como las notificaciones. El sistema de grabación de los juicios con la implementación de medios informáticos y telemáticos en el proceso judicial, con la grabación audio visual de las vistas y comparencias. Se pretende con ello la utilización de sistemas de grabación y reproducción de sonidos e imágenes a fin de documentar en soporte informático todos los juicios. Este proyecto tiene por objetivo promover el desarrollo, la modernización y la economía de tiempo, dinero y esfuerzo, con el fin de que los trámites procesales sean aprovechados y aplicados con criterios de transparencia, eficacia, eficiencia, austeridad y celeridad, en beneficio de los justiciables. Todo esto acarrea una menor utilización del papel, protegiendo de esta forma nuestro tan deteriorado medio ambiente. En este sentido, destaco el convenio suscrito por la Corte Suprema de Justicia con una empresa recicladora de papeles, cuyo fin es estimular las iniciativas innovadoras en el campo de la concienciación de la ecología y del medio ambiente, a través del proceso de reciclado de papel⁷².

Resulta plausible la posibilidad de que los justiciables puedan acceder a los datos relacionados a sus causas y juicios proveídos por la Oficina de Información y Orientación, servicio conocido como **“Infojusticia”**, el cual registra un número importante de consultas, de parte de los interesados. Las consultas más comunes guardan relación a asistencia alimenticia, violencia doméstica, maltratos en niños y/o adolescentes, filiación y denuncias sobre violaciones a la ética judicial. Asimismo, se proveen datos acerca del acceso al servicio ofrecido por las Defensorías Públicas, legalizaciones y autorizaciones para viaje de niños y/o adolescentes, ubicación de Juzgados, Tribunales, Defensorías y oficinas administrativas, al igual que Defensorías y Fiscalías se encuentran de turno.

72. Mayor información puede obtenerse en: <http://www.pj.gov.py/noticia.asp?codigo=5196>

Otra herramienta que debería implementarse en el campo procesal es la “*Firma Digital*”, que se encuentra muy relacionada con la criptografía y la seguridad de datos, permitiendo identificar en forma confiable al emisor de una comunicación y asegurando la integridad del documento enviado. La figura de la firma digital implica la combinación de los caracteres que conforman una clave privada del usuario, con los caracteres del mensaje al que se pretende adosar la firma. Una firma digital es, en consecuencia, un conjunto de datos asociados a un mensaje digital, que permite garantizar la identidad del firmante y la integridad del mensaje.

No puede dejar de mencionarse que los organismos extrapoderes como el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, creados en la Constitución Nacional de 1992, si bien se encuentran representados por los diversos estamentos vinculados al quehacer jurídico, muchas veces en la práctica no cumplen sus fines y objetivos, al estar sometidos a intereses ajenos a sus funciones. La Corte Suprema de Justicia también debe priorizar los legítimos criterios para la designación de los “*más probos y honestos*” como Defensores, Fiscales, Síndicos y Magistrados en general, no respondiendo a los intereses de turno, que nada hacen al mejoramiento de la administración de justicia, pues muy por el contrario, perjudican al sistema judicial.

Ninguno de los avances y proyectos citados podrá ser realidad sino se combate con convicción a la corrupción, que es una de las mayores falencias que afecta al sistema judicial, siendo una realidad en todas las esferas, la cual debe ser desterrada de una vez por todas en todos los ámbitos, y en especial en el Poder Judicial, desechando de raíz este mal, de tal forma a que este poder del Estado, trascendental para la vida democrática de la República cumpla sus fines, con independencia e interrelación con los demás poderes, alejado de toda fuerza o interés que repercuta en contra.

Debe ser prioridad de los agentes afectados al servicio de justicia, hacer que la misma mejore, evitando caer en las mismas malas prácticas y desaciertos en los cuales se ha incurrido. Todo ello generaría la credibilidad de la sociedad toda en el sistema de administración de justicia, con el objeto de hacer realidad la *humanización del proceso*.

7) Consideraciones finales

El ideal de contar con instrumentos normativos propios, en especial en el campo del derecho procesal, ha sido una lucha constante a lo largo de nuestra historia patria. El ordenamiento procesal debe responder a las particularidades de nuestra sociedad, adecuadas al tiempo que nos toca vivir, incorporando las instituciones exitosas y las experiencias foráneas válidas, evitando incurrir en los mismos errores en los que hemos caído en nuestra historia y de los cuales debemos sacar el aprendizaje debido. Al respecto, Calamandrei haciendo referencia al Código italiano por él proyectado, nos enseña que *su ejemplo puede ser instructivo para demostrar que una nueva ley procesal, aun cuando represente el non plus ultra de la perfección científica, no tiene como necesaria consecuencia el mejoramiento de la justicia si no se apoya sobre las posibilidades prácticas de la sociedad en la que debe operar*⁷³.

El derecho y el proceso son expresiones complementarias de una misma realidad social, no puede considerarse al proceso como un fin en sí mismo, sino que necesariamente debe convertirse en el instrumento del derecho sustancial, convirtiéndose en la premisa fundamental y el fin del mismo.

La administración de justicia atraviesa por varios problemas y estos tienen diversas causas. Una de ellas es el congestionamiento de los despachos judiciales, lo cual provoca un recargo en la actividad jurisdiccional. La creación de nuevos órganos jurisdiccionales (Juzgados y Tribunales de Apelación), dotándoles de una adecuada infraestructura, así como la designación de nuevos funcionarios afectados al servicio de justicia, en la práctica, no responden en forma satisfactoria a la alta morosidad judicial. Frente a las tremendas dificultades en el campo de los recursos humanos, a los que se debe dotar de una mejor capacitación, no solo en cuestiones técnicas sino en valores éticos, la sola voluntad puesta al servicio de la justicia no basta. Por otro lado, no puede dejar de mencionarse que históricamente al Poder Judicial no se le ha otorgado el presupuesto acorde a las necesidades medulares que atraviesa. En este sentido, fue tenido siempre como un poder disminuido, carente de autonomía presupuestal,

73. CALAMANDREI, Piero; *Estudios sobre el Proceso Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1962, Tomo III, pág. 212.

violándose sistemáticamente lo consagrado en el Art. 249 de la Constitución Nacional, referente a la autarquía presupuestaria, este hecho repercute negativamente en los usuarios del sistema judicial. El Estado tiene la obligación de garantizar la debida atención del presupuesto de sus tres poderes, en forma proporcional y equitativa.

Se debe dar prioridad a inculcar **valores éticos** en el *ejercicio de la profesión*, comprometiendo al Colegio de Abogados en este menester, cuya acción debe tener una mayor fuerza y presencia, y en la *función jurisdiccional*, comprometiendo a todos sus operadores (Corte Suprema de Justicia, Asociación de Magistrados y Asociación de Funcionarios, etc.), trabajando seriamente en este aspecto, de igual forma con los estudiantes de grado de las diversas Facultades de Derecho, convencidos de que se forje una generación nueva de Abogados, que vuelva a dar el prestigio y la jerarquía que se merece nuestra profesión.

Los actos de corrupción, que afectan a la administración de justicia, deben ser erradicados y sancionados con la severidad que requieren. Esta debe ser una lucha constante, fomentando la instauración de nueva cultura fundada en criterios éticos y morales, imperantes en el comportamiento del profesional del derecho, es por ello que, insisto, se debe trabajar seriamente en las facultades de derecho en este tema, formando a los profesionales del derecho, con sólidas bases.

El proceso civil debe convertirse en un instrumento adecuado para los justiciables, brindando una atención respetando la dignidad de quienes acuden ante los órganos jurisdiccionales, incluidos las partes, los profesionales y público en general, se debe brindar una justicia rápida, respetando los plazos procesales y evitando el ejercicio abusivo del derecho, así como las prácticas procesales de mala fe, aplicando las sanciones respectivas a quienes las infrinjan.

Las ciencias jurídicas deben responder con rapidez y eficacia a los avances tecnológicos, y al Poder Judicial compete administrar una justicia oportuna y proba, forjando el Estado Social de Derecho, haciendo realidad una democracia viable, modernizando el sistema de administración de justicia con la humanización del proceso, garantizando la paz social, la seguridad jurídica y el desarrollo de nuestro pueblo.

Bibliografía

- Proyecto de Código Procesal Civil y Exposición de Motivos. Comisión Nacional de Codificación, Asunción, 1973.
- Anteproyecto de Código Procesal Civil, Edit. El Foro, 1987.
- CALAMANDREI, Piero; *Estudios sobre el Proceso Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1962.
- CALAMANDREI, Piero; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJEA, Buenos Aires, 1962.
- CAPITANT, Henri; *Vocabulario Jurídico*.
- CHIOVENDA, José; *Principios de Derecho Procesal Civil*, 1ra. Ed., Madrid, Edit. Reus, 1922.
- COUTURE, Eduardo J.; *Vocabulario Jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- DE SANTO, Víctor; *Diccionario de Derecho Procesal*, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1991.
- GARRONE, José Alberto; *Diccionario Manual Jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- PODETTI, J. Ramiro; *El fundador del Derecho Procesal Argentino, Doctor Tomás Jofré*, Mendoza, 1937
- ROLÓN, Francisco; *Lecciones de Derecho Procesal*, Imprenta Nacional, Asunción, 1939.
- SENTÍS MELENDO, Santiago; *La Ciencia Procesal Argentina. Manifestaciones actuales*, en Revista de Derecho Procesal, Año I N° I, 1943.
- SOLER, Juan José; *Introducción al Derecho Paraguayo*, Edic. Cultura Hispánica, Madrid, 1954.
- VICENTE y CARAVANTES, José de; *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1856.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 61

SENTENCIA. Fundamentación. Motivación de la sentencia.

Una sentencia definitiva o auto interlocutorio no está fundada cuando acaece sobre ella los vicios de fundamentación aparente, fundamentación incompleta, fundamentación arbitraria o de error en la congruencia que debe existir entre lo que se tiene por probado y el derecho aplicable al caso.

SENTENCIA. Fundamentación. Motivación de la sentencia.

El proceso de fundamentación debe abarcar la eliminación de todos los vicios que puedan afectar al razonamiento humano y a su clara explicación; eliminando problemas tales como argumentar decisiones que no se basen en pruebas, que dejen de analizar pruebas o que una vez analizadas éstas, se llegue a decisión contraria atentando a la congruencia entre la realidad y lo que de ella se dice, citando éstos como ejemplos demostrativos.

RECURSO DE APELACIÓN. Apelación especial de la sentencia de primera instancia. RECURSO DE CASACIÓN.

La resolución es infundada y se produce el error de incongruencia dado en el fallo objeto del presente recurso, no están todas las respuestas a los agravios del apelante y algunas de las respuestas dadas no son claras y pertinentes a lo cuestionado por lo que corresponde sea anulado y se reenvíe estos autos a una nueva Cámara de Apelación a los efectos de estudiar nuevamente el recurso de apelación especial impetrado contra la sentencia definitiva de primera instancia.

CSJ, Sala Penal. 02-03-2011. “E.M.F.B. s. Testimonio Falso” (Ac. y Sent. N° 61).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes;

CUESTIONES

¿Es admisible para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la doctora PUCHETA DE CORREA DIJO: El agente fiscal interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, confirmatorio del fallo de primera instancia.

Por SD N° 42 del 12 de Noviembre de 2008, el Tribunal de Sentencias dispuso en lo sustancial tener por no comprobada la existencia del hecho punible de testimonio falso y en consecuencia absolver a Edwar Fretes.

En primer término corresponde efectuar el análisis de admisibilidad del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: El recurrente plantea su recurso de casación en fecha 6 de Abril de 2009, estando dicha presentación planteada en tiempo, ya que la notificación al recurrente fue realizada por cédula de notificación en fecha 24 de Marzo de 2009, por lo que se halla dentro del plazo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal. El recurrente impugna el Acuerdo y Sentencia especificado bajo el amparo de las normas 477 y 478 del Código Ritual, esta resolución pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal se halla cumplido. Y el recurrente invocó como motivo que amerita la procedencia del recurso la causal prevista en el numeral 3° del Art. 478 del Código Ritual (falta de fundamentación).

El motivo dispuesto en el numeral 3° del artículo 478 ya hace imperioso el estudio del fallo recurrido.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, el recurrente es agente fiscal, se halla habilitado por el artículo 449 segundo párrafo del CPP.

Por último, en lo que hace al escrito de interposición: La forma del mismo se rige por lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, al cual remite el artículo 480 del mismo cuerpo legal. A la luz de esta norma, se puede ver que el escrito del recurrente se halla correctamente fundado, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los

requisitos legales. En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, corresponde DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el recurso deducido. ES MI VOTO.

A su turno, los Doctores BLANCO y BENÍTEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto de la Ministra preopinante, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la Doctora PUCHETA DE CORREA prosigue diciendo: A fin de exponer de una manera más ordenada el análisis del objeto de recurso se presentan en primer lugar: 1) los antecedentes fácticos acreditados por el Tribunal de Sentencia, 2) los fundamentos del mencionado tribunal, 3) los argumentos de Alzada, 4) resumen del escrito de casación del recurrente, 5) resumen de la contestación de las partes y 6) el análisis de la procedencia del recurso impetrado.

1. Resumen de los hechos acreditados por el Tribunal de Sentencias: La sentencia definitiva de primera instancia indica que el 15 de Febrero de 2007 el hoy condenado actuó como testigo en una causa de tentativa de homicidio, deponiendo una declaración muy contradictoria con la del otro testigo que estaba en la misma motocicleta que él, tratando así de ocultar datos sobre la participación de un imputado en el hecho.

2. Fundamentos del Tribunal de Sentencia: El Tribunal de Sentencias, para llegar a la parte resolutive de su sentencia definitiva, realizó una valoración de las declaraciones testificales depuestas en su oportunidad, así como del acta del juicio oral, y no encontró en las declaraciones contradicciones serias y además el acta de juicio no señala más que la presencia del imputado y su declaración, con lo que no le aportó dato alguno; expresa también que no se pudo determinar la falsedad del testimonio, es decir, quedaron con dudas sobre si era falso el testimonio dado, y esto porque los integrantes del jurado y demás partes no aportaron nada en este sentido, solo que el imputado estaba o no sobre en la misma moto que el otro testigo.

3. Argumentos del Tribunal de Alzada: Declara admisible el estudio de la apelación y confirma en todas sus partes el fallo de primera instancia. Argumenta que no puede realizarse otro juicio solo porque el acta del juicio anterior no estaba convenientemente confeccionada, y que el análisis hecho por el inferior es correcto.

4. Resumen del escrito de casación del recurrente: El recurrente solicita la casación de la resolución de Cámara argumentando que 1) la Cámara de Ape-

lación no ha respondido a todos sus agravios, que fueron en total cuatro, y 2) que las respuestas dadas a los dos agravios devueltos son insatisfactorias y equivocadas.

5. Resumen de la contestación de las partes: Manifiesta la Defensoría Pública que el recurrente esta inhabilitado de interponer recurso de casación, que el fallo en cuestión no da tópicos de derecho para ser estudiados y que el fallo no cae en los errores señalados por el casacionista.

ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO: Se debe analizar previamente la naturaleza del recurso de casación. Este recurso es extraordinario, y por medio del mismo la Corte Suprema de Justicia debe corregir la aplicación del Derecho en un proceso judicial, comprobando la correcta aplicación de la norma penal al hecho declarado probado; la Corte Suprema de Justicia puede hacer esto sin salir de los marcos previstos por el artículo 478 del Código Procesal Penal. Así, uno de los motivos, y el único aceptado como motivo de casación en el presente juicio es la sentencia manifiestamente infundada, invocado por lacasacionista, debiéndose analizar si la misma cae dentro de dicho error.

Al respecto, es conveniente en este momento tratar de delimitar convenientemente la expresión “manifiestamente infundada” y en ese sentido decimos: “...se halla inmotivado el auto cuando carece de los elementos de hecho y de derecho en que se basa la solución acordada. (Lino Enrique Palacio-Los recursos en el Proceso Penal, Abeledo-Perrot, Bs. As. Pág. 112). Creemos que una sentencia definitiva o auto interlocutorio no está fundada cuando acaece sobre ella los vicios de fundamentación aparente, fundamentación incompleta, fundamentación arbitraria o de error en la congruencia que debe existir entre lo que se tiene por probado y el derecho aplicable al caso.

La doctrina señala: “La motivación de la sentencia es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión”. (Oscar R. Pandolfi. Recurso de Casación Penal Ed. La Rocca- BsAs.2001-Pág 419). Haciendo una conjunción de las normas invocadas y todo el conocimiento doctrinario, se ve que el proceso de fundamentación debe abarcar la eliminación de todos los vicios que puedan afectar al razonamiento humano y a su clara explicación; eliminando problemas tales como argumentar decisiones que no se basen en pruebas, que dejen de analizar pruebas o que una vez analizadas éstas, se llegue a decisión contraria atentando a la congruencia entre la realidad y lo que de ella se dice, citando éstos como ejemplos demostrativos.

Para ello, vemos las normas que indican como debe ser fundada una sentencia. El artículo 256 de la Constitución Nacional dice: "...Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley...". Con esta norma concuerda el artículo 125 del CPP, que expresa: "Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba...". Esta norma citada concuerda con el artículo 398 incisos 2 y 3 del mismo, que expresan: 2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan; 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado".

En este juicio, el recurrente alega que el acuerdo y sentencia es infundado y da sus razones al respecto. Todas ellas se pueden centralizar en un agravio, que es que la Cámara de Apelación no analizó los argumentos en ocasión de la apelación especial, sin responder todos los agravios, y que las respuestas dadas no conciden con el Derecho.

Para resolver entonces el debate delineado, es menester estudiar someramente el escrito de apelación especial del recurrente, obrante a fojas de autos. En el mismo se puede constatar que algunos motivos aludidos y elevados ante la Cámara para su estudio eran: 1) ausencia de valoración de pruebas de la defensa; 2) necesidad o no de contar con el acta del juicio oral anterior para tipificar el hecho pueble; 3) necesidad o no de contar con la declaración testimonial de los jueces del anterior tribunal de méritos y 4) falta de fundamentación.

Observando ahora el fallo impugnado por este recurso de casación, se puede ver que dos cuestiones no fueron respondidas por la Cámara de Apelación, por citar una, la ausencia de valoración de determinadas pruebas, y las otras dos fueron mencionadas y respondidas pero de manera notoriamente insuficientes, quedando claro, por supuesto, el sentido del voto de los camaristas, pero no el fundamento de los mismos que avala dicho sentido.

En el fallo dictado en la causa: "Hugo Javier Pera s/ Estafa y otros", la Corte Suprema de Justicia dijo: "De la lectura del escrito de interposición del recurso de apelación especial por un lado y del fallo emitido por el mencionado órgano jurisdiccional por el otro, se puede observar que los miembros del tribunal transgredieron el principio de congruencia al no dar respuesta a los requere-

rimientos expuestos por el apelante concernientes a la mala aplicación de los artículos 187, 192 y 246...”.

En el fallo dictado en la causa: “Gladis Zunilda González y otro s/ Producción de Documento no Auténtico”, la Corte Suprema de Justicia también dijo: “...la falta de fundamentación (se produce) en razón de que omitió expedirse acerca de todos los puntos de la sentencia del a-quo cuestionados por el apelante”.

Así también, la Corte Suprema de Justicia, en su fallo 1297 de fecha 13 de Setiembre de 2004 ha dicho: “No es suficiente la excusa destacando que la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la Sentencia de Primera Instancia no son atacables por la vía de la Apelación Especial de Sentencia. El Tribunal de Alzada, está obligado a controlar el proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento, y al expresar su conclusión sobre dicha verificación, es su deber, expresar la correlación lógica de argumentos o de razones suficientes que demuestren su conclusión, lo cual, no significa necesariamente incursión del Tribunal en el terreno de los hechos”.

De esta manera se produce el error de incongruencia dado en el fallo objeto del presente recurso, no están todas las respuestas a los agravios del apelante y algunas de las respuestas dadas no son claras y pertinentes a lo cuestionado.

Por las razones expuestas precedentemente, corresponde que el Acuerdo y Sentencia N° 3 de fecha 23 de Marzo de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de la Adolescencia de Concepción sea anulado y se reenvíe estos autos a una nueva Cámara de Apelación a los efectos de estudiar nuevamente el recurso de apelación especial impetrado contra la sentencia definitiva de primera instancia.

Las COSTAS se impondrán a la parte perdidosa como lo dice el artículo 261 del Código Procesal Penal. ES MI VOTO.

A su turno los Doctores BLANCO y BENÍTEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mí que lo certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE:

1. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación, planteado por el agente fiscal de la causa.
2. HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación planteado con-

tra el Acuerdo y Sentencia N° 3 de fecha 23 de Marzo de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de la Adolescencia de Concepción, por los argumentos vertidos en el considerando de la presente resolución.

3. DISPONER el reenvío de estos autos a una nueva Cámara de Apelación a los efectos de estudiar nuevamente el recurso de apelación especial impetrado contra la sentencia definitiva de primera instancia.

4.- IMPONER las costas a la perdidosa.

5. ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Alicia Pucheta, Sindulfo Blanco y Luis M. Benítez Riera.

Ante mí: Abg. Karina Penoni de Bellasai. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

***Cuestión debatida:** En el fallo de alzada, objeto de estudio, se advierte que los magistrados no se percataron que era errada la calificación de atípica que dio el tribunal de méritos al hecho fáctico ya que tampoco notó que tanto el Ministerio Público como los jueces de primera instancia estaban hablando de instrumentos públicos distintos, uno del escrito inicial, comprobado su falsedad, y otro de la sentencia definitiva, comprobada su validez hasta que fuera anulada por los conductos correspondientes.*

INSTRUMENTOS PÚBLICOS.

En relación al carácter de instrumento público del escrito inicial, desde el momento en que un escrito es presentado en secretaría o afines, y se le coloca el sello de cargo, adquiere su carácter de publicidad.

RECURSO DE CASACIÓN. Reenvío en el recurso de casación.

En el caso se produce un error de incongruencia entre los hechos fácticos demostrados y el derecho aplicado, pues la sana crítica es general y lo es para todos los juzgadores, y no se puede permitir que a un hecho fáctico se le asigne un significado diferente cuando éste significado afrente con ello la lógica normal de toda persona, por lo cual corresponde hacer lugar al recurso de extraordinario de casación.

CSJ, Sala Penal. 02-03-2011. “Rodolfo Matto Romero y otra s. Producción de documentos no auténticos y otros” (Ac. y Sent. N° 67).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes:-

CUESTIONES

¿Es admisible para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DOCTORA PUCHETA DE CORREA DIJO: El agente fiscal interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, confirmatorio del fallo de primera instancia.

Por SD N° 45 del 25 de Agosto de 2008, el Tribunal de Sentencias dispuso en lo sustancial tener por no comprobada la existencia del hecho punible de producción de documentos no auténticos y en consecuencia absolver a los procesados en la causa.

En primer término corresponde efectuar el ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: El recurrente plantea su recurso de casación en fecha 11 de mayo de 2009, estando dicha presentación planteada en tiempo, ya que la notificación al recurrente fue realizada por cédula de notificación en fecha 24 de abril de 2009, por lo que se halla dentro del plazo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal. El recurrente impugna el Acuerdo y Sentencia especificado, bajo el amparo de las normas 477 y 478 del Código Ritual, esta resolución pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal se halla cumplido. Y el recurrente invocó como motivo que amerita la procedencia del recurso la causal prevista en el numeral 3° del Art. 478 del Código Ritual (falta de fundamentación).

El motivo dispuesto en el numeral 3° del artículo 478 ya hace imperioso el estudio del fallo recurrido.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, el recurrente es agente fiscal de la causa, se halla habilitado por el artículo 449 segundo párrafo del CPP.

Por último, en lo que hace al escrito de interposición: La forma del mismo se rige por lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, al cual

remite el artículo 480 del mismo cuerpo legal. A la luz de esta norma, se puede ver que el escrito del recurrente se halla correctamente fundado, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales. En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, corresponde DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el recurso deducido. ES MI VOTO.

A su turno, los Doctores BLANCO y BENÍTEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto de la Ministra preopinante, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la Doctora PUCHETA DE CORREA prosigue diciendo: A fin de exponer de una manera más ordenada el análisis del objeto de recurso se presentan en primer lugar: 1) los antecedentes fácticos acreditados por el Tribunal de Sentencia, 2) los fundamentos del mencionado tribunal, 3) los argumentos de Alzada, 4) resumen del escrito de casación del recurrente, 5) resumen de la contestación de las partes y 6) el análisis de la procedencia del recurso impetrado.

1. Resumen de los hechos acreditados por el Tribunal de Sentencias: La sentencia definitiva de primera instancia indica que en este caso una persona se presentó en un juicio sucesorio a efectos de lograr entrar en la herencia, solicitando el reconocimiento de su filiación extramatrimonial, a la que se opusieron la esposa y los supuestos medio hermanos, presentando un juicio de filiación totalmente falso, ya que los tres arriba citados falsificaron su firma en el escrito inicial y posteriores, dando así cuerpo a un expediente con contenidos completamente falsos. Sigue expresando que el agente fiscal ya imputó en su primer momento por el hecho de producción y uso de documentos no auténticos.

2. Fundamentos del Tribunal de Sentencia: El Tribunal de Sentencias, para llegar a la parte resolutive de su sentencia definitiva, realizó una valoración de las declaraciones testificales del juicio oral, y además de las documentaciones pertinentes y consideró que en ningún momento la sentencia definitiva era falsa, es decir, que no era auténtica, ya que la expidió un órgano habilitado y además el juez y secretario que la dictaron se presentaron a efectos de testificar que sus firmas son verdaderas, explicando además que el uso de dicha sentencia, válida todavía en ese momento, no puede reputarse en contra de los acusados, ya que éstos solo la presentan a efectos de defenderse en un juicio civil.

3. Argumentos del Tribunal de Alzada: Declara admisible el estudio de la apelación y confirma en todas sus partes el fallo de primera instancia. Argu-

menta que, atendiendo a la secuencia de los hechos fácticos, el razonamiento del inferior es exacto y válido, y que se ha demostrado claramente que el fallo del juicio de la jurisdicción del menor es válido, siendo imposible que se de entonces la conducta punitiva de los acusados.

4. Resumen del escrito de casación del recurrente: El recurrente solicita la casación de la resolución de Cámara argumentando únicamente que la Cámara de Apelación coonestó un error de interpretación de los hechos realizado por el tribunal de méritos, que arrojó un resultado equivocado en este juicio.

5. Resumen de la contestación de las partes: Manifiesta la defensa que el recurso de casación debe ser declarado inadmisibles, ya que el agravio elevado a estudio no es objeto del presente recurso.

ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO: Se debe analizar previamente la naturaleza del recurso de casación. Este recurso es extraordinario, y por medio del mismo la Corte Suprema de Justicia debe corregir la aplicación del Derecho en un proceso judicial, comprobando la correcta aplicación de la norma penal al hecho declarado probado; la Corte Suprema de Justicia puede hacer esto sin salir de los marcos previstos por el artículo 478 del Código Procesal Penal. Así, uno de los motivos, y el único aceptado como motivo de casación en el presente juicio es la sentencia manifiestamente infundada, invocado por la casacionista, debiéndose analizar si la misma cae dentro de dicho error.

La cuestión aquí debatida cae dentro de la esfera de puro derecho. Efectivamente, a la luz de los relatos arriba detallados, se puede ver que en el año 1983, alguien, todavía no identificado, falsificó una firma del denunciante Eugenio Amado Benítez, firma que fuera falsificada en un escrito inicial para promover una demanda de filiación, y dicho escrito inicial con firma falsa, promovió un juicio completo de filiación, donde recayó, oportunamente, sentencia definitiva firme y válida, conforme se pudo precisar en el caudal probatorio analizado por el tribunal de méritos.

Cuando fallece el padre del denunciante, éste se presenta al juicio sucesorio, oponiéndose la esposa e hijos del causante, y como medio de oposición utilizan la sentencia antes enunciada; siendo la misma posteriormente anulada y dándose pie al presente juicio penal.

El Tribunal de méritos hizo un esmerado trabajo declarando atípico el hecho y por ende absolviendo a los acusados, ya que consideró, correctamente,

que la sentencia definitiva del juicio de filiación era válida, es decir, no era documento no auténtico, y que además el uso de la misma no correspondía ya que los acusados usaron, técnicamente hablando, un documento válido; realmente, todo esto está bien estructurado y sería válido también el trabajo de primera instancia, y también su control en segunda instancia.

El problema radica en que los jueces de méritos cometieron un gravísimo error en su aplicación de Sana Crítica, porque para llegar al razonamiento lógico y “válido” antedicho, utilizaron y aplicaron mal una importante premisa; y la premisa equivocada es que el Ministerio Público nunca dijo que la sentencia definitiva del juicio de filiación sea falsa y que los acusados lo son porque utilizaron esta sentencia, sino que dijo que el instrumento falsificado es el escrito inicial y que es éste escrito el que usaron los acusados, cuya firma obrante en ella se demostró, mediante dos peritos calígrafos, que era falsa.

El tribunal de méritos se abocó a estudiar solo al resultado final de ese juicio de filiación, la sentencia, sin percatarse que el Ministerio Público le indicó que es el mismo comienzo de dicho juicio donde se produce la falsificación, ya demostrada por dos peritos, y que éste era el documento falso, y que éste era el documento falso utilizado, resta solo determinar la autoría y demás componentes de la tipicidad.

La Cámara de Apelación también confeccionó un fallo muy prolijo pero cayó en el error de validar la situación aludida, situación inaceptable cuando que la misma atenta contra el sano criterio. El fallo de alzada, objeto de estudio, no se percató que era errada la calificación de atípica que dio el tribunal de méritos al hecho fáctico ya que tampoco notó que tanto el Ministerio Público como los jueces de primera instancia estaban hablando de instrumentos públicos distintos, uno del escrito inicial, comprobado su falsedad, y otro de la sentencia definitiva, comprobada su validez hasta que fuera anulada por los conductos correspondientes.

Refiriéndose al carácter de instrumento público del escrito inicial, desde el momento en que un escrito es presentado en secretaría o afines, y se le coloca el sello de cargo, adquiere su carácter de publicidad.

De esta manera se produce un error de incongruencia entre los hechos fácticos demostrados y el derecho aplicado, pues la sana crítica es general y lo es para todos los juzgadores, y no se puede permitir que a un hecho fáctico se le asigne un significado diferente cuando éste significado afrente con ello la lógica normal de toda persona.

Por las razones expuestas precedentemente, y con sustento en los artículos 478 inciso 3°, 403 inciso 4, 125 y 398 incisos 2 y 3 todos del Código Procesal Penal, corresponde que el Acuerdo y Sentencia N° 13 de fecha 22 de abril de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación de la Circunscripción de Guairá, así como la S.D. N° 45 de fecha 25 de agosto de 2008, dictado por el tribunal de Méritos y se realice un reenvío de esta causa a un nuevo Tribunal de Sentencias a los efectos de realizar un nuevo juicio. No se debe enviar a otro Tribunal de Apelación en aras del Principio de Celeridad Procesal, pues el mismo, al no poder valorar lo hechos y detectar los mismos defectos, ordenará también un nuevo juicio de primera instancia, con lo que el resultado es el mismo.

Las costas se impondrán a la parte perdedora como lo dice el artículo 261 del Código Procesal Penal. ES MI VOTO.

A su turno los Doctores BLANCO y BENÍTEZ RIERA manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mí que lo certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

SALA PENAL

RESUELVE:

1. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación, planteado por el agente fiscal de la causa.

2. HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el Acuerdo y Sentencia N° 13 de fecha 22 de Abril de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación de la Circunscripción de Guairá, y disponer la anulación del mismo así como de la SD N° 45 de fecha 25 de Agosto de 2008, dictado por el tribunal de Méritos de esta causa.

3. DISPONER el reenvío de estos autos a otro Tribunal de Sentencias a los efectos de realizar un nuevo juicio oral y público.

4. IMPONER las costas a la perdedora.5.- ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Alicia Pucheta, Sindulfo Blanco y Luis M. Benítez Riera

Ante mí: Abog. Karina Penoni de Bellasai. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 285

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Instancia administrativa

Si al tribunal de alzada, arriban autos en los que se evidencian vicios de tal naturaleza, que quebranten la estructura procesal misma, puede válidamente pronunciarse sobre el mismo –facultado por el artículo 113 del Código de ritos– aun cuando dicha medida no le fue propuesta, ni hubiese sido sometida a consideración en la instancia precedente, esto con sustento de que se hallan comprometidas cuestiones de orden público.

ACTO ADMINISTRATIVO. Nulidad de los actos administrativos.

En el supuesto de que la nulidad se declare de oficio, no constituye requisito de la resolución invalidatoria, la mención del perjuicio experimentado por la parte de que se trata, pues en esta hipótesis, como resulta obvio el juez debe limitarse a verificar la irregularidad, y a presumir la existencia de aquel. (Voto de la minoría)

FUNCIONARIO PÚBLICO. Contratación temporaria de funcionario publico. Funcionario contratado.

La Resolución dictada por el Intendente Municipal de la localidad de Katuete, por el cual se nombra en carácter de contratada como contadora municipal a la actora como asimismo la cédula de preaviso, por el cual se le ha comunicado a prescindir los servicios, agregados en autos constituyen suficientes elementos probatorios de que la actora era personal contratada, por lo cual la accionante no ostentaba la condición de funcionario público, pues la relación laboral con su empleador se basaba un contrato presuncional de trabajo y le son aplicables las disposiciones del artículo 5 de la ley N° 1626/00. (Voto de la Mayoría)

CSJ, Sala Penal. 02-06-2011. “Elsa Ocampos Cabañas c. Municipalidad de Katuete s. Nulidad de Acto Administrativo” (Ac. y Sent. N° 285)

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: BLANCO, RIERA, y PUCHETA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DOCTOR SINDULFO BLANCO PROSIGUIÓ DICIENDO: La parte nulidicente sostiene que ha sido violada la disposición del artículo 133, inciso b) del Código Procesal Civil, pues no fue notificado a su parte la apertura del periodo para probar, dispuesta por A. I. N° 12 de fecha 07 de agosto de 2007 en el presente juicio, por lo que el fallo recurrido se halla viciado de nulidad, por adolecer otros vicios consecuentes, al ser fundado en instrumentales que no fueron ofrecidos en legal y debida forma. Las pruebas diligenciadas en autos fueron totalmente extemporáneas. Solicita la declaración de nulidad del fallo atacado.

Del traslado corrido a la parte actora, tenemos que su representante convencional sostiene que el presente juicio es un proceso contencioso administrativo, regido por la ley 1.462/35, la que deja a criterio del juzgador determinar el plazo del periodo probatorio (artículo 6°). Agrega que si los actos procesales han cumplido sus objetivos, no existe razón alguna que justifique la nulidad de los mismos, concordante con lo prescrito en los artículos 111, 114 incisos. a) y b), y 117 del C.P.C. Resaltando, que si el A. I. N° 12 de fecha 07 de agosto de 2007, no fue notificado por cédula, si fue conocida y consentida por las partes, sin ser objeto de incidente alguno, ofreciendo posteriormente cada una de ellas sus pruebas, por lo que sostiene la improcedencia de la nulidad pretendida.

ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO. Previo al estudio de los cuestionamientos interpuestos por las partes procesales del presente contencioso administrativo, me permito señalar que si al tribunal de alzada, arriban autos en los que se evidencian vicios de tal naturaleza, que quebranten la estructura procesal misma, puede válidamente pronunciarse sobre el mismo –facultado por el artículo 113 del Código de ritos– aun cuando dicha medida no le fue propuesta, ni hubiese sido sometida a consideración en la instancia precedente, esto con sustento de que se hallan comprometidas cuestiones de orden público.

Lo arriba expuesto no implica para el magistrado competente hacer del proceso una *misa jurídica*, pero en el presente caso, aislándolo como particular y concreto, salta a la vista que no fue agotado el tramite administrativo previo a la interposición de la presente demanda por parte de la actora, conforme lo requiere el inciso a) del artículo 3° de la Ley 1.462/35 “QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, que trascripto dice: “Artículo 3°.- La demanda contencioso administrativa podrá deducirse por un particular o por una autoridad administrativa, contra las resoluciones admi-

nistrativas que reúnen los requisitos siguientes:” “a) Que causen estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ellas;” (el subrayado me pertenece).

Siguiendo a Palacio, en el supuesto de que la nulidad se declare de oficio, no constituye requisito de la resolución invalidatoria, la mención del perjuicio experimentado por la parte de que se trata, pues en esta hipótesis, como resulta obvio el juez debe limitarse a verificar la irregularidad, y a presumir la existencia de aquel.

Por lo expuesto, voto por la declaración de nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 03 de fecha 06 de noviembre de 2008, dictado por el Tribunal Electoral del Alto Paraná y Canindeyú, con la imposición de las costas por su orden, siendo estas institución procesal determinada por el supremo interés de que el derecho desconocido o controvertido salga incólumne de la discusión judicial. Es mi voto.

VOTO EN DISIDENCIA DE LA Sra. MINISTRA Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa. A su turno dijo: Disiento a la conclusión a que arribara el ilustre Ministro preopinante Dr. Sinfulfo Blanco, por las razones que paso a exponer: A fs. 13 de autos se encuentra la cédula de preaviso de fecha 8 de mayo de 2006, por el cual el Intendente Municipal de la ciudad de Katuete, le notifica a la Sra. Elsa Ocampos Cabañas, que ha resuelto prescindir de sus servicios como contadora de la Municipalidad de Katuete, a partir del 8 de junio de 2008.

El Tribunal Electoral del Departamento del Alto Paraná por Acuerdo y Sentencia N° 03 de fecha 06 de Noviembre de 2008, ha resuelto: “Hacer lugar a la demanda Contencioso Administrativo promovida por la Sra. Elsa Ocampos Cabañas contra la Municipalidad de Katuete, sobre Nulidad de Acto administrativo, de fecha 8 de mayo de 2006, dispuesto por el Intendente Municipal del Distrito de Katuete, Departamento de Canendiyú; II. REVOCAR la destitución de la señora Elsa Ocampos Cabañas y disponer la reposición al cargo que ocupaba u otro similar categoría y remuneración y el pago de salarios caídos a las misma; III IMPONER costas a la parte perdidosa...” (158/160).

La representante legal de la Municipalidad de Katuete, interpone Recurso de Apelación y Nulidad, conforme al su escrito de fs. 173/180, solicitando que se haga lugar a los recursos interpuestos, con costas.

Por su parte la parte actora contesta los agravios conforme al escrito obrantes s fs. 188/191 de autos, señalando que no existe argumentos jurídicos que justifiquen la nulidad de la sentencia apelada, y termina solicitando que se

confirme con costas el Acuerdo y sentencia N° 03 de fecha 6 de Noviembre de 2008, dictada por el tribunal Electoral de Alto Paraná.

Que analizando las constancias de autos, como la Resolución N° 123/2001, dictada por el Intendente Municipal de la localidad de Katuete, por el cual se nombra en carácter de contratada como contadora municipal a la Lic. Elsa Ocampos (fs. 14), como asimismo la cédula de preaviso, por el cual e le ha comunicado a prescindir los servicios de la citada contadora a partir del 8 de junio de 2006 (fs. 13). Estos documentos agregados en autos constituyen suficientes elementos probatorios de que la actora era personal contratada en la Municipalidad de Katuete.

La accionante no ostentaba la condición de funcionario público, pues la relación laboral con su empleador se basaba un contrato presuncional de trabajo.

A la actora de la presente demanda le son aplicables las disposiciones del artículo 5 de la Ley N° 1626/00. La labor del accionante está enmarcada dentro de lo que especifica el precitado articulado, pues la naturaleza de las funciones que este desempeñaba no se encuentra enmarcada dentro de la conceptualización indicada en la ley. Y hay que acotar que su nombramiento no fue hecho mediante el procedimiento de selección requerido, pues su relación jurídica se sustentaba en un contrato de trabajo.

Que estando acreditado en autos que la Sra. E. O. C. se encuentra amparado en un contrato presuncional de trabajo, le son aplicables las disposiciones del Art. 5 de la Ley 1626 que dice: *“Es personal contratado la persona que en virtud de un contrato y por tiempo determinado ejecuta una obra o presta servicio al Estado Sus relaciones jurídicas se regirán por el Código Civil, el contrato respectivo y las demás normas que regulan la materia. Las cuestiones litigiosas que se susciten entre las partes serán de competencia del fuero civil”*. Este criterio ha sustentado esta alta Magistratura en el A.I. N° 2780 de fecha 20 de diciembre de 2005; Acuerdo y Sentencia N° 354 de fecha 20 de mayo de 2009.

Que de conformidad a las consideraciones precedentemente señaladas y las constancias de autos, se advierte que el Acuerdo y Sentencia N° 03 de fecha 06 de Noviembre de 2008, dictado por el Tribunal Electoral del Alto Paraná debe ser revocada, pues el caso sub-examine no cae dentro de la competencia del Tribunal de Cuentas, siendo de este modo innecesario el agotamiento de los recursos administrativos. Es mi voto.

ASU TURNO, EL MINISTRO BENÍTEZ RIERA, MANIFIESTA QUE SE ADHIERE AL VOTO DE LA MINISTRA PUCHETA DE CORREA.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando SS.EE todo por ante mí, que lo certifico quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 03 de fecha 06 de noviembre de 2008, dictado por el Tribunal Electoral del Alto Paraná y Canindeyú.

HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la Municipal, y en consecuencia revocar el Acuerdo y Sentencia N° 03 de fecha 06 de noviembre de 2008, dictado por el Tribunal Electoral del Alto Paraná y Canindeyú.

IMPONER las costas deben ser impuestas a la parte perdidosa.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta De Correa y Luis Maria Benitez Riera

Ante mí: Abg. Karina Penoni de Bellasai. Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 320

MATRIMONIO. Impedimentos para contraer matrimonio.

La ausencia de impedimentos impedientes debe darse al tiempo de contraer matrimonio. Y aunque el demandado se divorció 6 años después, es indiscutible que el impedimento de ligamen subsistía al tiempo de la celebración (del que fue su segundo matrimonio), conminándolo a nulidad insalvable. El posterior estado de divorcio no puede convalidar este vicio, puesto que se trata de un defecto insanable.

MATRIMONIO. Impedimentos para contraer matrimonio.

El objeto del “impedimento de ligamen” radica en que sólo en el matrimonio monógamo puede darse relación de igualdad de valores y de bienes ya que el compartir paralelamente el vínculo matrimonial con varias personas produce situación que lesiona la Justicia. Es por ello que el matrimonio monógamo es Institución de Orden Público que se vincula estrechamente con el orden social de la Humanidad.

INSTRUMENTOS PÚBLICOS. Requisitos para su validez.

Son contradictorios los juzgamientos asumidos al momento de otorgar validez probatoria al Certificado de matrimonio legalizado y protocolizado, expedido en la República Argentina con todas las formalidades inherentes a la Legislación de dicho país, pero carente de inscripción en el nuestro, lo cual –para la Parte demandada y Alzada- hace que dicho instrumento público carezca de validez probatoria en la República del Paraguay. Ese convencimiento jurídico, halla sustento en la interpretación de las normas contempladas en la Ley N° 1.266/87 “Del Registro del Estado Civil”.

INSTRUMENTOS PÚBLICOS. Requisitos para su validez.

La falta de inscripción del Certificado de matrimonio en el Registro Civil Paraguayo, aunque carezca de efectos constitutivos, no adolece de sus consecuencias ad probationem, para esta finalidad. Su inscripción resulta superflua y excusada debido a que los instrumentos presentados hacen plena fe, pues no han sido redargüidos de falsedades ni se han invalidado por la acción legal pertinente, declarada en Sentencia con autoridad de Cosa Juzgada. Es más, no existe controversia: ambas Partes han reconocido la existencia del matrimonio antes celebrado en la República Argentina.

MATRIMONIO. Tratado de Montevideo.

El Tratado de Montevideo del año 1.940, ha considerado al “Matrimonio” como Institución de cardinal relevancia y le ha otorgado régimen de protección conceptuándolo como de Orden Público Internacional. (arts. 13, 15)

INSTRUMENTOS PÚBLICOS. Requisitos para su validez.

La Ley N° 270/93, que aprueba el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, en el Valle de las Leñas, Departamento de Malargüe, Provincia de Mendoza, República Argentina, le ha dado a los instrumentos públicos emanados de los Estados partes del Tratado de Montevideo la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos (Artículo 25).

MATRIMONIO. Tratado de Montevideo.

El Tratado de Montevideo establece la regulación de los impedimentos que obstan a la celebración del matrimonio, siendo ellos contemplados por la Ley del lugar de celebración, fijados por aquellos impedimentos estimados como indispensables y forzosos.

INSTRUMENTOS PÚBLICOS. Requisitos para su validez. Protocolo de Las Leñas.

El Protocolo de las Leñas, vigente por ley 270/93, contempla específicamente la situación de las constancias de los documentos emanados de autoridades de los Estados Partes, entre los cuales, obviamente se halla la República Argentina, en sus art. 26, disponiendo expresamente que dichos documentos quedan exentos de legalización, apostilla u otra formalidad análoga.

MATRIMONIO. Nulidad del matrimonio.

Nulo como lo es el matrimonio por impedimento de vínculo subsistente al momento de su celebración, encuentra aplicación el art. 356 del Cod. Civ.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 03-06-2011. "J.H.W. c. C.A.R. s. Nulidad de Matrimonio" (Ac. y Sent. N° 320).

Previo estudio de los antecedentes la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, está ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Garay, Torres K. y Bajac.

A la primera cuestión el señor Ministro César Antonio Garay dijo: La impugnante indicó que sus "Agravios" pueden ser atendidos: "*dentro del recurso de apelación, por estar íntimamente ligada a ella, y a la esencia de la decisión asumida en la resolución cuestionada*". Por lo demás, tampoco se han advertido conculcaciones formales que admitan la aplicación oficiosa de la Ley para anular el Fallo. Y, en consecuencia, corresponde declarar Desierto el Recurso interpuesto. Así voto.

A su turno el Ministro Bajac Albertini manifestó que: Se adhiere al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A su turno el Ministro Torres Kirmser manifestó que: Atento a lo expuesto por el propio apelante a f. 158, quien expresamente se remite a los dichos expuestos al tratar la apelación sin, empero, desistir expresamente del recurso a norma del art. 167 del Cod. Proc. Civ.; no cabe sino declarar desierto la nulidad. Se adhiere, pues, con dicha acotación, al voto del preopinante.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por S.D.N° 778, del 23 de octubre del 2.007, el Juzgado de Primera

Instancia en lo Civil y Comercial de Séptimo Turno, resolvió: “*HACER LUGAR a la demanda de conocimiento ordinario sobre nulidad de matrimonio promovida por la señora J. H. W. contra el señor C. A. R.. DECLARAR NULO el matrimonio celebrado entre los señores C. A. R. y J.E H. W...IMPONER las costas a la parte demandada...*”.

Por Acuerdo y Sentencia Número 2, del 5 de Febrero del 2.010, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, decidió: “*REVOCAR, con costas la sentencia apelada...*”.

La señora Agente Fiscal en lo Civil y Comercial asignada al Séptimo y Octavo Turnos, Abog. Gilda María Acevedo de Corina, aconsejó revocar el Fallo impugnado en los términos de su Dictamen N° 1.717, del 2 de septiembre del 2010, por considerar: “*...dado el primer matrimonio celebrado en la Argentina fue acreditado con Certificado de Matrimonio Argentino, y dado el mismo no se hallaba disuelto al celebrarse el matrimonio cuya nulidad se pretende, deberá anularse el segundo matrimonio celebrado en el Paraguay, por existir impedimento de ligamen...en relación a la falta de inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas, entendemos que los artículos 31 y 39 de la Ley 1266/87 disponen la inscripción es necesaria a los efectos de probar hechos y actos del estado civil acaecidos en el territorio nacional, y no inscriptos en dicho registro público. Sin embargo, aquellos nacimientos, matrimonios o defunciones acaecidos en la Argentina, probados con las certificaciones expedidas por las autoridades centrales argentinas (como el caso que nos ocupa), no necesitan ser inscriptos en la República a efectos de probar su existencia en el país, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 270/93 que aprueba el Protocolo de las Leñas...*”.

La apelante en su Memorial alegó: “*...El Acuerdo y Sentencia N° 2 del 5 de febrero del año en curso...causa un grave perjuicio...porque se aparta de los elementos probatorios diligenciados en autos...ha pretendido desconocer lo que ha reconocido plenamente el accionado C. A. R. cual lo constituye el primer matrimonio celebrado en la República Argentina con la Sra. S. N. S.,...y lo ha sostenido a lo largo de todo el juicio, y con ello ha pretendido restar eficacia a lo dispuesto en el Art. 179 del Código Civil Paraguayo, que considera nulo al matrimonio celebrado con impedimento de ligamen...*”.

Cabe –a modo de prelusión– reseñar que J. H. W. demandó por nulidad de matrimonio a Carlos Alberto Rosales con quien se desposó el 22 de Febrero de

1.985 en Ciudad La Asunción, alegando haber tenido conocimiento reciente que el demandado se hallaba vinculado por matrimonio anterior con Silvia N. S. celebrado el 15 de Enero de 1.982 en San Isidro, Provincia de Buenos Aires, República Argentina.

C. A. R. expuso:

I) La actora estaba en conocimiento de su matrimonio anterior consintiendo la unión en tales condiciones.

II) Se divorció en la República Argentina en el año 1.988, tal como se aprecia en la Nota marginal del Certificado de matrimonio legalizado y protocolizado obrante a fs. 67.

III) Aseveró que su vínculo anterior no se halla inscripto en el Registro del Estado Civil de las Personas, por lo que carece de valor jurídico relevante en la República del Paraguay, siendo el único matrimonio válido, el celebrado en el país.

El Juez de Primera Instancia declaró la nulidad del matrimonio contraído por C. A. R. y J. H. W., por las motivaciones siguientes: “...*La inscripción en nuestro sistema jurídico carece de efecto constitutivo, es decir, no tiene la virtualidad de hacer nacer derechos. Solo tiene efecto declarativo y deviene obligatoria a los efectos de la publicidad de los actos jurídicos. Estos producen sus efectos desde que son celebrados, es decir, en las relaciones de las partes entre si quedan perfectos desde ese momento. No así en las relaciones con terceros, respecto a los cuales producen efectos de su inscripción...*”.

No obstante esos fundamentos sólidos la Alzada razonó disímil: “...*cabe señalar que los elementos del acto matrimonial son: 1) La capacidad de los contrayentes; 2) La ausencia de impedimentos; 3) El consentimiento de los contrayentes, y 4) La forma... Los tres primeros elementos deben ser considerados, sin posibilidad de ninguna duda, como aquellos absolutamente necesarios para la constitución del acto matrimonial propiamente dicho (elementos constitutivos). En cuanto al cuarto elemento, la Forma, debe discriminarse finamente si dichas formas son exigidas por la ley “AD SOLEMNITATEN” o “AD PROBATIONEM”. En el primer caso (forma ad solemnitatem), dicho elemento resultaría constitutivo del acto matrimonial propiamente dicho; en el segundo caso, la forma sería exigida solamente a los efectos probatorios...la “forma” es exigida por las legislaciones no solamente como elemento constitutivo del acto jurídico de que se trate (ad solemnitatem), sino, en algunos casos, como un elemento proba-*

torio de la existencia del mismo. En otras palabras: un acto jurídico puede ser válido por haberse perfeccionado conforme las exigencias constitutivas de la ley, pero no probarse por haberse omitido un elemento formal requerido por la ley a dicho efecto...formalmente no se encuentra probado que haya existido entre el demandado en este juicio y .S N. S. un matrimonio celebrado en la Argentina en el año 1982...no podría alegarse como fundamento de la pretensión de nulidad de matrimonio en esta demanda la causal de impedimento de ligamen (matrimonio anterior válido) por no haberse producido en autos la única prueba formal exigida por la ley...”.

Se ha probado en Juicio la preexistencia del matrimonio del demandado C. A. R. con S. N. S., formalizado el 15 de Enero de 1.982 y su divorcio en el año 1.988 (fs. 67). Idem el posterior casamiento de éste con J. W. celebrado en Ciudad La Asunción el 22 de Febrero de 1.985 (fs. 7), extremos acreditados por instrumentos públicos, no redargüidos de falsedades.

Estas uniones no sólo fueron corroboradas por instrumentos públicos, sino que existe correspondencia entre lo manifestado por las Partes en el proceso, la Absolución de Posiciones de Carlos Alberto Rosales (fs. 106) y los testimonios de G. O. R.G. (fs. 108), O. A.M. R. (fs. 110) y V. G. B. (fs. 109).

Cabe enfatizar que la ausencia de impedimentos impeditivos debe darse al tiempo de contraer matrimonio. Y aunque el demandado se divorció 6 años después, es indiscutible que el impedimento de ligamen subsistía al tiempo de la celebración (del que fue su segundo matrimonio), conminándolo a nulidad insalvable. El posterior estado de divorcio no puede convalidar este vicio, puesto que se trata de un defecto insanable.

Desde el conocimiento y la evolución de los fundamentos sociológicos las Sociedades tienen a la Familia como célula fundamental y cimiento de la convivencia más armónica, cuyas proyecciones se encuentran en las parejas (mujeres y hombres), descendencia (prole), ascendientes (abuelas, abuelos, tíos, etc).

“La familia es, por tanto, una institución típica,²⁴ y sin duda la más importante de todas. Hemos de ver la profunda influencia que este punto de partida tiene en su regulación jurídica... El matrimonio es la base necesaria de la familia legítima. Basta recordarlo para comprender su trascendencia en todo el derecho de familia y más aún en toda la organización social. Por ello decía Cicerón que el matrimonio es *principium urbis et quasi seminarium rei publi-*

cae” (Guillermo A. Borda, “Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia”, 5ª edición, pp. 23, 45). El objeto del “impedimento de ligamen” radica en que sólo en el matrimonio monógamo puede darse relación de igualdad de valores y de bienes, ya que el compartir paralelamente el vínculo matrimonial con varias personas, produce situación que lesiona la Justicia. Es por ello que el matrimonio monógamo es Institución de Orden Público que se vincula estrechamente con el orden social de la Humanidad.

La Ley Fundamental en sus Artículos 51, 52 y concordantes ha jerarquizado al máximo todo lo concerniente al matrimonio.

Nuestro Código Civil es taxativo al disponer:

Art. 179: “*El matrimonio es nulo: a) cuando se realiza con alguno de los impedimentos establecidos en los artículos 140, 141 y 142...*”; en correlación con el Art. 141: “No puede contraer matrimonio quien está vinculado por un matrimonio anterior”.

Al igual que la Ley N° 1/92, en su Art. 17: “*No pueden contraer matrimonio:...2) Los ligados por vínculo matrimonial subsistente...*”.

Borda afirma: «...los hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio... Se llaman dirimentes los que no permiten matrimonio válido y que obligan a anularlo si no se hubiera celebrado... En segundo término, tienen sanciones posteriores al acto. Si este se hubiera celebrado no obstante la existencia de un impedimento dirimente, el Juez debe anularlo...La declaración de nulidad de matrimonio trae aparejadas las consecuencias que son inherentes a toda invalidez: el acto deja de producir sus efectos normales no ya a partir de la sentencia que lo decide, sino desde el momento mismo de la celebración...» (Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia, Segunda Edición, ps. 75/77, 160/161).

Ilustra Zannoni: “...sintéticamente podemos afirmar que son impedimentos aquellas prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio. Tales prohibiciones tienen sustento, por supuesto, en hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan al sujeto. Sin embargo, el impedimento no es, en si mismo, el hecho o situación jurídica preexistente, sino la prohibición que, en consideración a ellos, formula la ley... El impedimento de ligamen está constituido por el matrimonio anterior; mientras subsista» (art. 166, inc. 6°). Son obvios sus fundamentos y su vigencia universal en los sistemas jurídicos que solo aceptan el matrimonio monogámico, independientemente de

la disolubilidad del vínculo por divorcio o de la Indisolubilidad en vida ambos cónyuges. En nuestro derecho, a partir de la vigencia de la reforma del Cod. Civil por la ley 23.515, el matrimonio válido se disuelve no sólo por la muerte de uno de los cónyuges, sino también por la sentencia de divorcio vincular (art. 213, inc. 3º), que puede también decretarse por conversión de una anterior sentencia firme de separación en los plazos y formas establecidos por el art. 238 (conf. Art. 216). Además, se ha conservado la habilidad nupcial del cónyuge declarando ausente con presunción de fallecimiento, manteniendo entonces vigencia lo dispuesto en el art. 31, parr. 1º, de la ley 14.394 (conf. Art. 2º). Salvo estos casos, y dado el supuesto en que un matrimonio anterior fuese declarado nulo (arts. 219 y 22, Cod. Civil), el vínculo matrimonial subsistente constituye impedimento dirimente para la celebración del otro matrimonio...” (Eduardo A. Zannoni, Derecho Civil, Derecho Familiar, Tomo I, Segunda Edición, ps. 188, 201).

Se concluye, pues, que existe y se ha demostrado el “impedimento de ligamen” que afecta al demandado. No obstante, son contradictorios los juzgamientos asumidos al momento de otorgar validez probatoria al Certificado de matrimonio legalizado y protocolizado, expedido en la República Argentina con todas las formalidades inherentes a la Legislación de dicho país, pero carente de inscripción en el nuestro, lo cual -para la Parte demandada y Alzada- hace que dicho instrumento público carezca de validez probatoria en la República del Paraguay.

Ese convencimiento jurídico, halla sustento en la interpretación de las normas contempladas en la Ley Nº 1.266/87 “Del Registro del Estado Civil”, a saber:

Art. 31: “Las partidas del Registro del Estado Civil y las anotaciones marginales, los testimonios de ellas y los certificados legalmente expedidos son instrumentos públicos. Ninguna certificación expedida por otro registro podrá tener fuerza legal probatoria respecto de hechos y actos del estado civil, sin la previa inscripción en los libros correspondientes del Registro del Estado Civil, ordenada por el Juez competente”.

Art. 39: “La inscripción de documentos relativos al Estado Civil expedidos en el extranjero se hará, cuando corresponda, previa legalización. Los que no estuvieren en el idioma oficial serán vertidos al español por traductor público”.

La falta de inscripción del Certificado de matrimonio en el Registro Civil, aunque carezca de efectos constitutivos, no adolece de sus consecuencias ad

probationem, para esta finalidad. Su inscripción resulta superflua y excusada debido a que los instrumentos presentados hacen plena fe, pues no han sido redargüidos de falsedades ni se han invalidado por la acción legal pertinente, declarada en Sentencia con autoridad de Cosa Juzgada. Es más, no existe controversia: ambas Partes han reconocido la existencia del matrimonio antes celebrado en la República Argentina.

El Tratado de Montevideo del año 1.940, ha considerado al “Matrimonio” como Institución de cardinal relevancia y le ha otorgado régimen de protección conceptuándolo como de Orden Público Internacional. En tal sentido ha dispuesto:

Art. 13: *“La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra. Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de algunos de los siguientes impedimentos:...e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente”.*

Art. 15: *“La ley del domicilio conyugal rige: a) La separación conyugal; b) La disolubilidad del matrimonio; pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal. En ningún caso, la celebración del subsiguiente matrimonio, realizado de acuerdo con las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia; c) Los efectos de la nulidad del matrimonio contraído con arreglo al art. 13”.*

Asimismo, la Ley N° 270/93, que aprueba el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, en el Valle de las Leñas, Departamento de Malargüe, Provincia de Mendoza, República Argentina, le ha dado a los instrumentos públicos emanados de los Estados partes del Tratado la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos (Artículo 25).

Ya entrando a analizar la Ley N° 1.266/87, cuyo Art. 31, reza: *“Ninguna certificación expedida por otro registro podrá tener fuerza legal probatoria respecto de hechos y actos del estado civil...”* hace esta preceptuación de manera genérica y en referencia a todos los actos del estado civil. Sin embargo, el Art. 39

es más específico: “*La inscripción de los documentos relativos al Estado Civil expedidos en el extranjero se hará, cuando corresponda...*”. Este precepto legal a fin y relacionado con los Tratados previamente rememorados en correlación con el Art. 77: “*En el libro de matrimonio se inscribirán todos los que se celebren en el territorio nacional, y los contraídos en el extranjero en los casos previstos en los artículos 41 párrafo 2º y 44. Se inscribirán, asimismo, en las Oficinas fijadas por la Dirección General, los matrimonios de paraguayos o extranjeros que tengan domicilio en la República...*”.

Conforme esta Ley, los matrimonios que deben ser inscriptos son los siguientes:

I) Matrimonios celebrados en el territorio nacional.

II) Matrimonios contraídos en el extranjero de paraguayos al servicio de la representación diplomática y consular y la celebración de Matrimonios en artículo de muerte.

III) Matrimonios paraguayos o extranjeros que tengan domicilio en la República.

Estos son los casos puntualizados que tiene que inscribir en el Registro del Estado Civil, no enmarcándose aquí la situación estudiada en ninguno de ellos.

Los Artículos 31 y 39 de la Ley N° 1.266/87 deben ser observados de manera armónica con las normas previamente transcritas, adecuándolos al caso específico.

Enseña Borda en cuanto a caracteres esenciales del matrimonio: “...d) Es *legal*. No basta la simple unión del hombre y la mujer, aunque tenga permanencia, ...o se hallan engendrado hijos; es preciso además que se haya celebrado de acuerdo a la ley. Sólo así queda bajo el amparo y la regulación de ésta” (Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia, Quinta Edición, p.46).

Es por ello, que nuestra Constitución, al disponer en el Art. 137 el orden de prelación, otorga primacía y preeminencia, (después de ella) a: “...*los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados...*”. Por tal motivo, el Tratado de Montevideo del año 1940, resulta primordial para la solución jurídica del caso en estudio.

En el Derecho comparado, se niega validez al matrimonio existiendo uno anterior legalmente celebrado por adolecer de “impedimento de ligamen” dejando inválido el segundo matrimonio mientras subsista la primera unión, por ser esta cuestión de Orden Público Internacional.

“No obstante cabe destacar que en forma similar a como lo disponía el art. 2º de la ley 2393, en la actualidad también los arts. 159 y 160 del Cód. Civil determinan que la validez del matrimonio se rige por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rige; pero no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en país extranjero mediando, entre otros, el impedimento de ligamen establecido en el art. 166 inc. 6 del mismo Código, esto es, el matrimonio anterior mientras subsista. Tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero debe considerarse, pues, el derecho del lugar de su celebración, pero ese reconocimiento tiene un límite dado por la existencia de impedimentos matrimoniales de orden público internacional enumerados en el referido art.166 del Cód. Civil (S.C.B.A., Ac. 59.469 del 22/2/96; Zannoni, E. “Derecho Civil”, Derecho de Familia, t. 1-339, Bs. As., 1998)....” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II B., G. F. o H. F. s/suc. 24/06/2003”.

“A tales efectos, considera de aplicación la doctrina del fallo plenario de esta Cámara, in re »Martínez González de Zanotti, Marina s. sucesión», que establece la innecesariedad de la promoción de la acción de nulidad para privar de eficacia a la partida de matrimonio extranjero con impedimento de ligamen dejando sentado que no () ha perdido vigencia ante el dictado de la ley 23.515, dado que el impedimento previsto por el artículo 166 inciso 6º del Código Civil, rige con prescindencia de la indisolubilidad o disolubilidad del vínculo, impidiendo cualquier tipo de sanación del vínculo afectado de nulidad absoluta, en atención que el señor Segismundo Szmuleweiz se encontraba separado en los términos del artículo 67 bis de la ley 2393, lo que no le otorgaba a la fecha de celebración del segundo matrimonio aptitud nupcial, ello independientemente que dicho enlace pudiera ser válido en el país donde se celebró...Cabe agregar que la doctora Berta Kaller de Orchansky al comentar el artículo 160 del Código Civil, señala que seis de los nueve incisos del artículo 166, entre los que se ubica al matrimonio anterior mientras subsista, configuran impedimentos dirimentes de orden público internacional, que acarrearán la nulidad de los matrimonios celebrados en el extranjero, aunque el Derecho del Estado donde se contrajo no hubiera contenido esas prescripciones. Añade: «se mantiene el impedimento de ligamen, siendo la redacción del inciso 6º idéntica a la ley 2393, agregando que los contemplados en los incisos 5º, 8º y 9º, son de orden público –no dirimentes– (conf. Bueres, Alberto – Highton, Elena, “Código Civil y normas complementa-

rias, análisis doctrinario y jurisprudencial”, tomo 1, página 807). Recordando a Werner Goldschmidt, el mismo expresó en su Tratado de Derecho Internacional Privado (edición 1980, páginas 299/307), que un caso como el presente se trataba de bigamia internacional patente, que está a la vista, por lo que corresponde desconocerle efectos en el país...” (CNCiv., sala D, 29/02/08, Szmuleweiz, Segismundo s. información sumaria.).

Consolidando el mismo razonamiento jurídico nuestra Legislación asumió en Tratados y Acuerdos Internacionales que dichos impedimentos deben ser respetados plenamente, aunque se traten de actos celebrados de conformidad ala Ley extranjera, imponiendo en su territorio el acatamiento de esos impedimentos insoslayables y obligados.

Exempli gratia: El Tratado de Montevideo establece la regulación de los impedimentos que obstan a la celebración del matrimonio, siendo ellos contemplados por la Ley del lugar de celebración, fijados por aquellos impedimentos estimados como indispensables y forzosos.

Opinar de otra manera, sentaría precedente peligroso al contravenir el mismo “Estado Social de Derecho” y el “Orden Público Internacional”, inobservando la Constitución y los Tratados Internacionales aprobados y ratificados, reconociendo como válido cualquier matrimonio fraudulento en el cual uno de los contrayentes se halla afectado de impedimento de ligamen e igualmente contrajo nupcias a sabiendas que es terminantemente prohibido.

Que un varón o mujer pueda compartir simultáneamente el vínculo matrimonial con más de una persona, e incluso dependiendo del país con varios consortes, conculcando no solamente el Orden Público Internacional sino atentando contra las bases mismas del Derecho Natural y del Cristianismo.

El Art. 13 del Tratado de Montevideo del año 1.940 zanja la controversia suscitada al establecer: “...Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de algunos de los siguientes impedimentos:...e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente...”. Por lo que no existe otra alternativa -jurídicamente válida- que la de admitir la nulidad del matrimonio celebrado en nuestro país, por ser posterior al celebrado en la República Argentina.

Por estas motivaciones, corresponde la revocación del Acuerdo y Sentencia Número 2, dictado el 5 de febrero del 2010, por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala. Y Costas imponer a la perdidosa, en virtud de

lo dispuesto por los Artículos 192, 203, inciso b) y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno el Ministro Bajac Albertini manifestó que: Se adhiere al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A su turno el Ministro Torres Kirmser manifestó: APELACIÓN: Adhiero plenamente al fundado y enjundioso voto del preopinante, y me permito agregar que el Protocolo de las Leñas, vigente por Ley 270/93, mencionado por quien me precediera, contempla específicamente la situación de las constancias de los documentos emanados de autoridades de los Estados Partes, entre los cuales, obviamente se halla la República Argentina, en sus art. 26, disponiendo expresamente que dichos documentos quedan exentos de legalización, apostilla u otra formalidad análoga.

Por lo demás, coincidiendo plenamente con lo argumentado por el preopinante respecto de los matrimonios que deben ser inscriptos en el Registro Civil, el caso de autos no se enmarca dentro de dicho supuesto por cuanto que, conforme con la constancia de f. 67, ambos contrayentes residían en la Argentina; por lo que no se verifica, como bien lo dijera el señor Ministro que me antecede, la necesidad de inscripción.

De esta manera, nulo como lo es el matrimonio por impedimento de vínculo subsistente al momento de su celebración, encuentra aplicación el art. 356 del Cod. Civ.

Con lo que se dio por finalizado el Acto, firmando SS.EE todo por Ante mí de que certifico, quedado acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE:

DECLARAR Desierto el Recurso de Nulidad interpuesto. REVOCAR el Acuerdo y Sentencia Número 2, de fecha 5 de febrero del 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, conforme a las motivaciones expuestas.

IMPONER Costas a la vencida.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: César Antonio Garay, Miguel Oscar Bajac y José Raúl Torres Kirmser

Ante mí: Alejandrino Cuevas Cáceres. Secretario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 374

Cuestión debatida: Corresponde examinando si son o no pasibles de nulidad: 1) las Asambleas generales ordinarias de “Lord Leather S. A.” celebradas el 14 de abril del 2003 (Acta N° 2) y el 20 de enero del 2004 (Acta N° 3); 2) las Actas de Directorio de dicha Sociedad, a partir del 14 de abril del 2003; entre otros.

SOCIEDAD. Asamblea de accionistas.

Del art. 1087 y 1089 del Código Civil se tiene que –prima facie– la publicación de la convocatoria para Asamblea General ordinaria de accionistas no necesariamente conllevaría hacer en periódico de mayor circulación en la República, dado que la Ley no hace distinción. (Voto de la mayoría)

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

En el caso, la publicación a convocatorias de Asambleas debió ser realizada en algún periódico de mayor entidad, tiraje de ejemplares, circulación, etc., en la República, porque existían serios conflictos de intereses entre los Socios, que incluso llevaron a recurrir a Instancia Judicial, no sólo en el Fuero Civil: también en el Fuero Penal. (Voto de la mayoría)

SOCIEDAD ANONIMA. Asamblea de accionistas.

La Ley (art. 1111 C.C.) protege a la Sociedad al imputar directamente a los administradores o socios por abuso societario, salvo que las situaciones de hecho puedan dar la posibilidad de acumulación de acciones de responsabilidad que pueda incluir a la Sociedad. (Voto de la mayoría)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Derechos y obligaciones de los socios.

El art. 1082 del Código civil no hace distinción de que la publicación deba hacerse en un diario de gran circulación, sin embargo, al existir conflictos de intereses entre los socios que obligaron a la parte actora a iniciar acciones judiciales en el ámbito civil (Intervención Judicial) y penal (lesión de confianza) contra los directivos de la empresa, debió publicarse en uno de gran circulación. (Voto de la mayoría)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Derechos y obligaciones de los socios.

La finalidad del Edicto es la publicidad; y para los diversos tipos de asuntos Judiciales o Administrativos, las leyes nacionales exigen la publicación en medios masivos de comunicación escrita, con el fin de que el mayor número de personas que tengan interés puedan informarse y acudir ante un Juzgado, ante las de-

pendencias que ordenaron la publicación o en los lugares indicados para uno u otro acto, para hacer efectivo sus derechos.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

La publicación de edictos de las asambleas societarias debe constituirse en medio idóneo que asegure la debida publicidad con la mayor circulación de la información para que todos los accionistas, puedan tener conocimiento de la convocatoria y poder así defender sus derechos societarios.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

El Diario Correo Comercial no es de gran circulación o de venta masiva ya que originalmente fue constituida, con los auspicios del la Corte Suprema de Justicia, como un medio para: *“defender, difundir, la verdad y la justicia en forma exclusiva a través de la pluma y de los grandes pensadores doctrinarios del derechos”*. Puede deducirse que era de naturaleza eminentemente jurídica y otorgaba espacio a los magistrados y profesionales del derecho a expresar sus opiniones.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

En cuanto a su venta, el Correo Comercial no tiene el carácter de publico debido a que los puestos para el efecto se encuentran limitados a su casa central y en sedes judiciales, que como se sabe, estas últimas, no se encuentran abiertas al público todos los días de la semana, circunscribiéndose su tirada a la cantidad de anunciantes.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

Los diarios de gran circulación de la República facilitan el acceso de la información a cualquier ciudadano en los puestos de venta en innumerables lugares así como también a través de sus distribuidores y vendedores.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas

Las cuestiones administrativas como las convocatorias de asambleas, por su relevancia, deben ser publicadas en diarios de gran circulación de tal suerte de que cumpla, aunque no se consigne expresamente, con el espíritu de la norma, es decir, que las personas interesadas puedan tener acceso a la información de tal suerte a precautelar sus intereses societarios.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas

La verdadera finalidad de la publicación de edictos es la de lograr la mayor y más amplia difusión del acto, y los órganos jurisdiccionales deben adoptar todas las medidas garantistas que resulten razonablemente adecuadas para

asegurar la defensa de intereses societarios partiendo de la información y el acceso correcto a un acto importante como es la asamblea, evitando con ello, se impida hacer efectivo la defensa de derechos societarios reconocida por ley.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas.

La ley tiene previsto derechos esenciales y límites necesarios de cada socio, cuya voluntad expresada a través de la Asamblea deben encuadrarse dentro de los márgenes del orden público propiciando la debida tutela al interés social e individual de cada integrante de la sociedad.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Derechos y obligaciones de los socios.

Al haberse soslayado derechos esenciales del accionante como socio y perjudicado por las decisiones irregulares ante la falta de debida publicidad contraviniendo la norma del Artículo 1.082 del Código Civil y el Artículo 17 del Estatuto Social; deben declararse nulas las publicaciones de las convocatorias, y con ellas, las Actas del Directorio de la sociedad y todos los actos, gestiones y decisiones que fueron su consecuencia, como la transferencia de los bienes contenidos en el contrato de compraventa celebrado.

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

La legislación civil (art. 1082 C.C.) dispone que la publicación se efectúe en un diario, más nada. Y en ese sentido, no hallamos defectos de derecho en la posición de los Juzgadores de Alzada, que sostuvieron que atendiendo a las características del Correo Comercial y a que éste ya fue empleado con anterioridad para los mismos efectos y por la misma sociedad, la posición sostenida por los demandantes no podría tener asidero jurídico. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas

No podría alegarse que el medio empleado para publicar la asamblea – correo comercial– no haya podido alcanzar la finalidad de hacer saber el llamado a la asamblea de Accionistas, cuando que sus ejemplares se hallan a disposición de los interesados y sobre todo constituyó el medio al que se recurrió con anterioridad para proceder a la publicación de convocatorias a asambleas de la misma firma. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD. Nulidad de la asamblea.

El argumento central sostenido por el Juzgador A quo, de que a su entender, se suscitaron disputas o diferencias entre accionistas lo que tuvo que significar un cambio del medio usualmente empleado por la firma demandada, care-

ce de solidez y precisión para sustentar la nulidad del llamado, por cuanto que dicha afirmación denota una apreciación muy subjetiva del Juzgador que colisiona con el principio de seguridad jurídica y, a lo único que conduciría es a sobrecargar de recaudos a la publicación que no son requeridos ni siquiera por la propia Ley. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD. Publicidad asamblea ordinaria.

Lo verdaderamente relevante para el caso en estudio, es el estricto acatamiento a la Ley y a los Estatutos de la Sociedad, no pudiendo pasar desapercibido el hecho probado de que la propia Sociedad demandada ha empleado con anterioridad dicho medio. Las pruebas producidas en el juicio confirman esta tesis. Ciertamente, ha quedado probado el empleo del “Correo Comercial” en otras oportunidades, para los mismos fines que hoy día se cuestionan con la presente demanda. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Acciones de la sociedad anónima.

En cuanto a la falta de mayoría también alegada por la parte Actora, corresponde señalar que el hecho de que en las actas de asambleas impugnadas se haya mencionado que las cuestiones propuestas en el Orden del día, hayan sido aprobadas por “unanimidad”, no demuestra ni señala que los Directores de la firma, hayan votado por la aprobación o rechazo de cuestiones societarias, de las cuales se hallan expresamente impedidos de votar. La voz “unanimidad” hace alusión y se aplica, *al conjunto de personas que tienen la misma opinión* sobre algún punto en particular, y por lo tanto, significa una posición coincidente entre dos o más personas, sin que se haya exteriorizado alguna opinión diferente o disidente de otra persona, sobre el objeto sobre el cual se analiza o discute. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas.

En el caso, del empleo de la palabra unanimidad resultaría un desacierto pretender extraer una conclusión en torno a que todos los Directores/Accionistas han votado, por cuanto, que ella pudo haberse formado o construido en base a la voluntad de quienes tenían derecho al voto, Accionistas/no directores, para la aprobación del punto 3) de las Asambleas impugnadas, obviamente por no ser Directores o Gerentes de la Sociedad. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas.

Lo que pueden colegirse válidamente es que a más de los Directores, *se hallaban Accionistas que si podrían votar válidamente* sobre los puntos de apro-

bación del balance y gestión de la comisión directiva. Si estos Accionistas votaron por la aprobación de tales puntos, la aprobación de los puntos cuestionados, se halla ajustada a derecho y, si lo hicieron en el mismo sentido, sin formularse diferentes criterios, pues, habrá además “unanimidad”, es decir, que la voluntad de los votantes fue coincidente, sin poder sostenerse la existencia de disidencias o diferencias de votos. De las actas de asamblea no surgen constancias fehacientes de que los Directores hayan votado en este punto. En realidad, solo consta que la Asamblea se ha constituido con un capital Accionario de 50% de votos, en el que se hallaban también incluidos directores de la Sociedad demandada. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

SOCIEDAD ANÓNIMA. Asamblea de accionistas.

Los Directores sí pueden votar en algunos puntos que se mencionan como puntos de la asamblea, “*solo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas*” Art. 1086 del Código Civil, sin embargo, la prohibición únicamente atañe a que no podrán hacerlo sobre la “*aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción*”, caso para el cual los restantes Accionistas que se hallaban presentes en el Acto Asambleario conformaran la mayoría, con exclusión del porcentaje de acciones que se halla en poder de los Directores y Gerentes de la Sociedad, inclusive. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

COSTAS. Costas en el orden causado.

Las costas procesales, deben ser impuestas a las partes por su orden. Se constata que tanto los Recurrentes, como los Demandados ejercieron sus respectivas acciones y defensas, ante esta Instancia, en el convencimiento de hallarse jurídicamente autorizados para ejercerlo, por lo que de conformidad al Art. 193 del CPC, hallamos suficientes razones para esta forma de imposición. (Voto en disidencia del Ministro Sindulfo Blanco)

CSJ, Sala Civil y Comercial. 15-06-2011. “Luis Alberto Zarza Figueredo c. Lord Leather S.A. y otros s. Nulidad de Asambleas y Remoción de Administradores” (Ac. y Sent. N° 374)

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En su caso, ¿ se halla ajustada a Derecho?

A los efectos del análisis correspondiente de las cuestiones a ser estudiadas y con el objeto de establecer un orden en la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: GARAY, BAJAC ALBERTINI Y BLANCO.

A la primera cuestión planteada, el señor Ministro César Antonio Garay dijo: El recurrente no ha fundado el Recurso y dado que tampoco se advierten vicios que ameriten la sanción de nulidad ex officio, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 113 del Código Procesal Civil, corresponde declarar Desierto según lo establecido en el Artículo 419 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

ASUS TURNOS LOS MINISTROS MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI Y SINDULFO BLANCO, manifestaron: Que se adhieren a los fundamentos sostenidos por el distinguido Ministro Primer Opinante.

A la segunda cuestión el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por el Acuerdo y Sentencia Número 106, con fecha 11 de noviembre del 2009, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, en mayoría (con sólida y enhiesta disidencia) resolvió: “*DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto por los recurrentes; REVOCAR en todas sus partes la S. D. N° 644 de fecha 20 de agosto de 2.008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno y consecuentemente, dejar sin valor todos sus efectos jurídicos; IMPONER las costas a la perdedosa; ANOTARSE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia*” (fs. 1.071/1.118).

Por S. D. N° 644, dictada el 20 de agosto del 2008 por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Octavo Turno, se resolvió: “1) *NO HACER LUGAR, con costas, a la excepción de falta de acción planteada por la firma SEGURIDAD PARAGUAYA S.A.; 2) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de nulidad de las asambleas generales ordinarias de accionistas de la firma LORD LEATHER S.A., celebrada el 14 de abril de 2003 y el 20 de enero de 2004 y, en consecuencia, anular todos los actos jurídicos celebrados por la empresa a partir del 14 de Abril de 2003 hasta la fecha; 3) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de nulidad de todas las actas de Directorio de la firma LORD LEATHER S.A., correspondientes a todas la reuniones realizadas a partir del 14 de abril de 2003 hasta la fecha; 4) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de nulidad del contrato de compraventa celebrado el 2 de abril de 2003, entre la*

firma LORD LEATHER S.A. y la firma SEGURIDAD PARAGUAYA S.A. (SEGUPAR S.A.); 5) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de nulidad de las escrituras públicas N° 13 y N° 18, autorizadas por la Esc. Nelly Isabel Acuña Talavera del 29 de marzo y del 12 de abril de 2004, respectivamente, cancelando sus anotaciones registrales correspondientes en la Dirección General de los Registros Públicos; 6) DISPONER la reivindicación a favor de la firma LORD LEATHER S.A. de la Finca N° 17.265 del Distrito de San Roque y de la Finca N° 6.893 del Distrito de Pedro Juan Caballero, y de todos los bienes muebles individualizados en el contrato del 2 de abril de 2003, celebrado entre las firmas LORD LEATHER S.A. y SEGURIDAD PARAGUAYA S.A., ordenando que la firma SEGURIDAD PARAGUAYA S.A. desocupe los inmuebles reivindicados en el contrato del 2 de abril de 2003, celebrado entre las firmas LORD LEATHER S.A. y SEGURIDAD PARAGUAYA S.A., ordenando que la firma SEGURIDAD PARAGUAYA S.A. desocupe los inmuebles reivindicados y devuelva los bienes muebles aludidos en el plazo no mayor a diez días civiles, contados a partir de que la presente resolución quede firme y ejecutoriada; 7-) HACER LUGAR, con costas, a la demanda de remoción de los administradores de la firma LORD LEATHER S.A., señores Favio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Dol-dàn y, en consecuencia, inhabilitarlos para administrar dicha sociedad; 8-) LIBRAR oficio a la Dirección General de los Registros, una vez que quede firme y ejecutoriada la presente resolución, para la toma de razón correspondiente que las Escrituras Publicas Nos. 13 de fecha 29 de marzo de 2004 y No. 18 de fecha 12 de abril de 2004, autorizadas por la Esc. Nelly Isabel Acuña Talavera, fueron declaradas nulas y sin ningún valor y que, en consecuencia deberán cancelar las anotaciones respectivas debiendo quedar los inmuebles a nombre de su propietario anterior (Lord Leather S.A.); 9-) ANOTAR....” (fs. 935/965).

La Resolución impugnada agravó a la Parte actora y a través de su escrito de “memorial”, que corre de fs. 1131/40, sostuvo que acreditó todos los extremos reclamados en su demanda, tales como: 1) la publicación de las convocatorias no cumplieron su función; 2) el directorio elegido, integrado por parientes y amigos, vació la empresa en perjuicio de los demás accionistas (del otro 50 %), simulando para el efecto endeudamiento irreal (entre padres y hermanos), tomando préstamos ficticios, a tasas usurarias, fingiendo gastos inexistentes, vendiendo aparentemente la totalidad del patrimonio social a empresa vinculada (propiedad de ellos o sus parientes), como demuestra su permanencia en el

inmueble supuestamente vendido (después de venderlo, inventando alquiler que no resiste el menor análisis), el precio irrisorio (más de 80 % menos de su valor real), la transferencia un año después del pago supuesto del precio y la incapacidad financiera de la compradora.

Criticó el voto (en mayoría) que estableció que no era necesario publicar en algún Diario de gran difusión la convocatoria a Asambleas generales ordinarias. En tal sentido, señaló que –precisamente– porque la Sociedad era Anónima no se conocía quienes eran los Socios a los cuales convocaba la Asamblea, siendo necesaria la publicación en Periódico de gran difusión porque además existía conflicto de intereses entre accionistas. Señaló que el Conjuez preopinante –sin ningún asidero jurídico– afirmó que su Parte se encontraba en conocimiento de la realización del acto asambleario y como estrategia optó por la no concurrencia a aquel para así atacar el valor de este y los demás actos que eran su consecuencia. Aseveró, además, que respecto a las otras cuestiones el voto del preopinante Nery Villalba –al cual adhirió Paiva Valdovinos– no hizo ningún estudio adicional ya que simplemente concluyó que al ser desestimada la acción de nulidad de Asambleas todas las demás acciones eran subsidiarias debiendo correr la suerte de la principal y ser desestimadas. Finalmente, solicitó la confirmación del Fallo dictado por el Juez de Primera Instancia Civil y Comercial, Séptimo Turno, y el voto (en minoría) del Magistrado Juan Carlos Paredes.

A fs. 1.148/1.152; 1.153/56; fs. 1.157/1.164; fs. 1.166/68, los demandados contestaron “agravios” solicitando se confirme la decisión recurrida por estar ajustada a Derecho, según ellos.

Corresponde principiar examinando si son o no pasibles de nulidad: 1) las Asambleas generales ordinarias de “Lord Leather S. A.” celebradas el 14 de Abril del 2.003 (Acta N° 2) y el 20 de enero del 2004 (Acta N° 3); 2) las Actas de Directorio de dicha Sociedad, a partir del 14 de abril del 2003; entre otros.

En ese orden, debe juzgarse examinando sobre la supuesta nulidad de las mencionadas Asambleas.

Antes de iniciar dicho estudio, cabe precisar que si bien no consta en Juicio que el accionista Luis Zarza Figueredo haya realizado cuestionamientos anteriores a la Asamblea de fecha 14 de abril del 2003, así como tampoco la accionista Miren Mirari Parot de Alfaro, esta circunstancia no es óbice, impedimento, traba e inconveniente para que puedan ejercer sus Derechos de oposiciones

dado que al ser tenedores de acciones al portador (50%) tienen plenas y legítimas facultades a efectuar todos los reclamos que afecten a sus Derechos societarios.

Argaña prevé esta situación e ilustra al respecto: *“Se discute si puede promover la acción de nulidad el accionista que con posterioridad a la resolución cuestionada de la asamblea hubiese adquirido la calidad de asociado mediante la adquisición de acciones. Siburu opina afirmativamente, fundado en que la ley, acuerda el derecho referido “a todo accionista”, sin distinción ni reserva de ningún género; en que el ejercicio de la acción por parte del accionista es una función social y en que será con frecuencia muy difícil establecer o probar si el accionista protestante lo era ya en el momento en que la asamblea general adoptó la resolución impugnada o si lo fue con posterioridad, porque siendo generalmente al portador las acciones, la transmisión se hace sin ninguna formalidad por la simple tradición, de los bienes. En este mismo sentido, Malagarriga: T. II, Pág. 222”* (Tratado de Derecho Mercantil, Tomo II, Editorial el Foro, 1.983, páginas 199/200).

Villegas explicita: *“Si en cambio se han violado reglas sobre competencia, formación, convocatoria, publicación, deliberación y mayorías, los accionistas, directores y síndicos, tienen el derecho de impugnar tales resoluciones violatorias de la ley o del estatuto o reglamento. Únicamente no pueden impugnar esas resoluciones los accionistas que las hubieren votado favorablemente, salvo que su voluntad hubiese estado viciada (por error, dolo o violencia)”* (Manual de Derecho Societario, Gherzi-Carozzo Editores, Bs. As., 1.987, pág. 313).

Hechas estas puntualizaciones, cabe señalar que se denunciaron dos causales de nulidad: la indebida publicación de las Convocatorias y la conculcación de disposiciones contenidas en los Artículos 1087 y 1089 del Código Civil.

En lo concerniente a la primera de aquellas, el Artículo 1082 del Código Civil establece el modo en que serán convocadas las Asambleas generales ordinarias de accionistas de la Sociedad Anónima, disponiendo: *“La Asamblea será convocada por medio de publicaciones hechas en un diario durante cinco días, con diez días de anticipación, por lo menos y no más de treinta. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día y los requisitos especiales exigidos por los estatutos para la participación de los accionistas. La segunda convocatoria, por no haberse llevado a cabo la asamblea, se hará dentro de treinta días siguientes y las publicaciones se efectuarán por tres días con ocho días de anticipación como mínimo”*.

Por el Artículo décimo séptimo del Estatuto Social de esta empresa los Socios fundadores establecieron: *“Las convocatorias se efectuarán por anuncios que serán publicados durante cinco días en un diario de la capital, con diez días de anticipación por lo menos y no más de treinta días a la fecha de la Asamblea. No lográndose en una primera convocatoria el quórum requerido en este Estatuto, se efectuará una segunda convocatoria dentro de los treinta días siguientes mediante anuncios que serán publicados durante tres días en un diario de la capital, con ocho días de anticipación a la fecha de la Asamblea. El Directorio podrá efectuar ambas convocatorias simultáneamente. En ese supuesto la Asamblea, en segunda convocatoria podrá celebrarse el mismo día una hora después de la fijada para la primera. Hasta tres días hábiles antes de la fecha fijada para la reunión de la Asamblea, los accionistas deberán presentar en la Sociedad sus acciones o certificados Bancarios de Depósitos de las mismas para obtener el boleto de entrada en el cual se determinará el número y clase de las acciones depositadas”.*

De las normativas citadas se tiene que -prima facie- la publicación de la convocatoria para Asamblea General ordinaria de accionistas no necesariamente conllevaría hacer en periódico de mayor circulación en la República, dado que la Ley no hace distinción. Sin embargo, el sub lite plantea circunstancias sui generis que no pueden ser obviadas y que sin dudas son atendibles, por las incommovibles motivaciones que se explicitan.

Del expediente intitulado: “Luis Alberto Zarza Figueredo s/ Intervención Judicial”, agregado por cuerda, se constata que el accionista Luis Alberto Zarza Figueredo el 31 de Julio del 2.003 solicitó medida de Intervención Judicial a “Lord Leather S.A.”

sustentado en que –a pesar de ser accionista de dicha Sociedad– no tenía acceso a su administración ni a los papeles de comercio. En ese sentido, manifestó que el Presidente del Directorio y representante legal de la Sociedad, Fabio Rivas Crovato, impedía acceder a la información social de la compañía (fs. 41/3). A tal efecto, acompañó tres telegramas colacionados de fechas 29 de Mayo del 2.003 (fs. 14/5/6) por medio de los cuales solicitó convocación a Asamblea general ordinaria de accionistas con la debida entrega de la memoria del Directorio, el balance general y el cuadro de resultados, más el informe del Síndico correspondiente al ejercicio cerrado al 31 de diciembre del 2002, con balance de corte al 30 de mayo del 2003; existencia de materia prima y cuero en proceso de industria-

lización, cantidades y calidad de productos exportados y/o comercializados en plaza, compradores, precios, etc.

Por Providencia dictada en fecha 2 de agosto del 2003, el A quo decretó la Intervención Judicial de la Sociedad y designó al Lic. Miguel Ángel Lemir Espínola como Interventor, fiscalizador de la Sociedad por el plazo allí establecido, a fin de obtener toda la información requerida por el solicitante de la medida (fs. 44).

El representante legal de la Sociedad y Presidente del Directorio, Fabio Rivas Crovato, se presentó en fecha 28 de Agosto del 2.003 y recusó al A quo (fs. 46/7). Mientras, el Interventor Judicial, por informe del 1º de septiembre del 2003, dejó constancia que: “... a ciento veinte horas de habernos hecho presentes en las instalaciones de la empresa el Sr. Favio Riva Crovato, Presidente del Directorio de la misma, pese a su declarada predisposición de colaborar, en la práctica, con distintas maniobras dilatorias, se mantiene renuente a dar cumplimiento al mandato emanado del Juzgado, fundamentalmente en lo referido a la provisión de documentos, libros, de comercio, de bancos, de actas de directorio y de asambleas, de Registros de Accionistas, etc; lo cual me habilita a presumir objetivamente, que no cuenta con dichos requisitos indispensables o que los mismos no están al día y no se encuentran en orden; circunstancias que revelan un desenvolvimiento totalmente anárquico de la empresa, con graves riesgos para los intereses de sus accionistas.” (fs. 48/51).

Siempre –en dicho proceso cautelar– cabe mencionar que en fecha 10 de Septiembre del 2.003, Luis Zarza Figueredo reiteró pedido de convocatoria a Asamblea general ordinaria de accionistas formulado anteriormente por telegramas colacionados (fs. 53/4), urgido el 10 de Septiembre del 2.003 (fs. 55/6); 8 de Octubre del 2.003 (fs. 63) y 7 de mayo del 2004 (fs. 71/3). A fs. 78/9, en fecha 14 de mayo del 2004, el representante legal de la Sociedad justificó la realización de Asambleas generales ordinarias de accionistas correspondientes a los ejercicios 2.002 y 2.003 y, en consecuencia, solicitó el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en la Intervención Judicial, afirmando: “por este medio justifico fehacientemente al Juzgado, que no solamente se ha realizado la asamblea general ordinaria correspondiente al ejercicio 2.002, sino que también se ha realizado la correspondiente al ejercicio 2.003 de la firma Lord Leather S.A. motivo por el cual la presente medida cautelar no tienen ninguna razón de ser porque se han extinguido los supuestos motivos que determinaron la aplicación de la medida” (fs. 78/9).

De lo hasta aquí relatado surge irrefutable e incuestionable que desde Mayo del 2.003 el accionista Luis Zarza Figueredo impugnó la administración de la Sociedad, solicitando informes sobre los ejercicios 2.002 con corte en Mayo del 2.003 y convocatoria a Asamblea ordinaria, primero a través de telegramas colacionados y luego ya por vía Judicial. Esta situación era perfectamente conocida por el representante legal de la Sociedad quien se presentó ante Sede Judicial y, a pesar de ello, haciendo caso omiso a dichos pedidos y a la Intervención Judicial vigente al tiempo de la tercera convocatoria a Asamblea general, convocó a la tercera Asamblea general ordinaria de accionistas, obviamente a espaldas del accionista y del propio Órgano Jurisdiccional. Más aún que dicha Asamblea tenía por objeto la aprobación de gestiones financieras que –a la sazón– definían la suerte de la empresa, con grave e irreparable perjuicio a los demás Socios no notificados debidamente de su convocatoria, como luego aconteció.

A tenor del razonamiento pergeñado surge inequívoco y palmario que la publicación a convocatorias de Asambleas debió ser realizada en algún periódico de mayor entidad, tiraje de ejemplares, circulación, etc., en la República, porque existían serios conflictos de intereses entre los Socios, que incluso llevaron a recurrir a Instancia Judicial, no sólo en el Fuero Civil: también en el Fuero Penal, como luce en el expediente intitulado: “Favio Román Fermín Riva Crovatto y otros s/ lesión de confianza”, agregado por cuerda.

Las diáfanos e irrefutables fundamentaciones explicitadas que se leen - con demasiada facilidad- a fs. 1.114 y fs. 1.115, ilustran acabadamente el extremo y relevan a esta Magistratura de nuevos estudios, por la lucidez que conllevan a partir de la Lógica Jurídica.

Abordamos a continuación el análisis del segundo argumento esgrimido por los accionantes como causal de nulidad, la conculcación de disposiciones contenidas en los Artículos 1087 y 1089 del Código Civil (fs. 105/13).

Al respecto los accionantes aseveraron que en ambas Asambleas se aprobaron contra lege la “Memoria del Directorio, Balance General y Cuenta de Ganancias y Perdidas” y demás cuestiones vinculadas a la gestión del Directorio pero sin mayoría requerida por Ley. Señalaron que los votos de Fabio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín, Antonio Carlos Barrios Fernández y Héctor Dol-dán, emitidos en las respectivas Asambleas fueron para aprobar su propia gestión y -por ello- no eran válidos. Afirmando que tampoco podía sostenerse que la

gestión del Directorio haya sido aprobada con el 12 % o el 4 % restantes respectivamente porque el Artículo 1089 exige para aprobar decisiones en segunda convocatoria, mayoría absoluta de votos presentes o cuando menos el quórum legal (fs. 113).

El Artículo 1087 del Código Civil expresa: “*Los directores y los gerentes no pueden votar sobre la aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad o remoción*”.

En tanto el Artículo 1089 dispone en lo pertinente: “*...En la segunda convocatoria se considera constituida cualquiera sea el capital representado. Las resoluciones en ambos casos serán tomada por mayoría absoluta de votos presentes, salvo que los estatutos exijan otro número*”.

El Artículo décimo octavo del Estatuto Social establece: “*Las Asambleas Generales Ordinarias se constituirán en primera convocatoria, con la asistencia de Accionistas que representen la mitad más una de las acciones con derecho a voto y cualquier número en la segunda convocatoria. Las resoluciones en todos los casos se tomarán por mayoría absoluta de votos presentes, salvo en los casos previstos en la Ley en que se requiera la mayoría de acciones con derecho a voto*”.

En el sub lite, la Asamblea general ordinaria de accionistas del 14 de abril del 2003 sesionó –en segunda convocatoria– con accionistas que representaban el 50% del capital social, integrados por: Fabio Riva Crovato (37 acciones), Jorge Riva Bogarin (2 acciones); Antonio Carlos Barrios (7 acciones); Héctor Doldán (2 acciones) y Hugo Corrales (2 acciones), según surge del Libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia a Asambleas generales ordinarias (fs. 54, expediente intitulado: “Luis Zarza Figueredo s/ Diligencias Preparatorias”).

Entre otras cuestiones se aprobó –unánimemente– Memoria del Directorio, Balance General, Cuenta de Ganancias y Pérdidas, y el informe del Síndico, correspondiente al ejercicio cerrado al 31 de Diciembre del 2.002 (fs. 74/5, expediente intitulado: “Luis Alberto Zarza Figueredo s/ Intervención Judicial”).

Teniendo que en el periodo comprendido entre octubre 2002-abril 2003, Favio Riva Crovato y Antonio Carlos Barrios Fernández se desempeñaron como representante legal y director titular de la Sociedad, respectivamente, (fs. 57/65 del expediente intitulado: “Luis Antonio Zarza Figueredo s/ Diligencias Preparatorias”), resulta obvio que lo aprobado en Asamblea eran sus propias gestiones, lo cual estaba expresamente prohibido por el citado Artículo 1087 del Código Civil.

Verón cita Jurisprudencia –reconocida– que concierne a la materia: *“El accionista puede votarse a sí mismo para los cargos de administrador o síndico porque su interés en tal caso no está en conflicto con el de la sociedad, pero su voto en asuntos que le conciernen y que debe estipular con la sociedad, hace nula la deliberación si el voto ha determinado la mayoría y, por lo tanto la formación de la voluntad social, porque él no puede constituir con un acto de su voluntad la voluntad de la sociedad”* (Sociedades Comerciales, Tomo III, Editorial Astrea, Bs. As., 1993, pág. 787)

Cabe señalar que las acciones de los mencionados administradores representaban el 88% con Derecho a voto. Sin embargo, al estar legalmente inhabilitados para votar dejaron a la Asamblea sin quórum legal, exigido por el Artículo 1089 del Código Civil y décimo octavo del Estatuto Social. Y ello es así porque los votos restantes de Jorge Riva Bogarín (2 acciones), Héctor Doldán (2 acciones), Hugo Corrales (2 acciones), representaban solamente el 12 % de acciones con Derecho a voto.

Martorell explicita: *“... La mayoría asamblearia se obtiene con el voto favorable de la mitad más uno de los presentes”* (Sociedades Anónimas, Editorial Depalma, Bs. As., 1988, pág. 258).

“Para considerar debidamente formada la voluntad social no es suficiente haber cumplido con los recaudos de convocatoria y de comunicación de los asuntos a tratar, sino que además es indispensable salvaguardar dos principios esenciales: el de presencia del accionista y el de adopción de las decisiones por mayoría” (Ibídem, pág. 257).

En relación a la Asamblea general ordinaria del 20 de enero del 2004, cabe señalar que según Actas de Directorio obrantes a fs. 66/74 del expediente intitulado: “Luis Zarza Figueredo s/ Diligencias Preparatorias”, en la Asamblea general del 14 de abril del 2003, fueron designados como Directores Titulares: Favio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán y como Directores suplentes: Juan Fiorotto y Luis Andrés Parcerisa Antonelli.

Del Libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia a Asamblea general ordinaria del 20 de enero del 2004, se tiene que los Socios depositaron acciones que representaban el 50 % del capital social, resultando que Favio Riva Crovato depositó 37 acciones, Jorge Riva Bogarín 2 acciones, Héctor Doldán 9 acciones y Juan R. Fiorotto 2 acciones. Surge, entonces, que los Directores titulares y administradores de la Sociedad representaban el 96 % de las acciones depositadas con derecho a voto.

Tal como lo mencionáramos precedentemente dichos Socios estaban legalmente inhabilitados para votar la aprobación de sus propias gestiones administrativas por expresa prohibición del Artículo 1087 del Código Civil, quedando un 4 % de acciones que no resultaba suficiente para alcanzar el quórum exigido en el Artículo 1089 del Código Civil, en concordancia con el Artículo décimo octavo del Estatuto Social.

Pasamos al estudio de la nulidad de las Actas de Directorio celebradas a partir del 14 de Abril del 2.003, solicitada por la accionante.

A tal fin, cabe citar el Artículo 361 del Código Civil que establece en lo pertinente: “*La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado....*”.

De la comprensión de la citada normativa se concluye que la nulidad de la Asamblea del 14 de Abril del 2.003 afectó a los actos que son su consecuencia. De manera que, al ser nula la referida Asamblea que aprobó el 4º Punto del orden del día, referente a la designación de un nuevo directorio, las actuaciones realizadas por dicho organismo son nulas por falta de legitimidad y ser contra legem.

En lo que respecta a la acción de nulidad por simulación, cabe señalar que la cuestión es controvertida –en Doctrina– dado que se plantea si la simulación puede presentarse en las personas jurídicas y en particular en las Sociedades Anónimas. Mosset Iturraspe considera que las personas jurídicas-en particular las Sociedades- son pasibles de simulación (Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios, ed. Ediar, 1974, Tomo I, pág. 109).

El Artículo 1111 del Código Civil imputa directamente a los administradores de la Sociedad por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por conculcación de la Ley o de los Estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

La personalidad jurídica de la Sociedad, dice Richard, “*subsiste en resguardo de los acreedores sociales y de los demás socios. No se anula ni se disuelve la sociedad, ni la norma le impone responsabilidad alguna a la misma. De allí que lo que se desestime sea la atribución de personalidad para poder exigir la responsabilidad de uno o varios administradores, que abusaron de su derecho de decisión o control*” (Sociedad y contratos asociativos, pág. 107).

De lo expuesto surge que la Ley protege a la Sociedad al imputar directamente a los administradores o socios por abuso societario, salvo que las situa-

ciones de hecho puedan dar la posibilidad de acumulación de acciones de responsabilidad que pueda incluir a la Sociedad.

Es lícito rasgar o levantar el velo de la personería para penetrar en la verdad que se esconde tras él y hacer prevalecer la justicia cuando se abusa de la personería jurídica pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley, como cuando por medio de la apariencia se pretende una evasión de responsabilidad frente a un tercero (JA, t. 1.978-II, p. 222, CN Civ., Sala B, 17-V-76).

Por último, cabe referirse a la acción de remoción de administradores.

Como dijimos, según el Artículo 1111 del Código Civil, los administradores y representantes de la Sociedad –socios o no– deben obrar con lealtad y la diligencia del buen hombre de negocios, en observancia de la Ley y los Estatutos Sociales. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables en forma ilimitada y solidaria, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión, ya sea por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

En el caso, fue probado que los administradores actuaron inobservando la Ley y los Estatutos Sociales, causando con ello perjuicios a Socios que representan el 50 % de las acciones. En efecto, no permitieron acceder a documentos de la empresa, obstruyendo y negando información de interés social, pese a existir medida de Intervención Judicial. Participaron en Asambleas sin estar legalmente habilitados para ello (Art. 1087 del Código Civil).

“Con certeza se sostiene que la responsabilidad civil y penal de los administradores de la sociedad anónima es un tema principal de su normativa, no por su aplicación efectiva, sino por su acción preventiva, que contribuye a poner mayor cuidado en el manejo de los negocios sociales, a fin de no posponer los intereses sociales a los personales, principalmente en la gran sociedad anónima que recurre al ahorro público, problema agudizado por el hecho de que los directores pueden no ser accionistas, la ineficacia práctica del control interno y el creciente predominio de la administración sobre la asamblea” (Halperín, Sociedades anónimas, págs. 447/9).

En estas condiciones, corresponde hacer lugar a la acción de remoción de los administradores Favio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán y en consecuencia, de “Leather S.A.”.

Por las sólidas e irrefutables motivaciones explicitadas corresponde -en estricto Derecho- revocar la Resolución impugnada, correspondiendo hacer lugar a la acción de nulidad de Asambleas generales ordinarias de fechas 14 de

Abril del 2.003 y 20 de enero del 2004; Ídem a la acción de nulidad de Actas de Directorio celebradas a partir del 14 de abril del 2003; y admitir la acción de remoción de administradores. En cuanto a las Costas, las mismas deben ser impuestas a la perdidosa en atención a lo dispuesto en los Artículos 192 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

A SU TURNO EL MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, manifestó cuanto sigue: Coincido con la conclusión arribada por el Ministro preopinante pero me permito hacer algunas consideraciones respecto al caso sometido a estudio.

La decisión recurrida es el Acuerdo y Sentencia N°106 del 11 de noviembre del 2.009 que revocó la sentencia N°644 del 20 de agosto del 2008 y por la cual rechazó todas las pretensiones de la actora.

La Parte Accionante dirigió sus agravios contra los argumentos expuestos contra el rechazo de la demanda en segunda instancia, argumentando que las Asambleas Generales Ordinarias de Lord Leather S.A. celebradas el 14 de abril del 2003 (Acta N°2) y del 20 de enero del 2004 (Acta N°3), como así también las Actas de Directorio de dicha Sociedad, a partir del 14 de abril del 2003, deben ser declaradas nulas al igual que todos los actos posteriores que son su consecuencia, principalmente, por haberse publicado la convocatoria para la asamblea respectiva en un diario de poca circulación y, porque en el acto asambleario fueron aprobados balances y otras decisiones importantes sin tener la mayoría necesaria por la ley y peor aún –según señaló– el directorio de la sociedad fue integrado con amigos y parientes con la intención de vaciar la empresa en perjuicio de los demás accionistas con deudas irreales, préstamos y ventas ficticias entre otros. En virtud a estos fundamentos solicitó la revocatoria de la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación y consecuentemente, exigió un pronunciamiento como la dictada por el juez de la instancia originaria.

La norma contenida en el Artículo 1082 hace referencia al primer agravio, esto en alusión a la publicación realizada en el Diario Correo Comercial. Esta expresa: *“La asamblea será convocada por medio de publicaciones hechas en un diario durante cinco días, con diez de anticipación, por lo menos y no más de treinta. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día y los requisitos especiales exigidos por los estatutos para la participación de los accionistas. La segunda convocatoria, por no haberse llevado a cabo la asamblea, se hará dentro de los treinta días siguientes, y las*

publicaciones se efectuarán por tres días con ocho de anticipación como mínimo". Esta disposición esta también en el estatuto social de la empresa en su Art. 17.

La citada regla no hace distinción de que la publicación deba hacerse en un diario de gran circulación, sin embargo, coincido plenamente con el Ministro preopinante, cuando refiere que la publicación debió ser realizada en algún periódico de gran circulación en la República, al existir conflictos de intereses entre los socios que obligaron a la parte actora a iniciar acciones judiciales en el ámbito civil (Intervención Judicial) y penal (lesión de confianza) contra los directivos de la empresa.

Cabe acotar que la finalidad del Edicto es la publicidad; y para los diversos tipos de asuntos Judiciales o Administrativos, las leyes nacionales exigen la publicación en medios masivos de comunicación escrita, con el fin de que el mayor número de personas que tengan interés puedan informarse y acudir ante un Juzgado, ante las dependencias que ordenaron la publicación o en los lugares indicados para uno u otro acto, para hacer efectivo sus derechos.

Principalmente, la publicación de edictos de las asambleas societarias debe constituirse en medio idóneo que asegure la debida publicidad con la mayor circulación de la información para que todos los accionistas, puedan tener conocimiento de la convocatoria y poder así defender sus derechos societarios.

Bien sabido es que el Diario Correo Comercial no es de gran circulación o de venta masiva ya que originalmente fue constituida, con los auspicios del la Corte Suprema de Justicia, como un medio para: *"defender, difundir, la verdad y la justicia en forma exclusiva a través de la pluma y de los grandes pensadores doctrinarios del derechos"*. Puede deducirse que era de naturaleza eminentemente jurídica y otorgaba espacio a los magistrados y profesionales del derecho a expresar sus opiniones.

Más adelante dicho medio escrito fue incorporando aditivos que correspondían a un diario con el formato que todos conocemos, como publicaciones administrativas, comerciales y judiciales incluso. También tuvo cambios en los días de publicación que de efectuarse solo de lunes a viernes, en los últimos años, lo hizo todos los días. No obstante, las publicaciones de las asambleas cuestionadas fueron realizadas en los años 2003 y 2004, cuando no se publicaban los sábados y domingos.

En cuanto a su venta, considero, Correo Comercial no tiene el carácter de publico debido a que los puestos para el efecto se encuentran limitados a su casa

central y en sedes judiciales, que como se sabe, estas últimas, no se encuentran abiertas al público todos los días de la semana, circunscribiéndose su tirada a la cantidad de anunciantes.

Al respecto, la propia Excelentísima Corte Suprema de Justicia, bajo la presidencia del Prof. Dr. José Alberto Correa, en el año 1993, había dispuesto, a través de la resolución N° 185, en su artículo 2°, el permiso para la exposición y venta del periódico Diario Correo Comercial en las instalaciones del Palacio de Justicia, como en las sedes de todas las circunscripciones judiciales de la República. La decisión tenía sustento en el objetivo de su creación el de velar por la libre opinión de magistrados y profesionales del derecho con tal libertad respecto a juicios y jurisprudencia. Dicho en otras palabras, repito, era un periódico netamente circunscripto al ámbito judicial.

Los diarios de gran circulación de la República, a diferencia de este medio, facilitan el acceso de la información a cualquier ciudadano en los puestos de venta en innumerables lugares así como también a través de sus distribuidores y vendedores. Es decir, una persona cuya actividad lo realiza fuera de las dependencias del poder judicial no puede encontrar en cualquier sitio Diario Correo Comercial, por las limitaciones que ya mencionamos, en cambio, sólo quien concurre diariamente al Poder Judicial puede de alguna manera adquirir un ejemplar y acceder a su información.

Por estos principales motivos, la gran mayoría de los magistrados, sostienen la postura de que este medio de comunicación escrito no cumple con un requisito esencial “su gran circulación”, por lo que, no autorizan publicaciones judiciales en este medio.

Partiendo de las normas procesales vigentes las publicaciones de edictos exigen realizarlos en diarios de gran circulación porque facilitan el acceso a la información sin limitaciones, y ante la carencia del elemento importante, el Diario Correo Comercial no puede ser utilizado para el efecto. Las cuestiones administrativas como las convocatorias de asambleas, por su relevancia, deben ser publicadas en diarios de gran circulación de tal suerte de que cumpla, aunque no se consigne expresamente, con el espíritu de la norma, es decir, que las personas interesadas puedan tener acceso a la información de tal suerte a precautelar sus intereses societarios.

Si bien las publicaciones anteriores fueron realizadas en este diario, con la presencia del 100% de los accionistas, no obsta a que, los accionistas que no

tuvieron conocimiento de la convocatoria y por tal motivo no asistieron a los actos asamblearios, donde solo el 50% de los mismos estuvo presente, puedan impugnar por este medio la irregularidad debatida partiendo de una publicación que no cumplía con el fin de la norma, velar por la información y la participación de todos los accionistas de una sociedad, más aun, que de las probanzas en autos, la parte actora y accionista ausente de las asambleas cuestionadas y afectado por las decisiones posteriores, inició antes de la misma, acciones judiciales por irregularidades de los administradores de la sociedad. Ante conflictos de intereses pendientes contra los directores de la sociedad, que pudieran afectar derechos y el patrimonio de los accionistas, se debieron tomar todas las precauciones necesarias para que todos los asociados tengan la oportunidad de reclamar sus derechos, y principalmente, que todos sean anoticiados del acto.

En síntesis, la verdadera finalidad de la publicación de edictos es la de lograr la mayor y más amplia difusión del acto, y los órganos jurisdiccionales deben adoptar todas las medidas garantistas que resulten razonablemente adecuadas para asegurar la defensa de intereses societarios partiendo de la información y el acceso correcto a un acto importante como es la asamblea, evitando con ello, se impida hacer efectivo la defensa de derechos societarios reconocida por ley.

Queda claro que al no constatarse este escenario y haberse quebrantado la debida publicidad del acto asambleario, con pruebas reveladoras de indicios graves que nos llevan a concluir que el acto careció de seriedad y que hubo intención de torcer la ley, consecuentemente, debe ser declarado nulo y sin valor, conforme a la norma contenida en el Artículo 357 que dice: *Es nulo el acto jurídico:...c) en caso de no revestir la forma prescripta por la ley;* y su concordante, Artículo 27 que reza: *Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor; si la ley no establece otro efecto para el caso de contravención.*

Arribada a esta conclusión resulta como lógica consecuencia, la declaración de ineficacia de las Asambleas Generales ordinarias de Lord Leather S.A. celebradas el 14 de abril del 2003 (Acta N°2) y del 20 de enero del 2004 (Acta N°3), como así también las Actas de Directorio de dicha Sociedad, a partir del 14 de abril del 2003, ya que los actos nulos no producen consecuencia.

Más allá de los argumentos expuestos por los contendientes respecto a que fueron realizadas sin tener la mayoría legal necesaria y que los Señores Fabio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín, Antonio Carlos Barrios Fernández y Héctor

Doldán, aprobaron con sus respectivos votos, su propia gestión vulnerando normas consagradas en los Artículos 1.087 y 1.089 del Código Civil Paraguayo o que ambos actos eran validos porque fueron realizados conforme a la normativa vigente, los estatutos y con la mayoría necesaria de los socios ante la presencia de una segunda convocatoria; el acto asambleario fue producto de un acto declarado nulo e inexistente por lo que resulta intrascendente profundizar en las controversias aducidas. Sin embargo, resulta procedente determinar que la nulidad, además de los actos asamblearios, afecta a todos los demás que son consecuencia de estos: Las designaciones del Directorio de la firma Lord Leather S.A. y sus decisiones desde el 14 de abril del 2003; la nulidad de la transferencia por contrato de compraventa celebrado el 2 de abril del 2003 (fs.136 y sigts.), plasmadas en las escrituras N° 13 y N°18, autorizadas por la Escribana Nelly Isabel Acuña Talavera, de fecha 29 de marzo y el 12 de abril de 2004, respectivamente, de las Fincas N°17.265 del Distrito de San Roque y de la Finca N°6.893 del Distrito de Pedro Juan Caballero, además de de haberse efectuado por administradores, en nombre de Lord Leather S.A., cuya designación, como se dijo fue irregular y nulo, a favor de la empresa Seguridad Paraguaya S.A., quedó al descubierto de que fue celebrado por parientes de grado próximo pagándose un precio por debajo de su valor de tasación así como otras que fueron demostradas fehacientemente en el desarrollo del proceso, sin dejar de mencionar que estos mismos directores de Lord Leather dejaron a la sociedad sin bienes y sin posibilidad de de desarrollar la empresa o su objeto social con la venta de todos los activos de la firma.

Por último, siguiendo la tesis, corresponde igualmente la remoción de los administradores Fabio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán como así también su responsabilidad por daños. En ese orden, el Artículo 1111 del Código Civil dice: *“Los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, así como por violación de la ley o de los estatutos, y cualquier otro perjuicio ocasionado por dolo, abuso de facultades, o culpa grave”*.

Partiendo de la publicación en un diario de poca circulación existiendo en ese entonces, acciones judiciales contra estas personas, que posteriormente, fueron designadas en la asamblea irregular, realizando a su vez, actos nulos en perjuicio de terceros, demostrando un actuar negligente y celebrando actos que perjudicaron patrimonialmente a la sociedad y por ende, a sus demás socios.

Como colofón, es oportuno traer a colación la doctrina moderna al respecto concordante con la jurisprudencia de esta máxima instancia señala que la ley tiene previsto derechos esenciales y límites necesarios de cada socio, cuya voluntad expresada a través de la Asamblea deben encuadrarse dentro de los márgenes del orden público propiciando la debida tutela al interés social e individual de cada integrante de la sociedad.

Resulta oportuno citar a Velázquez Guido, que en su obra titulada: “Sociedades Anónimas”, pág. 200, comentando el Artículo 1.098 del Código Civil Paraguayo que expresa:»*Según De Gásperi, el derecho de impugnación nace como protección de la minoría y del socio singular. El derecho de impugnación aparece también como una garantía para las minorías; una medida contra el «cesarismo» de las mayorías asamblearias en los casos de violación de la Ley, del estatuto o del reglamento».*

Conforme a la doctrina aludida puede concluirse entonces, que al haberse soslayado derechos esenciales del accionante como socio y perjudicado por las decisiones irregulares ante la falta de debida publicidad contraviniendo la norma del Artículo 1.082 del Código Civil y el Artículo 17 del Estatuto Social; deben declararse nulas las publicaciones de las convocatorias, y con ellas, las Actas del Directorio de Lord Leather S.A. y todos los actos, gestiones y decisiones que fueron su consecuencia, como la transferencia de los bienes contenidos en el contrato de compraventa celebrado el 2 de abril de 2003 (fs.136 y sigts.). Asimismo, corresponde la procedencia de la remoción de los administradores en virtud a lo dispuesto en el Artículo 1.111 de la norma de fondo, sustentadas todas en las probanzas rendidas en autos así como las documentales obrantes en las diligencias preparatorias iniciado por Luis Antonio Zarza Figueredo.

Por las consideraciones expuestas, la sentencia recurrida debe ser revocada, en consecuencia, corresponde hacer lugar a la acción de nulidad de las Asambleas Generales ordinarias de Lord Leather S.A. celebradas el 14 de Abril del 2.003 y del 20 de enero del 2004, como así también las Actas de Directorio de dicha Sociedad, a partir del 14 de abril del 2003 que son su consecuencia, y por último, hacer lugar a la remoción de los administradores de Lord Leather S.A. Favio Riva Crovato Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán.

En cuanto a las costas, conforme a motivaciones expuestas, deben ser impuestas a la perdidosa conforme las precisiones contenidas en los Artículo 192, 203 y 205 del Código de forma. Es mi voto.

A SU TURNO EL MINISTRO SINDULFO BLANCO, manifestó cuanto sigue: El Acuerdo y Sentencia N° 106, del 11 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital, dispuso: “*DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto por los recurrentes; REVOCAR en todas sus partes la S.D. N° 644, del 20 de agosto de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno y, consecuentemente, dejar sin valor todos sus efectos jurídicos; IMPONER las costas a la perdidosa; ANOTESE...*”.

La decisión y, específicamente, el razonamiento que expusieron los Miembros del Tribunal en mayoría para sustentarla, fue puesta en crisis por representantes convencionales de la parte Actora, quienes arguyen que la pretensión que sostuvieron en la demanda se centró en la declaración de nulidad de las asambleas ordinarias del 14 de abril del 2003 y del 20 de enero de 2004, debido a que la convocatoria al acto no fue cumplida debidamente y en atención al Art. 1082 del Código Civil; que las cuentas de la sociedad “*Lord Leather S.A.*” fueron aprobadas por una mayoría insuficiente y, que todas las actuaciones del directorio, que sobrevinieron a dichas asambleas son nulas y así debía declararse. Alegan que también fue demandada la nulidad de las transferencias de los bienes que integraban el 100% del activo fijo de la sociedad, como también la remoción de sus directores, debido al mal desempeño verificado en sus respectivas funciones.

Manifiestan que la parte a la que representa, ha probado todos los extremos fácticos que sostuvieron con su demanda, sobre todo, que la publicación de la convocatoria a las asambleas *ha incumplido la finalidad de hacer conocer la realización del acto asambleario*; también demostró que el directorio se integró con amigos y parientes, quienes luego dispusieron de los bienes de la firma, en total desmedro a los intereses de los demás accionistas y mediante el empleo de actos jurídicos simulados, los que también han acreditado, según señala.

Objeta los argumentos que expusiera el Miembro Preopinante sobre la validez de las publicaciones realizadas a través del “Correo Comercial” y, además del temperamento adoptado para rechazar las otras causales de nulidad que demandó, los que según sostiene, solo recibieron el trato de planteamientos subsidiarios o meramente supletorios al primero.

Concluye su presentación solicitando que esta Sala decrete la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 106, apelado y, confirme en todos sus términos la S.D. N° 644, dictada por el Juez de Primera Instancia.

Otorgado el trámite legal al recurso, se dispuso el traslado correspondiente de los agravios y, en tal sentido, tanto la Representante de la firma “*Seguridad Paraguaya S.A.*”, como también los de la firma “*Lord Leather S.A.*”, rechazaron los términos del recurso, arguyendo y sosteniendo la tesis de que no fue probado en autos la existencia de conflictos o desavenencias entre los accionistas, tal como lo sostuvo el A quo en la S.D. N° 644; que la publicación realizada a través del Correo Comercial reviste de toda licitud y que inclusive ya había sido utilizada con anterioridad por la Firma, para el llamado a una asamblea de accionistas y que inclusive comparecieron a la Asamblea el 100% de Socios; por ello no podría sostenerse que fue utilizada este medio para ocultar algún llamado o, bien, para que los Demandantes desconozcan el llamado, lo cual no sería posible, pues, según señalan ni siquiera conocían a estos nuevos Miembros de la Sociedad, pues nunca habían comunicado el hecho de haber adquirido acciones de la firma “*Lord Leather*”, lo cual inclusive fue confesado en juicio por los señores Luis Alberto Zarza y Miren Mirari Parot de Alfaro, quienes declararon que: “...*jamás comunicaron al Directorio de Lord Leather S.D. el haber procedido a la adquisición del 50% del paquete accionario...*”.

La representante de “*Seguridad Paraguaya S.A.*” sostuvo que el Art. 1082 del Código Civil, no refiere el tipo de diario y/o la tirada que debe tener el mismo para la publicación; el A quo en la S.D. N° 644 juzgó sobre si el “*Correo Comercial*” es o no de circulación masiva, cuando que el citado artículo no exige este requisito; agrega que con motivo del presente juicio, han quedado truncados proyectos industriales de la firma a la que representa y que no pueden concretarse hasta la fecha, pues, la demanda motivó a su vez la imposición de una medida cautelar, a su entender, superflua para garantizar los perjuicios que ocasiona al desenvolvimiento normal de la firma.

Fabio Riva Crovato, Jorge Riva Bogarín y Héctor Doldán, bajo patrocinio de abogado también contestaron el traslado solicitando la confirmación del Acuerdo y Sentencia impugnado, con costas. Arguyeron que: El A quo fundamentó su fallo aludiendo a una supuesta circunstancia de “*conflictos entre accionistas*” y la ineficacia de la publicación convocando a asambleas a través del Correo Comercial. Que los demandantes –Zarza y Parot– no han comunicado al Directorio de la firma Lord Leather el haber adquirido el 50% del paquete accionario; que inclusive la propia Corte Suprema de Justicia, mediante el dictado de resoluciones ha propiciado la utilización del Correo Comercial para la publicación de edictos judiciales.

El Abog. Fabio Cuevas Storm sostuvo a más de lo ya expuesto, que debe inferirse que todos los juicios sucesorios, disoluciones de la comunidad conyugal, cuyos edictos fueron publicados en el Correo Comercial, si se siguiera el criterio del Juez de primer grado, deberán ser anulados. Agregó que la resolución del Tribunal de Apelaciones, ha dado estricto cumplimiento al Art. 15, Inc. c) del Código Procesal Civil, por cuanto que ha corregido la decisión apelada, en el sentido de aplicar la ley, sin juzgar del valor intrínseco de la misma, como lo hizo erradamente el A quo.

Por su parte, Fabio Ramón Riva Bogarín y Gustavo Riva Bogarín, al evacuar el traslado sostuvieron que su vinculación al juicio estriba en la circunstancia de haber otorgado un préstamo a la Firma Lord Leather para la compra de inmuebles y maquinarias; empréstito que según sostienen, fue contraído durante la presidencia del Señor Miguel Angel Ibarra y, no bajo la presidencia del titular Riva Crovato, quien ha asumido dicha calidad recién en octubre de 2002.

Coinciden todos en solicitar la confirmación del Acuerdo y Sentencia N° 106, por señalar que sus fundamentos se ajustan a derecho.

En tablada la cuestión de la manera expuesta, es oportuno señalar que el Art. 1082 del Código Civil, dispone: *“La asamblea será convocada por medio de publicaciones hechas en un diario durante cinco días, con diez días de anticipación, por lo menos y no más de treinta. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día y los requisitos especiales exigidos por los estatutos para la participación de los accionistas. La segunda convocatoria, por no haberse llevado a cabo la asamblea, se hará dentro de los treinta días siguientes, y las publicaciones se efectuarán por tres días con ocho de anticipación como mínimo”*.

Analizado el fallo impugnado, advertimos que el Tribunal de Apelaciones, no halló defectos en la publicación efectuada a través del Correo Comercial. Efectivamente, el voto mayoritario, cuestionado por los Apelantes, sostuvo que la convocatoria a la asamblea mediante la publicación de edictos en el Correo Comercial, revestía de total validez, exponiendo los argumentos que sostienen dicha afirmación. Contrariamente, el Juzgador A quo, en la S.D. N° 644, sostuvo: *“De ahí que el juzgado considere que –habiendo conflicto de los intereses societarios – la convocatoria de asamblea en el Correo Comercial, por sus características de publicación limitada y sin circulación masiva, no cumplió con las formalidades legales y, por tanto, anula la citación realizada al dejar a los*

accionistas ausentes en indefensión social”; este razonamiento lo llevó a inferir que la publicación no ha cumplido o alcanzado su fin, vale decir, el de otorgar publicidad al llamado, pues, mediante dicho medio, no se garantiza ni asegura el conocimiento de todos los Accionistas para la concurrencia a la asamblea, los que deben ser extremados en caso de existir “*conflictos de intereses societarios*”.

A esta conclusión, el voto mayoritario del Tribunal de Alzada le restó precisión y la valoró viciada y errónea. En efecto, el Tribunal, sustentó que el Código Civil, en el Artículo 1082, solo impone que la publicación se realice en un “*diario*” sin formular algún agregado o precisión sobre si éste deba tratarse de uno determinado o que requiera ciertas cualidades en cuanto a circulación masiva dentro del territorio nacional. Señalaron que el A quo, carece de facultades para realizar una interpretación distinta de la palabra empleada en la disposición del Art. 1082, pues, no se hallan configurados los presupuestos como para realizar una interpretación extensiva del texto de la ley.

Abordado el asunto, debe señalarse que no se advierte algún defecto en este razonamiento del Tribunal. Conforme pudimos observar de la atenta lectura del fallo puesto en crisis, como de las constancias de autos, la convocatoria a asamblea fue ejecutada con sujeción a lo que dispone el Art. 1082 del Código Civil y las propias disposiciones estatutarias de la sociedad “Lord Leather S.A.”. Debe tenerse en cuenta las pautas consagradas en el Artículo 6 del mismo cuerpo legal, la que establece como punto de partida para la resolución de una cuestión determinada a la “*palabra*” de la ley. En el particular, la legislación civil dispone que la publicación se efectúe en un diario, más nada. Y en ese sentido, no hallamos defectos de derecho en la posición de los Juzgadores de Alzada, que sostuvieron que atendiendo a las características del Correo Comercial y a que éste ya fue empleado con anterioridad para los mismos efectos y por la misma sociedad, la posición sostenida por los demandantes no podría tener asidero jurídico.

Además, pudimos constatar que “*El Diario Correo Comercial fue constituido un 12 de abril de 1984, “EN EL AÑO DEL CINCUENTENARIO DE LA DEFENSA DEL CHACO PARAGUAYO”, conforme se publica hoy día en su página digital: www.diariocorreocomercial.com.py. La Acordada, N° 8 del 19 de octubre de 1983, y la resolución N° 185 del 14 de junio de 1993, indicaba: Art 1°: CONCEDER los altos auspicios de la Excm. Corte Suprema de Justicia al Diario Correo Comercial, editado por Editorial El Foro. Art 2°: DISPONER el*

permiso para la exposición y venta del periódico Diario Correo Comercial en las instalaciones del Palacio de Justicia, como en las sedes de todas las circunscripciones judiciales de la República. Art 3º: RECOMENDAR que los Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial proporcionen al Diario Correo Comercial, los materiales que estimen convenientes y no contradigan a disposiciones legales, para su posterior publicación. Fuente “Diario Correo Comercial Digital - www.diariocorreocomercial.com 2010.

Es decir, conforme a lo dicho no podría alegarse que el medio empleado – correo comercial– no haya podido alcanzar la finalidad de hacer saber el llamado a la asamblea de Accionistas, cuando que sus ejemplares se hallan a disposición de los interesados y sobre todo constituyó el medio al que se recurrió con anterioridad para proceder a la publicación de convocatorias a asambleas de la misma firma. Pudimos incluso acceder a páginas del citado medio escrito y comprobar que obran convocatorias a asambleas de distintas sociedades, además de Edictos para la presentación a distintos juicios, ordenados por los Juzgados de distintas circunscripciones Judiciales del país.

El argumento central sostenido por el Juzgador A quo, de que a su entender, se suscitaron disputas o diferencias entre accionistas lo que tuvo que significar un cambio del medio usualmente empleado por la firma Lord Leather, carece de solidez y precisión para sustentar la nulidad del llamado, por cuanto que dicha afirmación denota una apreciación muy subjetiva del Juzgador que colisiona con el principio de seguridad jurídica y, a lo único que conduciría es a sobrecargar de recaudos a la publicación, que a la postre, no son requeridos ni siquiera por la propia Ley.

De seguirse con la tesis del A quo, llegaríamos al absurdo de reconocer que cada sociedad debería realizar sus convocatorias a asamblea, en función a la armonía o desarmonía que gobierna, en determinado momento, las relaciones intersubjetivas de sus socios, recurriendo a uno u otro medio, según los casos.

Puntualmente, soy del criterio que lo verdaderamente relevante para el caso en estudio, es el estricto acatamiento a la Ley y a los Estatutos de la Sociedad, no pudiendo pasar desapercibido el hecho probado de que la propia Sociedad “Lord Leather” ha empleado con anterioridad dicho medio. Las pruebas producidas en el juicio confirman esta tesis. Ciertamente, ha quedado probado el empleo del “Correo Comercial” en otras oportunidades, para los mismos fines que hoy día se cuestionan con la presente demanda.

Por otra parte, en cuanto a la falta de mayoría también alegada por la parte Actora, corresponde señalar que el hecho de que en las actas de asambleas impugnadas se haya mencionado que las cuestiones propuestas en el Orden del día, hayan sido aprobadas por “unanimidad”, no demuestra ni señala que los Directores de la firma, hayan votado por la aprobación o rechazo de cuestiones societarias, de las cuales se hallan expresamente impedidos de votar. La voz “unanimidad” hace alusión y se aplica, *al conjunto de personas que tienen la misma opinión* sobre algún punto en particular, y por lo tanto, significa una posición coincidente entre dos o más personas, sin que se haya exteriorizado alguna opinión diferente o disidente de otra persona, sobre el objeto sobre el cual se analiza o discute. En consecuencia, del empleo de la palabra unanimidad resultaría un desacierto pretender extraer una conclusión en torno a que todos los Directores/Accionistas han votado, por cuanto, que ella pudo haberse formado o construido en base a la voluntad de quienes tenían derecho al voto, Accionistas/no directores, para la aprobación del punto 3) de las Asambleas impugnadas, obviamente por no ser Directores o Gerentes de la Sociedad.

Sobre el punto, el Artículo 1086 del Código Civil, textualmente dispone: *“Los directores, los síndicos y los gerentes generales tienen derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas. Solo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas, con las limitaciones establecidas en esta sección. Es nula cualquier cláusula en contrario”*.

Por otra parte, ya en torno a las limitaciones de que habla el artículo anterior, el Art. 1087, establece: *“Los directores y los gerentes no pueden votar sobre la aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción”*.

Ahora bien, una vez afirmado que la Asamblea de Accionista en segunda convocatoria, ha sido constituida legalmente, solo resta pronunciarse en torno a la mayoría, también cuestionada. Sobre el punto, los Demandantes arguyen que en el caso en estudio, no pudo haberse acreditado, mayoría alguna, sin que los Directores hayan votado en la práctica sobre los puntos propuestos en el orden del día.

El agravio sostenido sobre el particular no puede prosperar. Nótese que las reglas de experiencia y las prácticas de las Sociedades nos señalan que en muchos casos, el paquete Accionario mayoritario se identifica con las personas que com-

ponen el Directorio de la Sociedad. Por lo tanto, si sostuviéramos la tesis de los Recurrentes, las gestiones de los directores y la aprobación de los balances y memorias y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, nunca podrían ser aprobadas en ninguna asamblea societaria. En efecto, piénsese momentáneamente en esta hipótesis. Si en una sociedad determinada, el 90% de los Accionistas, fueran directores y solo el restante 10% de Accionistas pueden, conforme a la Ley emitir su voto para la aprobación de los Balances y de la gestión de sus Directores, NUNCA se tendría una mayoría y, por lo tanto, tales puntos jamás serían aprobados por la Asamblea. Para estos puntos, entendemos debe primar la voluntad y la decisión de aquellos Accionistas que si tienen derecho al voto, representado por los Accionistas que conforman el quórum para estas decisiones, es decir, del 10%, sostener lo contrario, nos conduciría a un despropósito y al absurdo de reconocer que jamás se contaría con una mayoría para la aprobación de aquellos asuntos.

En estas condiciones, lo que pueden colegirse válidamente es que a más de los Directores, *se hallaban Accionistas que si podrían votar válidamente sobre los puntos de aprobación del balance y gestión de la comisión directiva*. Si estos Accionistas votaron por la aprobación de tales puntos, la aprobación de los puntos cuestionados, se halla ajustada a derecho y, si lo hicieron en el mismo sentido, sin formularse diferentes criterios, pues, habrá además “unanimitad”, es decir, que la voluntad de los votantes fue coincidente, sin poder sostenerse la existencia de disidencias o diferencias de votos. De las actas de asamblea no surgen constancias fehacientes de que los Directores hayan votado en este punto. En realidad, solo consta que la Asamblea se ha constituido con un capital Accionario de 50% de votos, en el que se hallaban también incluidos directores de la Sociedad “Lord Leather S.A.”.

Empero ello resulta totalmente lícito. Obviamente, los Directores sí pueden votar en algunos puntos que se mencionan como puntos de la asamblea, *“solo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas” Art. 1086 del Código Civil*, sin embargo, la prohibición únicamente atañe a que no podrán hacerlo sobre la *“aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción”*, caso para el cual los restantes Accionistas que se hallaban presentes en el Acto Asambleario conformaran la mayoría, con exclusión del porcentaje de acciones que se halla en poder de los Directores y Gerentes de la Sociedad, inclusive.

Con estos argumentos, entiendo que la resolución apelada se halla ajustada a derecho y debe ser confirmada. Finalmente, las costas procesales, deben ser impuestas a las partes por su orden. Se constata que tanto los Recurrentes, como los Demandados ejercieron sus respectivas acciones y defensas, ante esta Instancia, en el convencimiento de hallarse jurídicamente autorizados para ejercerlo, por lo que de conformidad al Art. 193 del CPC, hallamos suficientes razones para esta forma de imposición. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE. todo por Ante mí, que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE: DECLARAR DESIERTO el Recurso de Nulidad interpuesto, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución. **REVOCAR**, el Acuerdo y Sentencia N°106 de fecha 11 de noviembre del 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de conformidad a los argumentos esgrimidos en el exordio. **IMPONER** las Costas en esta Instancia, a la perdidosa. **ANOTAR**, notificar y registrar.

Ministros: César Antonio Garay, Oscar BAJac Albertini y Sindulfo Blanco.
Ante mí: Abg. Karinna Penoni de Bellasai.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 403

JUBILACIÓN. Edad para jubilarse.

Es potestad del Poder Administrador señalar o fijar la edad en la cual el funcionario a su cargo se jubilará. Está dentro de sus facultades regladas, la de indicar el tope máximo para ejercer una función pública.

JUBILACIÓN. Base de cálculo de la jubilación.

La norma, en la parte que legisla sobre el procedimiento a adoptar para el cálculo de la jubilación obligatoria, contenida en el Art. 9 de la Ley 2345 es inconstitucional porque se aparta claramente de la disposición de la Carta Magna, Art. 103 segundo párrafo la Constitución garantiza al funcionario jubilado, que a través de la Ley reglamentaria (que es justamente la N° 2345), se actualicen sus haberes “en igualdad” de tratamiento que los activos. Es por ello que la norma reglamentaria al no estar de acuerdo con la Ley fundamental, carece de validez, conforme lo dispone el Art. 137 de la C.N. y debe ser declarada inconstitucional, Art. 260 inc. l) también de la misma Constitución.

JUBILACIÓN. Edad para jubilarse.

Como bien es sabido, la edad es una variable que normalmente como dato de la demografía de un país, fluctúa conforme a la esperanza de vida, por lo que como tal puede, el Poder Administrador, determinarlo de acuerdo a las características propias del país. En este sentido, la edad de “62 años” establecida en la Ley 2345/03 (art.9), no surge como consecuencia directa y verificable de la expectativa de vida de la población paraguaya. Si bien el Poder Administrador a través de una norma que lo habilita puede proceder a hacer efectivas determinadas “*políticas públicas*”, sin embargo, ellas nunca pueden ser operadas en perjuicio de la calidad de vida de sus afectados.

JUBILACIÓN. Edad para jubilarse.

La edad de 62 años establecida en el art. 9 de la Ley 2345/03 impugnada, no se encuentra razonablemente dimensionada, ni coincide en forma directa con la esperanza de vida, ni mucho menos es consecuencia de una verificación de la expectativa de vida de la población paraguaya, de acuerdo con el informe brindado por la Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos, por lo cual dicha norma resulta violatorio del art. 6 de la Constitución Nacional.

JUBILACIÓN. Legislación aplicable a la jubilación. JUBILACIÓN. Protección Constitucional.

El cálculo dispuesto por la Ley en base a la multiplicación de la Tasa de Sustitución por la Remuneración Base, así como la escala establecida en el Decreto Reglamentario, no permiten que la jubilación cumpla con el rol sustitutivo de la remuneración en actividad, rompiéndose el equilibrio que debe existir entre las remuneraciones de quienes se encuentran en actividad y los haberes de los jubilados. En este punto, la normativa legal y reglamentaria impugnada se oponen expresamente a lo que dispone el Art. 103, Segundo Párrafo, de nuestra Ley Suprema, ya que el conveniente nivel del haber jubilatorio solo se halla cumplido cuando el jubilado mantiene las condiciones patrimoniales equivalentes a la que le habría correspondido gozar en caso de continuar en actividad, *por lo que cualquier normativa legal o reglamentaria que regule esta cuestión debe respetar lo dispuesto en el Segundo Párrafo del Art. 103 de la Constitución Nacional.*

JUBILACIÓN. Protección Constitucional.

Entonces, si bien es cierto, el sistema de jubilaciones debe prever la figura de la jubilación obligatoria, ella debe ser ejecutada cuando los elementos cons-

titutivos de la jubilación den el respaldo económico suficiente al funcionario público para garantizar una supervivencia posterior, tan digna y pareja, como la que ha gozado mientras se encontraba en actividad. De esta manera se estará dando cumplimiento a otra previsión constitucional como lo es la contemplada en el Artículo 103 de la Ley Suprema de la Nación.

CSJ, Sala Constitucional. 20-06-2011. “Acción de inconstitucionalidad: Eddi Ramona Martinez de Gonzalez c. art. 9 de la Ley N° 2345/03 y arts. 2 y 3 del decreto N° 1579/2004” (Ac. y Sent. N° 403)

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: Se presenta ante esta Corte, el Abog. Alberto Amarilla Ortiz, en nombre y representación de la Sra. Eddi Ramona Martínez de González, a promover acción de inconstitucionalidad contra el Art. 9 de la Ley N° 2345/2003 y Arts. 2 y 3 del Decreto N° 1579/04.

1. La accionante es funcionaria del Ministerio de Salud Pública, odontóloga, con una antigüedad de 14 años, y fue compelida a acogerse a la jubilación obligatoria. Alega que las citadas normativas lesionan gravemente disposiciones constitucionales que resguardan derechos de los Funcionarios de la Administración Pública, al obligar a pasar a la jubilación a la edad de 62 años y con 14 años de servicio permanente. Señala que, los montos jubilatorios, serían absurdos e irrisorios, por lo ínfimo del mismo para su sustento económico y el de su familia. Fundamentos por los que solicita la declaración de inconstitucionalidad del Art. 9 de la Ley N° 2345/2003 y del Decreto N° 1579/2004.

2. El Art. 9, primera parte, señala: *“El aportante que complete sesenta y dos años de edad y que cuente con al menos diez años de servicio, tendrá que acogerse a la jubilación obligatoria...”*, considero que la misma debe ser declarada inconstitucional, pues conculcan las siguientes garantías constitucionales en favor del funcionario público.

3. La acción debe prosperar.

Analizada la acción planteada y vista la situación particular de la accionante, tenemos que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad. Fundo mi criterio en los siguientes fundamentos:

1. Derecho a la Carrera administrativa, en condiciones de estabilidad funcional, emocional y económica, una vez admitido en la función pública como subordinado regular.

2. El derecho a la igualdad entre los iguales tampoco resulta resguardado mediante dicha ley. Al contrario, discrimina de modo injusto donde no debe hacerlo. En efecto, todos los servidores públicos son iguales ante la ley, y todos ellos, en un régimen de absoluta igualdad con los trabajadores del sector privado, según se desprende de los términos constitucionales vigentes.

Ni el Código Laboral, ni las Leyes de previsión social vigentes, establecen limitaciones de edad para el trabajo útil al servicio del empleador. Tal imposibilidad FÍSICA debe surgir, en cada caso, de las pruebas de los hechos concretos, para posibilitar la justificada desvinculación laboral del trabajador. La Constitución garantiza la igualdad de derechos entre trabajadores del sector privado y del público, precepto que es conculcado por el presente artículo.

En el sector público, las normas son erráticas, unos fijándolos en 75 años (fuerzas armadas y policiales, magistrados en general), es decir, parten de la base de la depreciación lenta de las facultades físicas y mentales del servidor público, pero en otros sectores (funcionarios públicos en general, incluidos los funcionarios del mismo Poder Judicial) pareciera que esa misma DEPRECIACIÓN debe ser más acelerada, al disponer que las mismas facultades psíquicas y físicas llegan solamente a los 62 años. Si esto no constituye desigualdad, ANTE LA LEY que es para todos, es un atentado a la razón, más aún si se lo aplica con carácter retroactivo.

En resumen, el hombre paraguayo puede laborar al servicio de terceros sin limitaciones de edad, cuando se trata del trabajo en el sector privado, es decir, por lo visto su constitución física y psíquica natural lo trae consigo naturalmente. Naturalmente, también, quienes nacieron marcados como para ser Magistrados, Presidentes de la República, Directores de Entes Públicos, Policías y Militares, etc., pueden o están en condiciones de soportar los rigores del servicio hasta incluso después de cumplidos los 75 años y, al contrario, naturalmente desde luego (según así lo quiere la ley citada) los signados como simples funcionarios públicos de inferior jerarquía, sólo pueden soportar las exigencias del trabajo hasta los expresados 62 años de edad.

En cuanto a la segunda parte de la cuestión, referente al cálculo del monto de la jubilación obligatoria, lo considero igualmente inconstitucional porque el

monto del haber jubilatorio debiera ser actualizado al mismo tiempo que el haber de los trabajadores activos del sector público. No se advirtió que la normativa constitucional citada al efecto hace referencia a “la Ley” que en consecuencia se dicte, esto es, que la igualación del salario del trabajador pasivo con los del activo, depende totalmente de la Ley presupuestaria anual. En consecuencia, el Art. 103 de la C.N. no es operativo, sino programático.

En consecuencia, mi voto es porque se decrete la inconstitucionalidad del Art. 9º, en su totalidad, de la Ley N° 2345 del 24 de diciembre de 2003, así como de los Arts. 2 y 3 del Decreto Reglamentario N° 1579/04, por ser consecuencia directa de la inconstitucionalidad del Art. 9º, en relación con la Sra. Eddi Ramona Martínez de González, C.I.N° 217.342, de acuerdo a lo previsto en el Art. 555 C.P.C., en concordancia con el Dictamen de la Fiscalía General. Es mi voto.

A su turno el Doctor FRETES dijo: Se presenta el Abog. ALBERTO AMARILLA ORTIZ en representación de la Sra. EDDI RAMONA MARTÍNEZ DE GONZÁLEZ, a promover Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 9 de la Ley 2345 del 24 de diciembre del 2003, de Reforma de la Caja Fiscal y los Arts. 2 y 3 del Decreto Reglamentario N° 1579/04.

Justifica la legitimación de su mandante acompañando los documentos que acreditan que la misma es Jubilada de la Administración Pública.

Argumenta que la norma impugnada viola derechos y garantías establecidas en los Arts. 6, 14, 46, 47, 57, 103 y 137 de la Constitución Nacional.

Manifiesta cuanto sigue: “...en virtud del Artículo 9 de la Ley N° 2345/03 ha quedado desvinculada obligatoria y coercitivamente de su trabajo para acogerla a los beneficios de la jubilación con un ingreso muy inferior a la suma que venía percibiendo como funcionaria del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, y lo grave del caso es que se la quiere obligar a percibir menos de la cuarta parte de lo que actualmente percibe un trabajador como sueldo mínimo legal para actividades diversas no especificadas, lo que constituye un perjuicio enorme y que atenta contra la dignidad humana...”; “...la mencionada disposición legal limita y prohíbe arbitrariamente a una persona profesional y capacitada a seguir ejerciendo y otorgando sus conocimientos técnicos y especializados en la función pública, porque al llegar a los 62 años indefectiblemente debe retirarse coercitivamente de una institución pública...”.

El Art. 9 de la Ley 2345/03 dispone: “El aportante que complete sesenta y dos años de edad y que cuente con al menos diez años de servicio, tendrá que

acogerse a la jubilación obligatoria. El monto de la jubilación obligatoria se calculará multiplicandola Tasa de Sustitución (valor del primer pago en concepto de jubilación o pensión como proporción de la remuneración base) por la Remuneración Base, tal como se la define en el Artículo 5º de esta ley. La Tasa de Sustitución será del 20% para una antigüedad de diez años y aumentará 2,7 puntos porcentuales por cada año de servicio adicional hasta un tope del 100%. Aquellos que no lleguen a completar diez años de servicio, tendrán derecho a retirar el 90% de sus aportes realizados, ajustados por la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Banco Central del Paraguay. Quedan excluidos de la obligatoriedad de la jubilación ordinaria, los docentes universitarios del sector público, quienes podrán seguir aportando hasta el límite de setenta y cinco años de edad”.

Analizadas las constancias de autos, surge que el agravio sufrido por la Sra. EDDI RAMONA MARTÍNEZ DE GONZÁLEZ va dirigido contra dos partes esenciales del artículo transcrito. En la primera parte, cuestiona la violación del derecho de igualdad establecido en el Art. 46 de nuestra Constitución Nacional, en razón de que la misma aún se considera idónea para desempeñar el cargo del cual fue separada.

A ello cabe señalar que no vemos conculcación de derechos constitucionales en esa parte de la normativa impugnada, puesto que creemos que es potestad del Poder Administrador señalar o fijar la edad en la cual el funcionario a su cargo se jubilará. Está dentro de sus facultades regladas, la de indicar el tope máximo para ejercer una función pública.

Ahora bien, en cuanto a la segunda parte del artículo citado –lo concerniente al cálculo de la jubilación obligatoria–, la profesional recurrente manifiesta que el derecho a la jubilación consagrado por nuestro ordenamiento legal, en vez de constituir un mínimo de remuneración para un retiro digno, se convierte en un castigo representado en un monto irrisorio y miserable, lo cual sumirá a su mandante en la más profunda indigencia.

A este respecto, es oportuno indicar que la norma, en la parte que legisla sobre el procedimiento a adoptar para el cálculo de la jubilación obligatoria, contenida en el Art. 9 de la Ley 2345 es inconstitucional. Ello es así porque se aparta claramente de la disposición de la Carta Magna, Art. 103 segundo párrafo, que expresa: “*La ley garantizará la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad*”. En

nuestro caso particular, la Constitución garantiza al funcionario jubilado, que a través de la Ley reglamentaria (que es justamente la N° 2345), se actualicen sus haberes “en igualdad” de tratamiento que los activos. Es por ello que la norma reglamentaria al no estar de acuerdo con la Ley fundamental, carece de validez, conforme lo dispone el Art. 137 de la C.N. y debe ser declarada inconstitucional, Art. 260 inc. l) también de la misma Constitución.

Llegamos a dicha conclusión por cuanto que el mecanismo que prevé la norma impugnada, en concordancia con el Art. 3 del Decreto Reglamentario 1579, para la actualización de los haberes jubilatorios hace que año tras año, los jubilados vayan perdiendo la igualdad de sus haberes con respecto a los funcionarios en actividad.

Voto en conclusión, por hacer lugar parcialmente a la presente Acción de Inconstitucionalidad, declarando inaplicable la sección del Art. 9 de la Ley N° 2345/03 en cuanto al porcentaje establecido para el cálculo de la jubilación obligatoria y su Decreto reglamentario, en sus Arts. 2 y 3, en relación a la accionante. Consecuentemente declarar inaplicable la Resolución DGJPN° 1165 del 13 de mayo de 2009, dictada por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda, en cuanto al porcentaje establecido en la misma. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Abogado Alberto Amarilla en representación de la Sra. EDDI RAMONA MARTÍNEZ DE GONZÁLEZ, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 9° de la Ley N° 2345/03 y los Arts. 2° y 3° del Decreto N° 1579/04. Acompaña debidamente el documento que acredita la calidad de Jubilada de la Administración Pública de su mandante (Resolución D.G.J.P. N° 1165/09 del Ministerio de Hacienda).

Sostiene que las disposiciones impugnadas violan los Artículos 6, 14, 46, 47, 57, 103 y 137 de la Constitución Nacional, ya que el Art. 9° de la citada ley limita y prohíbe arbitrariamente a una persona profesional y capacitada a seguir ejerciendo y otorgando sus conocimientos técnicos y especializados en la función pública porque al llegar a los 62 años indefectiblemente debe retirarse coercitivamente de una institución pública. Tampoco es posible admitir que profesionales de otras áreas sean excluidos de esta ley, como el caso de los docentes universitarios que pueden desempeñarse en sus cargos y pueden aportar hasta los 75 años de edad, porque si se permite para unos también se debe permitir para todos los profesionales o para cualquier persona.

Por último, refiere que el sueldo que percibe su representada como jubilada obligatoria es ínfimo e irrisorio, pues asciende a la suma de Gs. 479.894 (Guaraníes Cuatrocientos Setenta y Nueve Mil Ochocientos Noventa y Cuatro), que constituye actualmente menos de la cuarta parte del salario mínimo legal para actividades diversas no especificadas, cuando que su asignación mensual en el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social ya alcanzaba la suma de Gs. 2.297.500 (Guaraníes Dos Millones Doscientos Noventa y Siete Mil Quinientos).

Así las cosas, tenemos que la Señora Eddi Ramona Martínez de González a través de su representante convencional ha impugnado el Artículo 9° de la Ley N° 2345/03 y el Decreto N° 1579/04 alegando básicamente que aún se considera idónea para desempeñar el cargo del cual fue separada y que el monto de la jubilación obligatoria es irrisorio e ínfimo, absolutamente insuficiente para satisfacer sus necesidades normales de cualquier sujeto pasivo.

Al respecto, el Art. 9° de la Ley N° 2345/03, en su primera parte dispone: *“El aportante que complete sesenta y dos años de edad y que cuente con al menos diez años de servicio, tendrá que acogerse a la jubilación obligatoria...”*. Como bien es sabido, la edad es una variable que normalmente como dato de la demografía de un país, fluctúa conforme a la esperanza de vida, por lo que como tal puede, el Poder Administrador, determinarlo de acuerdo a las características propias del país. En este sentido, la edad de *“62 años”* establecida en la Ley 2345/03, no surge como consecuencia directa y verificable de la expectativa de vida de la población paraguaya. Si bien el Poder Administrador a través de una norma que lo habilita puede proceder a hacer efectivas determinadas *“políticas públicas”*, sin embargo, considero que ellas nunca pueden ser operadas en perjuicio de la calidad de vida de sus afectados.

Así pues, es preciso traer a colación el informe brindado por la *Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos*, en el cual se deja expresa constancia que la esperanza de vida al nacer es el siguiente: *Ambos sexos: 71,76; Hombres: 69,70; Mujeres: 73,92*, aclarando que la definición utilizada para la esperanza de vida al nacer es la siguiente: *“Es el número de año de vida que en término medio se espera que viva un recién nacido, de no variar la tendencia en la mortalidad”* (Informe brindado en la Acción de Inconstitucionalidad: *“Julio César Cantero Agüero c/ Art. 9 de la Ley N° 2345/2003”*. N° 1579/09).

En ese orden de cosas, considero que la edad de 62 años establecida en la

norma impugnada no se encuentra razonablemente dimensionada, ni coincide en forma directa con la esperanza de vida, ni mucho menos es consecuencia de una verificación de la expectativa de vida de la población paraguaya, de acuerdo con el informe brindado por la Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos.

Por ello, entiendo que el Art. 9º, 1ª Parte de la Ley N° 2.345/03, resulta violatorio del Art. 6º de la Constitución Nacional: “...*De la calidad de vida. La calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad...*”; Art. 57: “...*De la tercera edad. Toda persona en la tercera edad tiene derecho a una protección integral. La familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios sociales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, vivienda, cultura y ocio...*”.

Además, también esta disposición legal contraviene los Arts. 46 (De la igualdad de las personas) y 47 (De las garantías de la igualdad) de la Carta Magna, ya que los trabajadores del sector privado no tienen limitaciones de edad para prestar sus servicios al empleador, e inclusive los funcionarios de las Fuerzas Armadas y Policiales, Magistrados en general, etc. recién a la edad de 75 años son pasibles de una jubilación obligatoria, situación que confirma la desigualdad creada con la vigencia del Art. 9º de la Ley N° 2345/03.

Por su parte, el Decreto N° 1579/2004, al establecer el método para obtener el monto a percibir por los jubilados, produce resultados irrisorios que no permitirán lograr la protección integral de los mismos, ni le permitirán satisfacer sus “necesidades de alimentación, salud, vivienda, cultura y ocio”, como expresamente lo dispone el Art. 57 de la Constitución Nacional.

El cálculo dispuesto por la Ley en base a la multiplicación de la Tasa de Sustitución por la Remuneración Base, así como la escala establecida en el Decreto Reglamentario, no permiten que la jubilación cumpla con el rol sustitutivo de la remuneración en actividad, rompiéndose el equilibrio que debe existir entre las remuneraciones de quienes se encuentran en actividad y los haberes de los jubilados. En este punto, la normativa legal y reglamentaria impugnada se oponen expresamente a lo que dispone el Art. 103, Segundo Párrafo, de nuestra Ley Suprema: “La ley garantizará la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en activi-

dad”, ya que el conveniente nivel del haber jubilatorio solo se halla cumplido cuando el jubilado mantiene las condiciones patrimoniales equivalentes a la que le habría correspondido gozar en caso de continuar en actividad, *por lo que cualquier normativa legal o reglamentaria que regule esta cuestión debe respetar lo dispuesto en el Segundo Párrafo del Art. 103 de la Constitución Nacional.*

Entonces, si bien es cierto, el sistema de jubilaciones debe prever la figura de la jubilación obligatoria, ella debe ser ejecutada cuando los elementos constitutivos de la jubilación den el respaldo económico suficiente al funcionario público para garantizar una supervivencia posterior, tan digna y pareja, como la que ha gozado mientras se encontraba en actividad. De esta manera se estará dando cumplimiento a otra previsión constitucional como lo es la contemplada en el Artículo 103 de la Ley Suprema de la Nación.

Por las consideraciones que anteceden, opino que debe HACERSE LUGAR A LA PRESENTE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 9° de la Ley N° 2345/03 y de los Arts. 2° y 3° del Decreto N° 1579/2004, en relación con la Señora Eddi Ramona Martínez de González. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE: HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la señora Eddi Ramona Martínez de González, y en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 9, en su totalidad, de la Ley N° 2345/2003 y de los Arts. 2 y 3 del Decreto Reglamentario N° 1579/2004, en relación a la accionante, de conformidad al Art. 555 del C.P.C. ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Antonio Fretes, Gladys Bareiro de Módica y Victor Manuel Nuñez Rodríguez.

Ante mí: Abog. Héctor Fabian Escobar Diaz. Secretario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 409

SENTENCIA. Fundamentación.

Una sentencia carece de fundamentación cuando no expresa los motivos que justifican la convicción del Juez en cuanto a su decisión y las razones jurí-

dicas que la determinan, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión. La resolución del Tribunal debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

SENTENCIA. Fundamentación. Fundamentación aparente.

El Acuerdo y Sentencia, constituye un palpable ejemplo de lo que los doctrinarios denominaron fundamentación aparente, defecto de que adolece una resolución judicial, cuando los jueces que resuelven la cuestión, se sustentan únicamente en opiniones o valoraciones, sin demostrar conexión con las constancias de autos.

SENTENCIA. Fundamentación. Fundamentación aparente.

Analizado el fallo, se advierte que se limitó a realizar la descripción de las exposiciones de las partes, sin emitir pronunciamiento alguno con relación a los puntos que fueron impugnados y con este temperamento, se transgredió el principio de congruencia, que debe primar en todo proceso penal, ignorando la prescripción contenida en el Art. 398 del CPP, que consigna como requisito ineludible de la sentencia, el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas, con la exposición de los motivos que lo fundan.

SENTENCIA. Fundamentación.

Nuestro Sistema Penal, sostiene que el Juicio Oral y Público, es el único medio idóneo legal para dirimir y resolver los problemas en el área penal, estableciendo *los principios de concentración, oralidad e inmediatez*. Teniendo en cuenta dichos principios, el órgano jurisdiccional competente para entender y apreciar el caudal fáctico producido en la audiencia de sustanciación del Juicio Oral y Público, no puede ser otro que el Tribunal de Sentencia, sea *unipersonal o colegiado*, y es el mismo el que debe valorar todas las pruebas con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 175 del CPP) a fin de pronunciar la correspondiente sentencia. (Voto en disidencia del Dr. Luis Maria Benitez Riera)

TRIBUNALES DE SENTENCIA. Atribuciones. PRUEBA. Apreciación de la prueba.

La valoración de las pruebas es de competencia exclusiva de los Tribunales de Mérito. (Voto en disidencia del Dr. Luis Maria Benitez Riera)

RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de apelación.

El Tribunal de Alzada está impedido para revalorar las pruebas o modificar los hechos, en cuya producción y discusión no ha participado. Si se admitiera

nuevamente la revisión de los hechos, lo valioso de la intermediación perdería sentido. El Tribunal de alzada debe limitarse a examinar la corrección jurídica del fallo, en cuanto a la observancia de la ley sustantiva y a las formas esenciales del proceso. (Voto en disidencia del Dr. Luis Maria Benitez Riera).

RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de apelación.

El Tribunal de Apelaciones, emisor del fallo impugnado, debía ceñir su actividad jurisdiccional exclusivamente a los puntos cuestionados del pronunciamiento recaído en la instancia originaria, toda vez que su competencia funcional está limitada a los ítems de la resolución a que se refieren las impugnaciones, por así exigirlo el principio reconocido a través del aforismo *tantum quantum appellatum* (sólo hay devolución de lo que ha sido apelado) que se encuentra expresamente consagrado en el art. 456 del C.P.P. en el contexto de las normas generales que rigen los recursos. (Voto por sus fundamentos de la Ministra Alicia Pucheta de Correa)

SENTENCIA. Fundamentación.

Cuando cualquiera de las partes, impetra la intervención del órgano jurisdiccional, está ejerciendo un derecho y por lo tanto reclama la tutela judicial efectiva de quien administra justicia, por lo que basta que éste último omita la oportuna y adecuada ponderación de los argumentos expuestos y capaces de gravitar en la decisión final, para considerarlo como un fallo carente de fundamentación y atentatorio contra la exigencia constitucional de la debida fundamentación. (Voto por sus fundamentos de la Ministra Alicia Pucheta de Correa)

RECURSO DE APELACION. Apelación especial de la sentencia de primera instancia.

El decisorio impugnado está afectado de un vicio formal denominado incongruencia omisiva, cuya esencia estriba en la vulneración, por parte del Tribunal de Apelaciones, del deber del adecuado atendimento y resolución de cuantas pretensiones se hayan alegado oportuna y temporáneamente, dándoles respuestas jurídicas, positivas o negativa, a los puntos controvertidos. El Acuerdo y Sentencia en examen se abstiene en absoluto de honrar tal exigencia pues omite todo análisis a las materias sustanciales sobre los que ha versado el Recurso de Apelación Especial. (Voto por sus fundamentos de la Ministra Alicia Pucheta de Correa)

CSJ, Sala Penal. 22-06-2011. “Recurso de Casación interpuesto por la

Defensora Pública Abog. Lourdes Peña en la causa : MP c. Albino Melgarejo y Marcelino Saavedra Benitez s. Homicidio doloso en Pedro Juan Caballero” (AC. Y Sent. N° 409)

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

1º) ¿Es admisible para su estudio el recurso de casación interpuesto?, en su caso;

2º) ¿ Resulta procedente?

A los efectos del análisis correspondiente de las cuestiones a ser estudiadas y con el objeto de establecer un orden en la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: BLANCO, PUCHETA DE CORREA y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MINISTRO BLANCO, dijo: La vía impugnativa, es intentada por la Abog. Lourdes Peña, Defensora Pública del Cuarto Turno, en ejercicio de la defensa del encausado MACELINO SAAVEDRA BENÍTEZ, en contra del Acuerdo y Sentencia N° 53 del 04 de setiembre de 2008, dictada por el Tribunal de Apelación de la Circunscripción Judicial de Amambay (fs. 100/110), y en tal sentido, corresponde pronunciarse primeramente acerca de la admisibilidad de la impugnación interpuesta. El Art. 477 del Código Procesal Penal, dispone, en relación al objeto del recurso: *“Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena”*.

La resolución recurrida, es un Acuerdo y Sentencia dictado por un Tribunal de Apelación que en su parte dispositiva, resolvió confirmar la sentencia dictada por el Tribunal de Mérito. Con tal decisoria, es evidente la naturaleza conclusiva de la resolución, por tanto, tratándose de una sentencia dictada por el Tribunal de Apelación la cual tiene la virtualidad de poner fin al procedimiento, a tenor de lo previsto en los Artículos 465 y 402 del CPP, el presupuesto de impugnabilidad objetiva, se halla satisfecho.

Debe verificarse además que el sujeto esté legitimado para impugnar por tener un interés jurídico en la impugnación y capacidad legal para interponerla con relación al gravamen que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subje-

tiva); y, finalmente deben observarse los requisitos formales de Modo, Lugar y Tiempo en la interposición del recurso como acto procesal.

Al respecto, la norma procesal que nos rige consagra en los artículos 477, 478, 480 y 468 del Código Procesal Penal, las condiciones de interposición del recurso en cuestión, estableciendo expresamente la conminación de inadmisibilidad, la que se hará efectiva cuando el acto se cumpla en violación a los requisitos formales o a su contenido. Con referencia a la IMPUGNABILIDAD SUBJETIVA, de las actuaciones que obran en el expediente se advierte que el recurso fue interpuesto por la Abog. Lourdes Peña, Defensora Técnica del encausado MARCELINO SAAVEDRA BENÍTEZ, estando efectivamente cumplida la condición de impugnabilidad subjetiva, conforme al art. 17 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo previsto en el art. 8º, del Pacto de San José de Costa Rica y el Art. 449 del CPP.

Ahora bien, con respecto a los requisitos de MODO, LUGAR Y TIEMPO se tiene que la casacionista lo interpone ante la Secretaría de la Sala Penal, dentro del plazo previsto en la norma procesal (10 días) por escrito fundado y alegando el motivo previsto en el art. 478, inc. 1) del CPP, del Código Procesal Penal. En ese sentido, se advierte que la Casacionista invocó como motivo del recurso de casación interpuesto, el art. 478. inc. 1) del CPP, sin embargo, de la lectura in extenso de los argumentos expuestos, analizados en su conjunto, se colige que la vía impugnatoria se abocó a endilgar a la resolución recurrida el defecto de fallo manifiestamente infundado, vale decir, el motivo del señalado en el inciso 3) del Art. 478. En tales condiciones, es posible afirmar que la recurrente, pudo haber incurrido en un error gramatical al invocar la norma legal en la que sustentó el recurso, no obstante, al no incidir en las formalidades de que debe rodearse el escrito, por tratarse de defecto meramente secundario, corresponde tener por fundado el motivo previsto en el inciso 3) del citado artículo.

Ciertamente, se hallan cumplidos los presupuestos objetivos y subjetivos para declarar admisible el recurso interpuesto y proceder al avance a la segunda cuestión. ES MI VOTO.

A sus turnos, los Ministros BENÍTEZ RIERA Y PUCHETA DE CORREA Y manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MINISTRO SINDULFO BLANCO, dijo: El Tribunal de Alzada, por el Acuerdo y Sentencia N° 53 –fallo

recurrido— resolvió: “2°) DECLARAR ADMISIBLE el Recurso de Apelación Especial; 3°) NO HACER LUGAR al Recurso de Apelación Especial interpuesto, y en consecuencia CONFIRMAR en todas sus partes la S.D. N° 29, de fecha 25 de junio de 2008, dictada por el Tribunal de Sentencia de esta Circunscripción-Judicial; 4° ANOTAR...(sic)”.

La resolución impugnada, tiene como antecedente el recurso de apelación especial que fue interpuesto por la representante de la Defensa Abog. Lourdes Peña, en contra de la S.D. N° 29 de fecha 25 de junio de 2008, por la que el Tribunal de Sentencia, tras el debate oral y público, entre otras cosas dispusiera: “3. DECLARAR la existencia del hecho punible de doble homicidio; 4. DECLARAR la autoría y la reprochabilidad del acusado MARCELINO SAAVEDRA BENÍTEZ dentro de las disposiciones del art, 105 inc. 2°, Numerales 2°, 4° y 8° en concordancia con el art. 29 inc. 1° todos del Código Penal....; 6. CONDENAR a MARCELINO SAAVEDRA BENÍTEZ... a una pena privativa de libertad de VEINTICINCO AÑOS... (sic)”, fs. 67 al 71.

La recursista, en su escrito de interposición del recurso, sostuvo entre otras cosas, lo siguiente: 1) Que el Acuerdo y Sentencia no ha considerado en parte alguna de su resolución los argumentos expuestos y fundados por la defensa al momento de plantear recurso de apelación especial y con ello, se ha olvidado por completo de lo dispuesto en el art. 125 del CPP; 2) Que la fundamentación del Tribunal de Alzada es contradictoria, porque se han violado las reglas de la sana crítica en el considerando; 3) Entre los puntos que no han sido considerados, supuestamente por el Tribunal, menciona la incoherencia e incorporación ilegal de elementos probatorios admitidos y estudiados arbitrariamente; 4) Solicita “...se revoque la resolución impugnada en todas sus partes”.

Por su parte, el Abog. Humberto Insfrán Miranda, Fiscal Adjunto, al evacuar el recurso de casación interpuesto, sostuvo en síntesis: “...siguiendo los puntos cuestionados por la defensa en su escrito de casación, se percibe sin esfuerzo que el órgano jurisdiccional de segunda instancia no fundó debidamente los reclamos específicos que el apelante habilitó para el estudio por la vía del recurso de apelación especial”, por lo expuesto, solicita se declare la nulidad del fallo y disponga el reenvío de estos autos a otro Tribunal de Apelaciones a fin de que se expida al respecto a los agravios que fueron expuestos oportunamente por la Defensa.

Una vez sorteado el examen de admisibilidad, corresponde el análisis de los argumentos esgrimidos por la Casacionista, abriéndose competencia para

analizar el motivo del recurso alegado por la Recurrente y en tal sentido, deberá analizarse la existencia o no de un fallo manifiestamente infundado.

El art. 256 de la Constitución Nacional, establece que toda sentencia judicial debe estar fundada en la Constitución y en la Ley. El Código de Formas, en su art. 125, consagra también la existencia de que las sentencias definitivas contengan una clara y precisa fundamentación de la decisión adoptada. El tribunal debe indefectiblemente expresar los motivos de hecho y de derecho en que basa sus disposiciones. La simple relación de los documentos del procedimiento no reemplaza a la fundamentación.

De las normas señaladas precedentemente, se desprende que el actual esquema procesal impone a los jueces la obligación de fundar sus decisiones, expresando las cuestiones que los llevan a concluir de un determinado modo y no de otro. En ese sentido, una sentencia carece de fundamentación cuando no expresa los motivos que justifican la convicción del Juez en cuanto a su decisión y las razones jurídicas que la determinan, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión. La resolución del Tribunal debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

A fin de realizar un análisis ordenado de la cuestión, se exponen los fundamentos que fueron esgrimidos por el Tribunal, al dictarse la resolución hoy cuestionada, APRA posteriormente realizar el análisis sobre la existencia del motivo alegado por la Casacionista.

En ese sentido, el Tribunal de Segundo Grado, esbozó: "... esta Magistratura al hacer un estudio de autos lo sustentado por las partes individualizadas de la cuestión planteada por los mismos, teniendo a la vista los parámetros sostenidos por las partes en estos autos, debamos señalar que lo peticionado por la defensa en beneficio de su defendido individualizado más arriba, se detecta que no se halla ningún vicio en la sentencia apelada como quería hacer aparecer la defensa, como insuficiente, contradictoria y en elemento probatorio incorporado ilegalmente en el juicio y a su pretensión constituye vicios, la apelante no describe cuales fueron esas violaciones, en una parte de su apelación quiere hacer aparecer que su defendido en el momento del hecho estuvo en otro lugar, si realmente es cierto lo sostenido por la defensa hubiere recurrido por otra vía que es el INCIDENTE DE ALIVI O COARTADA que no lo hizo en su debido tiempo, también sostiene que a su defendido debió aplicarse el In dubio pro-reo". "Se debe establecer que el Tribunal de Sentencia tuvo en cuenta la buena inter-

pretación de la regla de la sana crítica, de modo que no existe objeción alguna al respecto se ciñera a las disposiciones para su aplicación aplicando correctamente la regla de la sana crítica a través de la hermenéutica jurídica. En conclusión se llega que los fundamentos sostenidos por el representante de la sociedad son sustentables, en razón a que la sentencia recurrida se halla plenamente ajustada a derecho.” (sic). Pág. 08, Acuerdo y Sentencia N° 53, fs. 70 y vlto.

Los argumentos vertidos por el Tribunal de Apelaciones, no resisten el más mínimo análisis de logicidad; se halla notoriamente infundada. Ciertamente, no ha otorgado respuesta jurisdiccional a los agravios expuestos por la Recurrente al interponer recurso de apelación especial –incongruencia omisiva- y, a más de ello, se limitó a realizar afirmaciones sin ningún sustento, en razón de que dicho Órgano confirmó el fallo del inferior, pero sin esbozar las razones valederas por las que estimó que lo resuelto por el A quo, se halla ajustado a derecho. El Acuerdo y Sentencia, constituye un palpable ejemplo de lo que los doctrinarios denominaron fundamentación aparente, defecto de que adolece una resolución judicial, cuando los jueces que resuelven la cuestión, se sustentan únicamente en opiniones o valoraciones, sin demostrar conexión con las constancias de autos.

Se combinan así en el deber de motivación o fundamentación –Art. 256 de la Constitución Nacional– dos principios fundamentales: el de la garantía de la defensa en juicio y el de la forma republicana de gobierno, pues, se emerge en el mecanismo contralor en poder de los justiciables y de la ciudadanía, de los actos jurisdiccionales.

La fundamentación –señala JOSÉ I. CAFFERATA NORES– “permite que los interesados puedan conocer las razones que sostienen el decisorio y las premisas que otorgan sustento al pronunciamiento, ya sea con el fin de resolver su acatamiento o para fundar la respectiva impugnación que el ordenamiento legal concede. Asimismo, ello brindará al Tribunal a quem la disposición de los elementos necesarios para efectuar su control” (JOSÉ I. CAFFERATA NORES. La prueba en el proceso penal. Pag. 51, Quinta Edición).

Analizado el fallo, se advierte que se limitó a realizar la descripción de las exposiciones de las partes, sin emitir pronunciamiento alguno con relación a los puntos que fueron impugnados y con este temperamento, transgredió como quedó dicho arriba, el principio de congruencia, que debe primar en todo proceso penal, ignorando la prescripción contenida en el Art. 398 del CPP, que consigna

como requisito ineludible de la sentencia, el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas, con la exposición de los motivos que lo fundan. En tal sentido, el Art. 456 del Código Ritual, al definir la competencia del Tribunal consagra el principio: “ tantum appellatum quantum devolutum”, según el cual, los agravios del recurrente son los que definen la competencia del Tribunal superior, que debe resolver sobre ellos y limitado a los aspectos contenidos en los mismos. Al obviar el estudio y pronunciamiento de la cuestión impugnada en segunda instancia, el tribunal inobservó las disposiciones citadas precedentemente, que rigen el procedimiento en alzada, convirtiendo el fallo, en mayoría, en una decisión arbitraria.

A este respecto, la doctrina señaló: “la sentencia penal debe dar respuesta a todas y cada una de las pretensiones jurídicas sostenidas por las partes del enjuiciamiento. Su inobservancia da lugar a la denominada incongruencia omisiva o “fallo corto”, en la que el tribunal de instancia dicta una sentencia incongruente con la solicitud de las partes, en definitiva, sin dispensar la tutela judicial efectiva proclamada en la Constitución que en su manifestación sobre el contenido de la sentencia exige que el Tribunal de una respuesta jurídica a las pretensiones deducidas estimándolos o no, pero siempre resolviendo lo solicitado por las partes”. (Andrés Martínez Arrieta. El Recurso de Casación penal. Segunda Edición. Editorial Comares, Granada 1996).

Por tanto, la decisión se halla viciada de los defectos de incongruencia y fundamentación aparente y ante la notoria existencia del defecto, corresponde que esta Sala Penal, disponga la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 53, del 04 de noviembre de 2008, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil; Comercial, Laboral y Penal de la circunscripción Judicial de Amambay, debiéndose disponer el reenvío de la presente causa a otro Tribunal de Apelaciones para el estudio y resolución del recurso de apelación interpuesto, en función al art. 473 del CPP, por remisión expresa del Art. 480 del mismo cuerpo legal. ES MI VOTO.

VOTO EN DISIDENCIA DEL SR. MINISTRO DR. LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA

En cuanto a la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Benítez Riera menciona que el Tribunal de Apelación ha dictado el Acuerdo y Sentencia N° 53 de fecha 4 de setiembre de 2008, el cual resolvió: 1) Declarar competente.; 2) Declarar admisible.; 3) No hacer lugar al recurso de apelación, CONFIRMAR la SD. N° 29 de

fecha 25 de junio de 2008...”. Quien ha tenido como antecedente la Sentencia definitiva N° 29 de fecha 25 de junio de 2008, dictada por el Tribunal de Sentencia, quien dispuso: 1) Declarar la competencia.; 2) Declarar la procedencia.; 3) Declarar la existencia del hecho punible de doble homicidio doloso ...; 4) Declarar la autoría y la reprochabilidad del acusado MARCELINO SAAVEDRA.; 5) Calificar el hecho atribuido a Marcelino Saavedra dentro de las disposiciones 105 inc 2 numerales 2, 4 y 8 en concordancia con el art. 29 inc. 1 todos del CP...; 6) Condenar a MARCELINO SAAVEDRA a una pena privativa de libertad de VEINTICINCO AÑOS.; 7) Declararlo civilmente.; 8) Imponer...; 9) ...; 10) Anotar...”.

La casacionista al exponer sus agravios ha expresado que el Tribunal de Apelaciones no tuvo en cuenta para su fundamentación ningún punto del extenso argumento expuesto por la defensa, violándose por consiguiente el principio de congruencia. Resalto además que la sentencia condenatoria es contradictoria, por no haberse observado las reglas de la sana crítica con respecto a los medios o elementos probatorios de valor decisivo, solo ha dado valor y consideración a las pruebas ofrecidas por el acusador, desmereciendo y descalificando las pruebas que hacen al interés del defensor. “*Solicita la revocatoria de la sentencia impugnada en todas sus partes*”. (fs. 100/110).

Por su parte, el fiscal adjunto al contestar el traslado, el tribunal de alzada confirmó una sentencia condenatoria sin esgrimir una fundamentación adecuada que avale la solución adoptada, es decir, sin exteriorizar las razones jurídicas idóneas para afirmar en forma absoluta que lo resuelto se encuentra ajustado a derecho. *Solución aplicable: la nulidad del fallo cuestionado*. (fs. 118/123).

Nuestro Sistema Penal, sostiene que el Juicio Oral y Público, es el único medio idóneo legal para dirimir y resolver los problemas en el área penal, estableciendo *los principios de concentración, oralidad e inmediatez*. Teniendo en cuenta dichos principios, el órgano jurisdiccional competente para entender y apreciar el caudal fáctico producido en la audiencia de sustanciación del Juicio Oral y Público, no puede ser otro que el Tribunal de Sentencia, sea *unipersonal o colegiado*, y es el mismo el que debe valorar todas las pruebas con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 175 del CPP) a fin de pronunciar la correspondiente sentencia. Queda claro entonces, que la valoración de las pruebas es de competencia exclusiva de los Tribunales de Mérito.

Una de las características fundamentales de la nueva legislación es la incorporación del juicio oral en única instancias, en el cual el Tribunal de Sen-

tencia pronuncia la decisión definitiva, en cuanto a la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado, es decir la sentencia de mérito. Esta decisión es dictada luego de un debate oral en el que el tribunal y las partes han apreciado las pruebas y discutido las cuestiones bajo la vigencia de los *principios de inmediación o concentración*. La identidad física del juzgador es preponderante para asegurar la legitimidad de la sentencia. No es posible entonces admitir ninguna clase de recurso en cuanto al mérito. *El Tribunal de Alzada está impedido para revalorar las pruebas o modificar los hechos, en cuya producción y discusión no ha participado*. Si se admitiera nuevamente la revisión de los hechos, lo valioso de la intermediación perdería sentido. El Tribunal de alzada debe limitarse a examinar la corrección jurídica del fallo, en cuanto a la observancia de la ley sustantiva y a las formas esenciales del proceso.

El Código Procesal Penal en su art. 175, incorpora la sana crítica como método para valorar las pruebas dentro del proceso penal, en cuya virtud el juez llega al convencimiento de estar en posesión de la verdad a través de la lógica, la psicología y la experiencia común.

Analizando los agravios expuestos en su momento por la defensa, y observando el fallo objeto de estudio, se puede ver que realmente la Cámara de Apelación no ha respondido a todos ellos en su momento. Efectivamente la Cámara de Apelación ha realizado una fundamentación muy escueta, faltando respuesta clara en relación a los cuestionamientos expuestos de la defensa.

La Corte Suprema de Justicia ha tratado idéntica situación en varias oportunidades, y posee un criterio uniforme en la respuesta que otorga a la misma. En este sentido, el art. 256 de la Constitución Nacional expresa: “...*Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley...*”. Con esta norma concuerdan el art. 125 del CPP, que establece: “...*Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba...*”, y el art. 398 inc 2 y 3 del mismo cuerpo legal, que expresan: 2) *El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y derecho en que los fundan;* 3) *La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado*”.

En su oportunidad, como una salida a las normas citadas anteriormente, la Corte Suprema de Justicia, ha sentado jurisprudencia en los sgtes fallos:

“*Hugo Javier Pera s/ Estafa y otros*”, Acuerdo y Sentencia N° 235 de fecha 18 de abril de 2005; “*Gladis Zunilda González y otros s/ Producción de documento no auténtico*”, Acuerdo y Sentencia N° 1870 de fecha 28 de diciembre de 2004; “*Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Agente Fiscal Abog. Rocío Vallejo de Scappini en la causa: Mario César Orué Delgado y Otros S/ Lesión de Confianza*”. Acuerdo y Sentencia N° 1297 de fecha 13 de setiembre de 2004; “*Oscar Emilio Portillo Trinidad s/ Homicidio culposo*”, Acuerdo y Sentencia N° 81 de fecha 23 de marzo de 2010; “*Ministerio Público c/ Secundino Martínez Brítez y otro s/ Posesión y Trafico de Estupefacientes*”, Acuerdo y Sentencia N° 134 de fecha 14 de abril de 2010.

Por las razones expuestas, corresponde que el Acuerdo y Sentencia N° 53 de fecha 4 de setiembre de 2008, sea anulada. Ahora bien, en cuanto a la solución que debe darse a este caso, es pertinente la utilización de la decisión directa, propuesta en el artículo 474 del CPP, que establece: “*Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvío*”, ya que los agravios expuestos ante esta Corte Suprema de Justicia en cuanto a la casación, son similares a los ya presentados ante la Cámara de Apelación en la apelación especial, por lo que no es necesario la realización de un nuevo control en segunda instancia, sino solo ya la respuesta acabada de los agravios de la defensa.

En este sentido, cabe pasar a responder los agravios expuestos por la defensa, pues la sentencia condenatoria es contradictoria, por no haberse observado las reglas de la sana crítica con respecto a los medios o elementos probatorios de valor decisivo.

Al respecto, no existe la contradicción invocada, puesto que Marcelino Saavedra Benítez fue acusado por el Ministerio Público dentro de lo previsto y penado en el artículo 105 del Código Penal, como autor del hecho punible contra la vida “*doble homicidio doloso*”, luego fue condenado conforme a la acreditación de los hechos expuestos durante el juicio oral y público, así como también a las pruebas legalmente incorporadas al juicio (*testificales, acta de reconocimiento de persona*) que fueran valoradas conforme a las reglas de la sana crítica.

En cuanto a su valoración, solo puede decirse que la misma está acorde a la lógica de los sucesos fácticos, como así también a las normas que hacen a la

valoración de la prueba, el principio de inmediación impide avanzar en este camino, razón por lo cual este agravio debe ser rechazado.

Ahora bien, en función a la facultad conferida a esta Corte por el Art. 474 en concordancia con el Art. 480 del Código Procesal Penal, y en razón de la inoficiosidad del reenvío a otro Tribunal de Apelación, corresponde decidir directamente y en tal sentido confirmar la sentencia definitiva N° 29 de fecha 25 de junio del 2008, quedando la misma firme en todos sus puntos. Es mi voto.

A su turno la SEÑORA MINISTRA DRA. ALICIA PUCHETA DE CORRERA, dijo: Luego de un cabal análisis de los autos traídos a despacho y a la vista del razonamiento discernido por quien me antecede en la emisión del voto, debo expresar que si bien he de arribar a una conclusión coincidente con la que sugiere en el sentido de descalificar el Acuerdo y Sentencia recurrido, expondré, a título de voto complementario, algunas consideraciones que refuerzan positivamente tal aserto.

Examinado el Acuerdo y Sentencia impugnado en el contexto integral de su advenimiento, surge que, efectivamente, el mismo padece de vicios de procedimiento en la actividad juzgadora alegada en razón de haber omitido expedirse acerca de todos los puntos de la Sentencia definitiva del A-quo que han sido puestos en crisis por la defensa al tiempo de implementar contra ella la Apelación Especial, en la que, precisamente, gran parte de los agravios vertidos se centralizaban sobre la legalidad de los elementos probatorios viabilizada por el Tribunal de Sentencia; sobre la contradicción en las reglas de la sana crítica; validez de las pruebas documentales, etc.

Precisamente, tal como lo ilustran los autos, el Tribunal de Apelaciones, emisor del fallo impugnado, debía ceñir su actividad jurisdiccional exclusivamente a los puntos cuestionados del pronunciamiento recaído en la instancia originaria, toda vez que su competencia funcional está limitada a los ítems de la resolución a que se refieren las impugnaciones, por así exigirlo el principio reconocido a través del aforismo *tantum quantum appellatum* (sólo hay devolución de lo que ha sido apelado) que se encuentra expresamente consagrado en el art. 456 del C.P.P. en el contexto de las normas generales que rigen los recursos.

Lo afirmado precedentemente es una cuestión obvia, puesto que si a los fines de la impugnación, a las partes se le otorga el derecho, por un lado para recurrir y por otro, se le exige fundar el recurso expresando en forma concreta

y separada cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende (Art. 468 del C.P.P) como condición de viabilidad, es precisamente para que el órgano de alzada reclamado, como deber y obligación legal correlativo, lo tenga en cuenta y resuelva la contienda jurídica en función a las propuestas de las partes que constituyen la materia del debate y la medida de su competencia; de ahí que cuando cualquiera de las partes, impetra la intervención del órgano jurisdiccional, está ejerciendo un derecho y por lo tanto reclama la tutela judicial efectiva de quien administra justicia, por lo que basta que éste último omita la oportuna y adecuada ponderación de los argumentos expuestos y capaces de gravitar en la decisión final, para considerarlo como un fallo carente de fundamentación y atentatorio contra la exigencia constitucional de la debida fundamentación.

Como bien lo enseña Bidart Campos: “El derecho a la jurisdicción no se satisface ni se agota con el mero acceso a un juez, ni con la secuela del debido proceso, sino que exige culminar con una sentencia (válida) que resuelva “todas” las cuestiones de hecho y derecho incluidas en la causa. Dejar de resolver una cuestión de orden constitucional es amputar el meollo de la causa y de la sentencia. No es resolver todo. El residuo no juzgado deja sin jurisdicción al justiciable pretensor.” (El Derecho, Jurisprudencia General, Tomo 128, Pág. 21 y sgtes.).

En el caso de autos, el A-quem dictante del fallo impugnado, no ha hecho ni la más mínima alusión, ni mucho menos considerar razonadamente los planteos o argumentos oportunamente introducidos a título de agravios, por la parte recurrente que, precisamente, determina la extensión y el límite de su competencia en el ejercicio de su jurisdicción; que a más de de ser un índice revelador, elocuente de la desaprensiva atención que el Tribunal de Apelaciones ha brindado a los puntos de la resolución impugnada, la omisión, de gravedad institucional contaminante del fallo, permite afirmar que ha rehuido a su primaria labor de selección, interpretación y elaboración de los elementos fácticos y jurídicos que el caso traído a su consideración exigía y en ese contexto, al fundar su decisión, debía hacerlo en atención a los agravios desgranados por el apelante y a la contestación de la parte adversa, todo ello a la luz de las normas cuya aplicación ha sido controvertida, de tal modo que las partes estén en condiciones de poder verificar la correcta aplicación de la normatividad en vigor aplicable al caso y la exposición de un razonamiento lógico debía constituir su acabada y palmaria demostración.

En las condiciones apuntadas, el decisorio impugnado está afectado de un vicio formal denominado incongruencia omisiva, cuya esencia estriba en la vulneración, por parte del Tribunal de Apelaciones, del deber del adecuado atendimento y resolución de cuantas pretensiones se hayan alegado oportuna y temporáneamente, dándoles respuestas jurídicas, positivas o negativa, a los puntos controvertidos. El Acuerdo y Sentencia en examen, reitero se abstiene en absoluto de honrar tal exigencia pues omite todo análisis a las materias sustanciales sobre los que ha versado el Recurso de Apelación Especial.

Ante casos similares, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha reprobado con la sanción nulificatoria a las resoluciones judiciales incursas en las anomalías descritas, entre las que se puede citar: el Acuerdo y Sentencia N° 1870 de fecha 28 de diciembre del 2004 en el expte. “Gladys Zuñilda Villalba y Carlos Raúl González Villalba s/ Producción de Documentos no Auténticos en Villarrica, “Acuerdo y Sentencia N° 235 de fecha 18 de abril del 2005 en el Expte. “ Hugo Javier Pera s/ Hecho Punible c/ el Patrimonio –Estafa y Lesión de Confianza– y c/ la Prueba Documental y Producción de Documento No Auténtico en Caraguatay, “Acuerdo y Sentencia N° 596 de fecha 26 de julio del 2005 en el Expte. “Juan Carlos Suárez Aguilera s/ Posesión y Tráfico de Estupefacientes” y el Acuerdo y Sentencia N° 639 de fecha 4 de agosto del 2005 en el expte. “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Defensor Público Abog. César Ramón Báez en la causa: Ministerio Público c/ Mariano Benítez y Otros s/ Homicidio en Aguapety; Acuerdo y Sentencia N° 1865 de fecha 20 de diciembre de 2005, emitido en el expediente Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Defensora Pública Violeta González en los autos: “Alfredo David Kravetz s/ Robo Agravado con resultado de Muerte”.

Desde esa perspectiva, suscribo el reproche que el ilustrado Ministro preopinante formula contra el Acuerdo y Sentencia recurrido y naturalmente, la consecuencia jurídica que le reconoce, puesto que describe, en forma concreta, pero con gran agudeza la naturaleza del vicio que contiene, las razones explícitas que los propician y el encuadre en el motivo casacional en que queda atrapado; esto es, que resulta ser manifiestamente infundada, en tanto se basa en meras afirmaciones, como tampoco la determinación si en la fundamentación de la sentencia así integrada, expresa, clara y completa, se ha observado en su motivación el ordenamiento lógico suficiente que le impone las reglas de la sana crítica, de las que, por lo menos, podía inferirse las razones por las cuales los

agravios, en lo pertinente, no resultaban a su juicio atendibles. La total carencia de dichas exigencias hace que lo decidido por el A-quem sea demostrativo de una escasa laboriosidad en la actividad jurisdiccional ejercida.

En definitivas, las omisiones aludidas no solo suponen un quiebre de principios procesales sino que una trasgresión de mayor radio en tanto proyecta sus efectos a categoría de indefensión de quien –hallándose bajo la salvaguarda jurisdiccional y decisoria de un órgano judicial e independientemente del rol que ejerce en el proceso– espera fundamentamente que aquél emita una resolución razonada atinente a los extremos planteados, como reflejo o manifestación, a su vez, de otro derecho fundamental, esto es el de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses por el mecanismo de la doble instancia llamado a controlar la legalidad de una Sentencia Definitiva primaria. Por las razones expuestas, corresponde anular íntegramente, por manifiestamente infundada, el Acuerdo y Sentencia N° 53 de fecha 04 de septiembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción judicial de Amambay, que se perfila como notoriamente desconectado de los cánones procedimentales de rigor y carente del debido sustento normativo, contrariando el deber, dimanante de un sistema republicano, de arribar a conclusiones que se encuentren fundadas en la Constitución y la Ley, tal como lo requiere el Artículo 256 -segundo párrafo- de la Constitución Nacional, en concordancia con el Art. 125 del C.P.P., que lo reglamenta. En consecuencia. De conformidad al Artículo 473 del C.P.P., debe reenviarse la causa al Tribunal de Apelaciones de la misma Circunscripción que sigue en orden de turno a los efectos de que resuelva el recurso de apelación especial planteado por la parte querellante, conforme a derecho. Voto en el sentido y con los alcances expuestos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mi de que lo certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE: 1. DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Abog. Lourdes Peña, Defensora Pública del Cuarto Turno de la ciudad de Pedro Juan Caballero, en representación del acusado MARCELINO SAAVEDRA BENITEZ, en contra el Acuerdo y Sentencia N° 53 de fecha 04 de setiembre de 2008 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción judicial de Amambay. 2. HACER LUGAR al recurso de casación y, en consecuencia, ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 53 de fecha 04 de setiembre de 2008, por los

fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 3. REENVIAR la presente causa a otro Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción judicial de Amambay, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 3. ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta De Correa y Luis Maria Benitez Riera

Ante mí: P.A. Abog. Norma Esther Domínguez Vallejos, Secretaria Judicial IV CSJ

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 430

PRUEBA DE RECONOCIMIENTO. Inspección ocular.

La prueba de reconocimiento judicial muestra imprecisiones. El contenido del acta de reconocimiento judicial que debe ser preponderante en este juicio de usucapión, y aportar claridad para determinar la *exclusividad* de la posesión y la realización de los actos posesorios en el inmueble a usucapir.

PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial.

De las declaraciones testificales aportadas por el actor en el juicio de usucapión no deben surgir dudas sobre la existencia de actos posesorios realizados por el usucapiente, la continuidad de la posesión alegada, el carácter público de la conducta exhibida por el usucapiente y la antigüedad de la posesión -que debe ser de al menos veinte años conforme a la ley .

PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta.

La confesión ficta tiene un valor relativo; requiere que sea corroborada por otras pruebas y debe interpretársela en concordancia con la conducta procesal del ficto confeso. En el presente caso, todas las pruebas aportadas fueron inconducentes para sostener el cumplimiento de los requisitos esenciales para la usucapión y mucho menos crear una convicción en el juzgador.

USUCAPIÓN. Prueba de la usucapión. PRUEBA DE TESTIGOS. Apreciación de la prueba testimonial.

“Tratándose del juicio de usucapión la ley requiere solamente que la prueba testimonial –que por lo común es la sustancial y de mayor importancia, dada la naturaleza de los hechos que se procura justifica – no sea la única aportada por

el actor; vale decir; que esa prueba se halle corroborada o integrada por evidencias de otro tipo que forme, con ella, la prueba compuesta, y para eso no es forzoso que dichas evidencias versen sobre actos cumplidos a lo largo de veinte años de prescripción, sino que basta que exterioricen la existencia de la posesión o de alguno de sus elementos durante buena parte de ese período.

USUCAPIÓN. Interversión del título.

El primer presupuesto para que opere la adquisición del dominio por medio de la usucapión, es que la posesión alegada como base de la acción sea a nombre propio, como propietario del inmueble a usucapir, desde el inicio mismo de la posesión, salvo prueba de interversión del título por el cual posee; pues, conforme al art. 1921 del Código Civil, el poseedor no puede cambiar ni subsanar por sí mismo la causa, las cualidades ni los vicios iniciales de su posesión, por consiguiente, quien inició su posesión a título de precario, se presume -salvo prueba de interversión- que continúa poseyendo por el mismo título.

USUCAPIÓN. Requisitos de la usucapión.

En toda acción de usucapión es fundamental iniciar con el análisis de la posesión alegada como base de la demanda, especialmente, el tiempo y la forma en que dicha posesión se ha iniciado.

USUCAPIÓN. Prueba de la usucapión.

En casos como el que nos ocupa, en que existe una relación de parentesco entre poseedores y propietarios, la jurisprudencia sabiamente señala que mal podría exigirse al propietario la prueba de una oposición material (Cfr. Ac. y Sent. N° 75, 06/11/1990, T. Apel Civ y Com, Sala 2, Asunción, LLP 1990, 01/01/1990, 792); por lo que, en general, se presume que, por la confianza y solidaridad familiar existente, el propietario autoriza el uso del bien al pariente, quien -por ende- está en posesión del inmueble por mera concesión del propietario. Consecuentemente, su posesión es meramente derivada, manteniendo el propietario la posesión originaria, a título de dueño -art. 1911 del Código Civil-.

USUCAPIÓN. Requisitos de la usucapión.

En el caso, la posesión del actor debe ser calificada como una posesión meramente derivada; posesión que, por principio, carece del ánimo de dueño requerido a los fines de la usucapión -por no ser una posesión exclusiva y excluyente-, como la que se requiere a los fines de esta acción. *“Para que pueda ser reconocida la posesión es necesario que el pretense poseedor no sólo tenga la cosa bajo su poder; sino que sus actos posesorios se manifiesten de forma tal que*

indiquen su intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad; este elemento subjetivo importa no reconocer la titularidad del dominio en otro.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 27/09/2005, T. 328, P. 3590).

PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta.

El hecho de que al demandado se lo haya tenido por confeso en virtud de la sentencia de primera instancia, puesto que, ante la abundancia de material probatorio reseñada, y a la convicción que dichas demostraciones generan, es de aplicación el art. 302 del Cod. Proc. Civ., según el cual la confesión judicial se aprecia por el juez conjuntamente con las demás pruebas y de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 24-06-2011. “Cándido Ocampos c. Gilberto Viñuales s. Usucapación” (Ac. y Sent. N° 430)

Previo estudio de los antecedentes, los señores Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvieron plantear las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ella ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: los Ministros Miguel Oscar Bajac, Raúl Torres Kirmses y César Antonio Garay.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL Dr. BAJAC ALBERTINI, dijo: El recurrente desistió expresamente de este Recurso por lo que debe tenerse en tal sentido. No obstante puede advertirse que del estudio de oficio de la Resolución recurrida no se desprenden vicios o defectos de índole formal que provoquen su nulidad en los términos de los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil.

A SUS TURNOS LOS MINISTROS RAÚL TORRES KIRMSER y CÉSAR ANTONIO GARAY, MANIFIESTAN: Que adhieren sus votos por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL Dr. BAJAC ALBERTINI, dijo: Por Acuerdo y Sentencia N° 79 de fecha 27 de julio de 2009, el Tribunal de Apelación, revocó la S.D.N°66 de fecha 8 de marzo del 2.006 y no hizo lugar a la demanda promovida por Cándido Ocampo contra Gilberto Viñuales, argumentando que resulta trascendente el juicio iniciado antes de esta acción, donde

Gilberto Viñuales inició el desalojo contra otros ocupantes que son parientes del demandante en este proceso, de donde surgen elementos que hacen inviable, ante la ausencia de los requisitos esenciales, la pretensión del señor Cándido Ocampos cuya posesión alegada data del año 1973.

Esta decisión agravó al apelante que en su escrito de descargo manifestó en primer lugar que el Tribunal, contrariamente a lo dispuesto en el Art. 297 del Código Procesal Civil, no consideró el hecho de que en la decisión del inferior se tuvo por confeso al actor, por lo que consideró suficiente motivo para decretar la nulidad de la resolución dictada, pese a que desistió expresamente de la nulidad al inicio de su presentación.

En segundo término, señaló que el Ad-quem utilizó fundamentos distorsionados sin analizar los expuestos por el juez de primera instancia, en especial omitió pronunciarse sobre el acta labrada en ocasión de la inspección judicial realizada por la Actuaría, donde consta en forma expresa que en ese lugar se encontraba otro ocupante del inmueble y se trataba del hoy actor Cándido Ocampos, en el marco del juicio Gilberto Viñuales Azuaga c/ Angel Rojas y Elizabeth de Rojas s/ desalojo, traído a la vista como prueba instrumental de esta demanda de usucapión.

Agregó así mismo que la demanda de desalojo mencionado, fue deducido contra el matrimonio Rojas que fueron los anteriores propietarios, con quienes su representado no tiene parentesco alguno y ni fue parte en el proceso. La posterior acción de desalojo instaurada por Gilberto Viñuales estaba dirigida contra Carolina Elizabeth Rojas y Gabriel Ocampos Pérez donde tampoco su mandante fue demandado. Sostiene entonces, que las acciones citadas solo tenían el propósito de despojar a la posesión a los legítimos herederos con animus domini y debilitar la posesión de usucapiente.

La norma que rige en esta materia es el Artículo 1.989 que dice: *“El que poseyere ininterrumpidamente un inmueble durante veinte años sin oposición, y sin distinción entre presentes y ausentes, adquiere el dominio de él sin necesidad de título ni de buena fe, la que en este caso se presume. Podrá pedir al juez que así lo declare por sentencia, la que servirá de título de propiedad para su inscripción en el Registro de Inmuebles”*.- Para la viabilidad de la acción, como lo señalan la norma transcripta y la doctrina, deben concurrir siguientes requisitos fundamentales: 1°) La posesión de la cosa a título de dueño (animus domini); 2°) Que la posesión sea pública, pacífica, continua e ininterrumpida; 3°) El

transcurso del tiempo requerido (20 años) cuando que no se invocó justo título y que no haya mediado oposición ni distinción entre presentes y ausentes; 4°) La perfecta individualización de la fracción de tierra que se pretenda y el titular del dominio.

Conviene en primer término hacer una sinopsis acerca de los ahora reclamantes. En efecto, el demandante Candido Ocampos inició esta acción en Noviembre del año 2003 alegando la posesión del inmueble individualizado como Finca N° 8245 del Distrito de Fernando de la Mora y al tiempo de la contestación de la demanda se produjo su deceso –diciembre del año 2003–, por lo que sus herederos declarados por S.D.N°457 del 28 de junio del 2.004 (fs.187) continuaron la demandada.

Pasando a la revisión del caudal de pruebas aportadas por ambas partes y si éstas reúnen los requisitos cardinales, tenemos que: La prueba de reconocimiento judicial que obra a fs.224, muestra imprecisiones. En el Acta labrada en ocasión de dicho diligenciamiento, consta que estaban presentes la Abogada Gilda Ocampos –hija del accionante- y la Sra. Carolina Rojas de Ocampos, no así el Sr. Gabriel Ocampos –esposo de esta última y ausente por motivos de trabajo en el interior del país- Carlos Ocampos, Antonio Ocampos –hijos del accionante– y Valeria Vda. de Ocampos –cónyuge del causante–. Los tres últimos –manifiesta el acta– no residen en la casa pretendida por usucapión. Asimismo al tiempo de preguntársele a los presentes por la antigüedad de la casa respondieron que aproximadamente 20 años, sin precisar cuándo se habría iniciado la posesión. De igual modo las descripciones de los actos posesorios en el inmueble obrantes en el referido acta, no aportan exactitud respecto a la antigüedad de los mismos, ya que sólo se refiere que la construcción, los materiales, los arboles son antiguos, hasta señala la construcción de un “baño moderno antiguo” y que existen otras edificaciones antiguas con aproximadamente 15 años. En síntesis, el contenido del acta de reconocimiento judicial que debió ser preponderante en este juicio, no aporta claridad para determinar la *exclusividad* de la posesión y la realización de los actos posesorios en el inmueble a usucapir.

A esto se suma las declaraciones testificales aportadas por el actor de fs. 237, 238, 239, 240, 241 y 242- de donde surgen dudas sobre la existencia de actos posesorios realizados por el usucapiente, la continuidad de la posesión alegada, el carácter público de la conducta exhibida por el usucapiente y la antigüedad

de la posesión que debe ser de al menos veinte años conforme a la ley para el caso de autos.

Justamente, el testigo Luis Alberto Caballero Báez Ocampo, a f. 237, al ser preguntado (Tercera Pregunta) *“si le consta que el señor CÁNDIDO OCAMPOS ocupaba o no en calidad de dueño un inmuebley en caso afirmativo desde que año aproximadamente.”*, manifestó al Juzgado que *“Si ocupaba, no sé desde que año exactamente, pero más de 25 años, porque desde que yo me acuerdo Don Cándido siempre vivió ahí, al lado de la casa de mi papá donde hasta ahora yo vivo desde que nací, mi papá siempre nos cuenta que él le ayudaba los fines de semana a hacer su casa cuando llegó recién al Barrio”*. En relación a las mejoras, el testigo respondió entre otras *“...hay un pozo que Gabriel, el hijo de Don Cándido mandó tapar cuando nacieron sus hijos gemelos hace diez años, después hay una construcción que Don Cándido mandó hacer hace más de trece años cuando se iba a casar con Carol y tiene dos dormitorios, corredor, baño, lavadero y un quincho...”*. Surge de esta declaración la imprecisión de cuándo se habría iniciado la posesión y la construcción de la casa, ya que respecto a esta última, su padre le había relatado que ayudó supuestamente al usucapiante a construirla. Además, las obras y mejoras aludidas en este testimonio datan una antigüedad de 10 a 13 años. Surge evidente, que la declaración de este testigo, en especial, lo referente a la construcción de la casa realizada por el actor, carece de valor probatorio, ya que esto sólo fue comentario de su padre; y, no sobre hechos que el testigo percibió en forma personal, sumado a la imprecisión sobre la fecha del inicio de la posesión y las obras y mejoras introducidas en el inmueble.

Por su parte, el testigo Pablino Caballero, al tercer preguntado respondió lo siguiente: *“Si ocupaba, desde el año 1.970, es un terreno que está pegado a mi propiedad, donde se había iniciado la construcción de una casa y quedó hasta los cimientos, un tiempo después vino Don Cándido y continuo la construcción hasta terminar, según me había contado, el dueño de ese terreno, era su patrón y le había dado ese terreno para terminar la construcción y vivir en el lugar...”*. En cuanto a las mejoras no pudo precisar la antigüedad de los mismos limitándose a describir lo que contiene la casa, sin embargo, con llamativa precisión describe las dimensiones del terreno como así también la circunstancia del pazo tapado cuando el hijo Gabriel se casó hace trece años. Esta testifical también carece de valor probatorio ya que se trata de un testigo de oído, puesto que respecto a la

ocupación conoce porque le comentó el dueño de la propiedad. Igual suerte corre el resto del testimonio que en nada coadyuva a precisar la posesión *veinteñal* – que exige la norma legal– del inmueble por el actor, ya que el testigo reconoce que su conocimiento sobre los hechos se limita a lo sucedido a tan solo trece años atrás, sin precisar lo ocurrido con anterioridad.

Las declaraciones de los testigos Amelio Escobar Vera de fs.239, y Eustacio López, vecinos del accionante, refirieron con cierta claridad la fecha de la ocupación demandada –1970 con la construcción de la casa– por lo que puede ser considerada válida y ser analizado en conjunto con las demás pruebas rendidas en defensa de la posesión de veinte años reclamada, aunque, al igual que los demás testigos resaltaron la historia del pozo como hecho relevante ocurrido hace 13 años –quinta pregunta– y describen también con llamativa certeza las dimensiones del inmueble.

De igual manera, la testigo Glicería Barreto (fs.241), aporta con precisión la fecha de inicio de la posesión del demandante y las demás respuestas dan cierta certeza a las pretensiones contenidas en la demanda.

La parte demanda ofreció como prueba el juicio: *Gilberto Viñuales Azuaga c/ Carolina Rojas y otro s/ desalojo* y *Gilberto Viñuales Azuaga c/ Angel Rojas y Elizabeth de Rojas s/ Desalojo*, y no fueron consideradas eficaces por el juzgado de primera instancia, sí por el tribunal Ad-quem que encontró relevante el proceso de desalojo iniciado a Carolina Rojas y Gabriel Ocampos, en el que estas personas, que vivían supuestamente con el accionante Cándido Ocampos, manifestaron en su escrito de descargo que (fs. 92 de autos) “*habitamos la propiedad desde el año 1.993, desde que contrajimos matrimonio y el mismo nos fue entregado por el Señor Ángel Del Rosario Rojas propietario entonces de la Finca, quien nos regaló la posibilidad de constituir un derecho de uso y habitación...*” (sic).

Estas declaraciones se contraponen a las pretensiones del accionante ya que su hijo Gabriel Ocampos afirmaba su posesión se remontaba al año 1.993 y no desde que era muy pequeño como pretendieron resaltar los tres últimos testigos, y que la posesión le fue otorgada por el propietario Angel Rojas padre de Carolina Rojas también demandada.

Las circunstancias apuntadas restan credibilidad a las testimoniales que intentaban poner en resalto la fecha de la posesión veinteñal, las mejoras supuestamente introducidas, así como la intención de destacar el hecho de que

Gabriel Ocampos –demandado por desalojo–, ya vivía desde pequeño en el inmueble en cuestión. Otro hecho singular, es que el anterior propietario, que había otorgado la posesión al matrimonio demandado por desalojo, es el padre de Carolina Rojas, esposa del Gabriel Ocampo y nuera del accionante ya fallecido.

Conviene recordar a su vez que Ángel Rojas, perdió la propiedad del inmueble producto de una ejecución judicial y posterior subasta donde Gilberto Viñuales –hoy demandado en este proceso– fue adjudicado como mejor postor.

Siguiendo con análisis de las pruebas, encontramos que el demandado no compareció a absolver posiciones por lo que el Juzgado lo tuvo por confeso en la sentencia definitiva. Para el apelante esta decisión es gravitante para la decisión del caso y al no haber sido revocada por la instancia superior, pasa a autoridad de cosa juzgada.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia viene sosteniendo que la confesión ficta tiene un valor relativo; requiere que sea corroborada por otras pruebas y debe interpretársela en concordancia con la conducta procesal del ficto confeso. En el presente caso, todas las pruebas aportadas fueron inconducentes para sostener el cumplimiento de los requisitos esenciales para la usucapión y mucho menos crear una convicción en el juzgador.

Como colofón, conviene recordarla jurisprudencia mencionada en números fallos por esta Máxima Instancia que dice: *“Tratándose del juicio de usucapión la ley requiere solamente que la prueba testifical –que por lo común es la sustancial y de mayor importancia, dada la naturaleza de los hechos que se procura justificar –no sea la única aportada por el actor; vale decir, que esa prueba se halle corroborada o integrada por evidencias de otro tipo que forme, con ella, la prueba compuesta, y para eso no es forzoso que dichas evidencias versen sobre actos cumplidos a lo largo de veinte años de prescripción, sino que basta que exterioricen la existencia de la posesión o de alguno de sus elementos durante buena parte de ese período. (Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala II, 18/4/78, DJBA, 979-2-38, SUM. 175)...”*.(Juicio de Usucapión, Beatriz Areán de Díaz de Vivar, Editorial Hammurabi, página 295). *“...la usucapión es un medio excepcional de adquisición del dominio y, por tanto, la comprobación de los extremos exigidos por la ley debe efectuarse de manera insospechable, clara y convincente, y conjugarse esa demostración con las exigencias que se desprenden del texto de la ley”* (CNCiv., Sala F, 28/11/80, ED, 93-353).

En este mismo orden, luego del examen de todas las pruebas rendidas en autos, puede deducirse que no se ha probado fehacientemente el cumplimiento de los requisitos indispensables para la procedencia de la usucapión dado que existen pruebas excluyentes acerca de la posesión real y efectiva del actor por lo que finalmente considero que deben conservarse el dominio en cabeza de su actual titular registral.

En virtud a las motivaciones expuestas, la sentencia recurrida debe ser confirmada, debiendo imponerse las costas a la perdidosa conforme las precisiones contenidas en los Artículo 192, 203 y 205 del Código de forma. Es mi voto.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER DIJO: Me adhiero al voto del señor Ministro preopinante y a los fundamentos expuestos por este, me permito agregar cuanto sigue.

Como es sabido, el primer presupuesto para que opere la adquisición del dominio por medio de la usucapión, es que la posesión alegada como base de la acción sea a nombre propio, como propietario del inmueble a usucapir, desde el inicio mismo de la posesión, salvo prueba de interversión del título por el cual posee; pues, conforme al art. 1921 del Código Civil, el poseedor no puede cambiar ni subsanar por sí mismo la causa, las cualidades ni los vicios iniciales de su posesión. Por consiguiente, quien inició su posesión a título de precario, se presume -salvo prueba de interversión- que continúa poseyendo por el mismo título.

Consecuentemente, en toda acción de usucapión es fundamental iniciar con el análisis de la posesión alegada como base de la demanda, especialmente, el tiempo y la forma en que dicha posesión se ha iniciado.

En el caso que nos ocupa, el accionante adujo que su posesión data “...desde el comienzo del año 1970” y que, en 1993, “...ha albergado dentro del citado inmueble a su hijo Gabriel Ocampos, cuando este contrajo matrimonio”, f. 14 primer y segundo párrafos.

Como lo ha expresado el señor Ministro preopinante, no existe prueba conducente alguna que acredite que el inicio de la posesión del señor Cándido Ocampos data de comienzos del año 1970. Por el contrario, las constancias de autos vislumbran indicios ciertos y coincidentes que necesariamente conducen a una conclusión distinta.

A fs. 67/98 y 98/111, se agregaron copias de las actuaciones rendidas en los expedientes: “Gilberto Viñuales Azuaga c/ Carolina Rojas y otro s/ Desalojo” y

“Gabriel Ocampos Pérez c/ Ángel del Rosario Rojas Medina o quien resultare propietario s/ Retención de inmueble”, respectivamente; constancias que fueron agregadas conforme lo dispone el art. 248 del Código Procesal Civil por providencia de fecha 24 de mayo de 2005 (f. 196 vlto.), sin oposición alguna de la parte actora.

Entre dichas constancias, a f. 101, se observa copia del acta labrada por el Registro Civil, en que consta el matrimonio de Gabriel Ocampos Pérez -hijo del accionante a quien este supuestamente albergó, precisamente, desde que contrajo matrimonio en 1993-, y Carolina Elizabeth Rojas López, hija de Ángel del Rosario Rojas Medina y María Elizabeth López de Rojas.

El propio accionante ha manifestado que su hijo y la esposa de este, Carolina E. Rojas López, viven también en el inmueble que nos ocupa; declaración que hace plena prueba, conforme lo previsto en el art. 302, in fine, del Código Procesal Civil, y que fue corroborada personalmente por el Juez de la causa, conforme acta de constitución judicial, fs. 224/229.

De los antecedentes dominiales mencionados en la escritura pública de transferencia, N° 24 de fecha 8 de noviembre de 2001, pasada ante el Escribano Higinio Benítez Alvarenga, fs. 22/31, surge que los anteriores propietarios del inmueble que nos ocupa eran, precisamente, los padres de Carolina E. Rojas.

De hecho, el hoy demandado Gilberto Viñuales S. adquirió la propiedad en cuestión en un remate judicial, ordenado en el marco de un proceso de ejecución hipotecaria entablado por el Banco de la Nación Argentina contra el padre de Carolina E. Rojas, señor Ángel Rojas Medina, conforme escritura pública de fs. 22/31 y constancias del juicio ejecutivo, fs. 36/66.

En estas condiciones, la versión de los hechos propuesta por la parte actora de la presente usucapión no resiste los rigores de la más mínima sana crítica; pues resulta absolutamente inverosímil que Cándido Ocampos haya poseído el inmueble que nos ocupa desde 1970 y que, en 1993, su hijo haya contraído matrimonio, precisamente, con la hija de los propietarios registrales de dicho inmueble, esposos que de hecho formaron su hogar en la misma finca; máxime cuando esta situación no ha merecido explicación alguna en el escrito de demanda.

Por el contrario, una versión más verosímil de los hechos es la argüida, precisamente, por los esposos Gabriel Ocampos y Carolina E. Rojas, en el juicio de retención de inmueble ya mencionado, en el que manifestaron que: “...el

señor Ángel del Rosario Rojas Medina, propietario entonces de la Finca N° 8245 del Distrito de Fernando de la Mora, nos regaló la posibilidad de constituir un derecho de uso y habitación..., fs. 104/106. Esto significaría que los entonces propietarios del inmueble –padres de Carolina– concedieron su uso a los nuevos esposos –Gabriel y Carolina– por obvias razones de apoyo y solidaridad familiar; escenario en el que solo cabría un rol de dependiente de dichos esposos al padre de Gabriel, actor de esta demanda.

Vale señalar que en el caso de autos, las manifestaciones precedentemente señaladas surten los efectos de una suerte de confesión extrajudicial, ya que por fallecimiento del accionante, tomaron intervención en estos autos sus herederos –entre ellos, su hijo Gabriel Ocampos P.–, como continuadores de la personalidad del causante, conforme a lo previsto en los arts. 2444, 2446 y concordantes del Código Civil y 50 del Código ritual (fs. 88 y vlto.).

Al respecto, se ha dicho que: *“El ente sucesorio no es una entidad distinta de los herederos, ya que éstos son los verdaderos titulares de los derechos y obligaciones que emanan del difunto...”*. (GOYENA COPELLO, Héctor Roberto, “Procedimiento Sucesorio”, Astrea, 6ª Edic., Bs. As., 1993, p. 340).

Si bien las manifestaciones de Gabriel Ocampos no deberían, en principio, tener la virtualidad de perjudicar a sus litisconsortes –art. 298 de la ley de forma–, no puede soslayarse que, atendiendo a que él y su esposa viven también en el inmueble que nos ocupa, su versión de los hechos resulta sumamente relevante y aporta elementos de prueba idóneos para formar la convicción del juzgador.

Abundando en el asunto, vale señalar que en casos como el que nos ocupa, en que existe una relación de parentesco entre poseedores y propietarios, la jurisprudencia sabiamente señala que mal podría exigirse al propietario la prueba de una oposición material (Cfr. Ac. y Sent. N° 75, 06/11/1990, T. Apel. Civ y Com., Sala 2, Asunción, LLP 1990, 01/01/1990, 792); por lo que, en general, se presume que, por la confianza y solidaridad familiar existente, el propietario autoriza el uso del bien al pariente, quien –por ende– está en posesión del inmueble por mera concesión del propietario. Consecuentemente, su posesión es meramente derivada, manteniendo el propietario la posesión originaria, a título de dueño –art. 1911 del Código Civil–.

En consecuencia, en el caso que nos ocupa, la posesión del actor debe ser calificada como una posesión meramente derivada; posesión que, por principio,

carece del ánimo de dueño requerido a los fines de la usucapión –por no ser una posesión exclusiva y excluyente–, como la que se requiere a los fines de esta acción. *“Para que pueda ser reconocida la posesión es necesario que el pretense poseedor no sólo tenga la cosa bajo su poder, sino que sus actos posesorios se manifiesten de forma tal que indiquen su intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad; este elemento subjetivo importa no reconocer la titularidad del dominio en otro.”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 27/09/2005, T. 328, P. 3590).

A ello no obsta el hecho de que al demandado se lo haya tenido por confeso en virtud de la sentencia de primera instancia (f. 274), puesto que, ante la abundancia de material probatorio reseñada, y a la convicción que dichas demostraciones generan, es de aplicación el art. 302 del Cod. Proc. Civ., según el cual la confesión judicial se aprecia por el juez conjuntamente con las demás pruebas y de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

En virtud de todo lo precedentemente expuesto, la usucapión pretendida resulta absolutamente improcedente, por lo que la sentencia recurrida debe ser confirmada, imponiendo las costas de esta instancia al apelante, conforme a los arts. 192 y 203 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY DIJO: Me adhiero a los votos de los señores Ministros que me antecedieron por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por finalizado el acto firmando SS.EE. todo por Ante mi que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO al recurrente del Recurso de Nulidad interpuesto.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 79, de fecha 27 de julio del 2.009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala.

IMPONER Costas a la perdedora.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Miguel Oscar Bajac Albertini, César Antonio Garay y Raúl Torres Kirmser.

Ante mí: Abg. Alejandrino Cuevas Cáceres. Secretario.

TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 864

Cuestión debatida: La cuestión sometida a estudio se centra en la realización de una serie de testificales ante el Juzgado de Paz de Mariscal Estigarribia, a los que el apelante aduce no haber sido notificado por lo que ha quedado en indefensión por no haber podido controlar la realización de las mismas.

NOTIFICACIÓN. Notificación por automática. PRUEBA DE TESTIGO. Excusación.

La regla general en materia de notificaciones establecidas en el art. 131, rige durante el periodo probatorio, a ello debe señalarse la disposición del art. 262 en concordancia con el art. 323 del mismo cuerpo legal, que establece la notificación al testigo con un intervalo de dos días respecto a la fecha de realización de la audiencia. Este plazo es concedido en beneficio de los testigos, quienes podrán excusarse de asistir si la citación se hiciera con un intervalo menor.

JUEZ DE PAZ

La participación del juez comisionado se limita a cumplir la diligencia y a tomar la testifical conforme al interrogatorio recibido. Prevé la ley que en el acto de la declaración de personas autorizadas puedan ampliar el interrogatorio, pero en el caso en estudio no ha sido designada persona alguna por parte del nulidicente, dentro del plazo concedido por la ley, por consiguiente los reclamos posteriores son inocuos.

PRUEBA. Carga de la prueba. Ofrecimiento y producción de la prueba.

El nulidicente ha demostrado desinterés en el control de la prueba y hasta si se quiere negligencia, pues en la etapa correspondiente no ha articulado ninguna de las facultades que le otorga la ley para el control y participación en

el diligenciamiento de prueba y mal puede una vez realizadas la diligencia, cuyo ofrecimiento y diligenciamiento ha sido debidamente ejecutado, por lo que no existe propiamente una indefensión, que amerite la anulación de las diligencias practicadas en el Juzgado de Paz.

NOTIFICACION. Notificación por cédula.

Las resoluciones o providencias que ordenan prueba no se notifica por automática, es decir, ministerio legis, conforme al art. 131 del CPC, como a veces se sostiene por abogados como por Magistrados. Tales resoluciones o providencias deben ser notificadas por cedula de conformidad con lo dispuesto en el art. 262 del CPC.

PRUEBA DE TESTIGOS. Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado.

Tratándose de testificales que deben ser producidas fuera del lugar de asiento del Juzgado, rigen las disposiciones de los artículos 338 y 339 del CPC que impone a la parte oferente de la prueba presentar el interrogatorio respectivo indicando los nombres de los profesionales autorizados para intervenir en el diligenciamiento de la prueba, interrogatorio que –dispone la ley- quedará a disposición de la otra parte para que pueda proponer preguntas y, en su caso, designar también representantes para intervenir en tales declaraciones testificales.

PRUEBA. Notificación de la prueba. PRUEBA DE TESTIGOS. Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado.

Tratándose de declaraciones testificales debe darse cumplimiento a la notificación de la providencia que ordena la prueba, de conformidad con la norma del artículo 262 del CPC y, si las declaraciones testificales deben llevarse a cabo en un lugar fuera del asiento del Juzgado, además de la norma citada, deben cumplirse las normas contenidas en los artículos 338 y 339 del Código de Rito.

INCIDENTE. Incidente de nulidad.

Si la parte incidentista se entero de la prueba de reconocimiento judicial, ordenada por la misma providencia que, a su vez, ordeno el libramiento del oficio comisivo al Juez de Filadelfia para recibir las declaraciones de los testigos cuyos dichos hoy pretende invalidar, no puede sino concluirse que ella (la parte incidentista) se entero perfectamente de la providencia que ordena ambas cuestiones, otra interpretación no cabe puesto resultaría contradictorio o incoheren-

te entender que el litigante se ha enterado de una parte de la providencia y no de otra parte de la misma resolución judicial.

Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 13-12-2010. Rafael Alcibiades Vargas c. Eurofinanciación S.A. y otros s/ Usucapión” (A.I. N° 864).

Asunción, 13 de diciembre de 2010.

VISTOS: Los recursos de Apelación y Nulidad interpuestos por el Abg. Antonio Morinigo Almirón, representante legal de señor Rafael Alcibiades Vargas, contra el A.I. N° 1370 de fecha 18 de septiembre de 2008, dictado por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que por la resolución recurrida el A-quo había dispuesto: “NO HACER LUGAR, con costas, al incidente de nulidad deducido por la parte actora de las declaraciones testificales producidas por ante el Juzgado de Paz de Mcal. Estigarribia, fundado en las consideraciones contenidas en el exordio de la presente resolución. ANOTAR, registrar, notificar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al recurso de nulidad-opinión de la Magistrada Valentina Núñez González: Este recurso no ha sido fundado en forma expresa, por lo que existe un desistimiento tácito al mismo. Por otra parte no se observan en la resolución recurrida, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal de la resolución recurrida.

Opiniones de los Magistrados Dres. Marcos Riera Hunter y Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

En cuanto al Recurso de Apelación. Opinión de la Magistrada Valentina Núñez González: Se agravia el recurrente, señalando que en el incidente correspondiente el mismo había alegado indefensión fundado en que las audiencias fuera del asiento del Juzgado fueron realizadas sin notificar a la parte que el mismo representa, dejándolo en indefensión absoluta.

Señala que la Juez de Paz de Mcal. Estigarribia, al recibir el oficio comisivo señala por providencia de fecha 12 de diciembre de 2007, audiencias para las testificales para el 14 del mismo mes y año, con lo que se vio imposibilitado en controlar la prueba, ya que ni siquiera había quedado firme la providencia y

mucho menos notificada su parte. Agrega que lo dispuesto es atentatorio de lo contenido en el art. 262 del C.P.C., reclamando que el expediente principal debió dejarse constancia de la fecha de realización de las audiencias a fin de que su parte pudiera darse por notificada, pues de lo contrario podría aducirse haber habido negligencia, de manera que su parte se encontraba imposibilitada de conocer la realización de dicha prueba, por tanto no pudo concurrir a ella para controlarla. Cuestiona igualmente que el señor Helmun Pender quien debía prestar declaración testifical en la Capital, lo ha hecho en mariscal Estigarribia, pese a que su parte había solicitado se haga lugar a la caducidad de testigo presentada contra el mismo, por lo que solicita la revocatoria de la resolución recurrida.

Corrido traslado a la otra parte, ésta contesta en escrito que obra de fs. 435/438, refutando los argumentos del apelante y solicitando la confirmación de la resolución.

La cuestión sometida a estudio se centra en la realización de una serie de testificales ante el Juzgado de Paz de Mariscal Estigarribia, a los que el apelante aduce no haber sido notificado por lo que ha quedado en indefensión por no haber podido controlar la realización de las mismas.

Respecto a las argumentaciones del apelante debemos señalar que el CPC, estipula en el art. 251 la inapelabilidad de toda providencia que ordene la realización de prueba dentro del periodo respectivo; así mismo en el art. 322 referida a la prueba de testigos, señala que si en el escrito de ofrecimiento de prueba la parte no hubiere solicitado que el testigo hubiere solicitado que el testigo fuera citado por el Juzgado, se entiende que asumió la carga de hacerle comparecer a la audiencia.

Por otra parte, es sabido que la regla general en materia de notificaciones establecida en el art. 131, rige durante el periodo probatorio, a ello debe señalarse la disposición del art. 262 en concordancia con el art. 323 del mismo cuerpo legal, que establece la notificación al testigo con un intervalo de dos días respecto a la fecha de realización de la audiencia. Este es concedido en beneficio de los testigos, quienes podrán excusarse de asistir si la citación se hiciera con un intervalo menor.

Igualmente es dable mencionar las disposiciones contenidas en los arts. 338 y 339 del mismo cuerpo legal, que regula el ofrecimiento de testificales de personas domiciliadas fuera de la jurisdicción del juzgado los cuales deberán

prestar declaración ante el juez de su jurisdicción y el procedimiento a seguir en cuanto a la apuesta de manifiesto del interrogatorio y designación de los profesionales autorizados a intervenir en el diligenciamiento de la prueba y señalar el domicilio de los mismos o el que sea fijado.

El oferente de la prueba presentó el pedido correspondiente en fecha 9 de octubre de 2007; en fecha doce del mismo mes y año, presenta el interrogatorio correspondiente y en 18 de octubre del mismo mes y año, el Juez providencia el pedido comisionando al Juez de Paz de Filadelfia y teniendo por presentado el interrogatorio. A partir de ahí, y luego de quedar notificado por automática la otra parte debía hacer uso del derecho que le acuerda el art. 339, de incorporar si lo creyere conveniente preguntas y designar el representante que debía intervenir en el diligenciamiento, sin que lo haya hecho. De lo señalado se infiere que la participación del Juez comisionado se limita a cumplir la diligencia y a tomar la testifical conforme al interrogatorio recibido. Prevé la ley que en el acto de la declaración las personas autorizadas puedan ampliar el interrogatorio, pero en el caso en estudio no ha sido designada persona alguna por parte del nulidicente, dentro del plazo concedido por la ley, por consiguiente los reclamos posteriores son inocuos.

En tal sentido compartimos el criterio sustentado por el Juez interviniente al señalar que el nulidicente ha demostrado desinterés en el control de la prueba y hasta si se quiere negligencia, pues en la etapa correspondiente no ha articulado ninguna de las facultades que le otorga la ley para el control y participación en el diligenciamiento de prueba y mal puede una vez realizada la diligencia, cuyo ofrecimiento y diligenciamiento ha sido debidamente ejecutado (véase que el libramiento del oficio comisivo fue realizado en fecha 27 de noviembre de 2007 y las audiencias en fecha 14 de diciembre, con tiempo suficiente para cualquier reclamo), por lo que considerando que de la conjunción de las disposiciones señaladas precedentemente surge que no existe propiamente una indefensión, que amerite la anulación de las diligencias, corresponde confirmar la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte perdedora.

Opinión del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: La parte actora promovió incidente de nulidad de las declaraciones testificales cumplidas ante el Juez de Paz de la localidad de Mcal. Estigarribia fundado en que el citado Magistrado ha dictado la providencia del 12 de diciembre del 2007 (fs. 372), por la cual dispuso la recepción de las testificales para el día 14 del mismo mes y año, la cual-dice- no ha quedado firme porque no ha sido notificada conforme la ley.

En primer término, es necesario dejar en claro que las resoluciones o providencias que ordenan prueba no se notifica por automática, es decir, ministerio legis, conforme al art. 131 del CPC, como a veces se sostiene por abogados como por Magistrados. Tales resoluciones o providencias deben ser notificadas por cédula de conformidad con lo dispuesto en el art. 262 del CPC. Es por ello por lo que en todas las providencias que decretan prueba los Jueces admiten las diligencias probatorias “con noticia contraria”, expresión que obviamente no constituye un ornamento gramatical, sino que es indicativo de que tal providencia o resolución debe ser notificada a la parte contraria por cédula (o personalmente, en su caso). El mismo artículo 131 del CPC, que se invoca para justificar la notificación automática establece como principio general este tipo de notificación “salvo los casos en que proceda la notificación por cédula” entre las cuales se encuentra precisamente el caso determinado en el art. 133, inc. “I”, del mismo cuerpo procesal, del cual se desprende que, además de los otros casos enumerados por la ley, también debe notificarse por cédula (o personalmente) “las demás resoluciones de que se haga mención expresa en la ley”, disposición que concuerda con el artículo 262 antes citado.

En segundo lugar, tratándose de testificales que deben ser producidas fuera del lugar de asiento del Juzgado, rigen las disposiciones de los artículos 338 y 339 del CPC que impone a la parte oferente de la prueba presentar el interrogatorio respectivo indicando los nombres de los profesionales autorizados para intervenir en el diligenciamiento de la prueba, interrogatorio que – dispone la ley- quedará a disposición de la otra parte para que pueda proponer preguntas y, en su caso, designar también representantes para intervenir en tales declaraciones testificales.

Así, pues, tratándose de declaraciones testificales debe darse cumplimiento a la notificación de la providencia que ordena la prueba, de conformidad con la norma del artículo 262 del CPC y, si las declaraciones testificales deben llevarse a cabo en un lugar fuera del asiento del Juzgado, además de la norma citada, deben cumplirse las normas contenidas en los artículos 338 y 339 del Código de Rito.

En el caso en estudio, no surge de las constancias de autos que la parte actora e incidentista haya sido notificada de la providencia de fecha 18 de octubre del 2007 (fs. 261) por la cual, “CON NOTICIA CONTRARIA”, se dispuso comisionar al Juez de Paz de Filadelfia para recibir las declaraciones de los

testigos cuyas deposiciones son objeto del incidente de nulidad promovido por la actora, agregándose, por los demás, el interrogatorio. No obstante, a pesar de que a criterio de esta Magistratura no se ha dado cumplimiento a la notificación ordenada por la norma del artículo 262 del CPC, puede afirmarse que la accionante e incidentista ha tomado conocimiento cierto y cabal de dicha providencia por cuanto que, como surge de estos autos, la misma se ha enterado sin posibilidad de duda de la diligencia de reconocimiento o inspección judicial de la res litis que había sido dispuesta también en la misma providencia del 18 de octubre de 2007, a tal punto de que, conforme lo sostiene en otro incidente (fs. 296), concurrió al acto de dicha prueba. Si la parte incidentista se enteró de la prueba de reconocimiento judicial, ordenada por la misma providencia que, a su vez, ordenó el libramiento del oficio comisivo al Juez de Filadelfia para recibir las declaraciones de los testigos cuyos dichos hoy pretende invalidar, no puede sino concluirse que ella (la parte incidentista) se enteró perfectamente de la providencia de fecha 18 de octubre de 2007. Otra interpretación no cabe puesto resultaría contradictorio o incoherente entender que el litigante se ha enterado de una parte de la providencia y no de otra parte de la misma resolución judicial.

Pues bien: al tomar conocimiento, entonces, de la providencia de fecha 18 de octubre de 2007 la parte actora debió haber ejercido, si tenía interés en participar en tales diligencias probatorias, del derecho que le acuerdan los artículos 338 y 339 del CPC, antes invocados. Sin embargo, no ha ocurrido así puesto que la accionante en ningún momento se ha presentado a solicitar la incorporación de nuevas preguntas a ser formuladas a los testigos, ni a designar, en su caso, representantes para intervenir legalmente en dichas diligencias. Al no hacerlo, resulta muy claro que en el oficio comisivo no podía incluirse el nombre de algún profesional a fin de que el mismo sea notificado por el Juez de Paz para el cumplimiento de las testificales.

Por lo demás, si bien el Juez de Paz resolvió por providencia de fecha 12 de diciembre del 2007 fijar las audiencias testificales para el día 14 del mismo mes y año, no podría sostenerse que ha incumplido (dada la brevedad del lapso entre la providencia y las fechas de las audiencias) con la ley puesto que el mismo artículo 262 del CPC autoriza a abreviar dicho plazo por motivos justificados o urgentes, en cuyo caso “la parte contra la cual se pide la prueba será notificada en el día, personalmente, o por cédula”. Pero, como la parte contraria (la actora y hoy incidentista) no ha ejercido su derecho para lograr su participación en

tales probanzas, no podía cursárseles tal notificación. Esta (la notificación) debía cursarse, en principio, a la parte interesada en la prueba, pero como ella (la parte demandada) no solicitó en el escrito de fs. 252 que los testigos sean citados por el Juzgado, debe entenderse que, como efectivamente ocurrió, ha asumido la carga de hacer comparecer a sus testigos propuestos a las respectivas audiencias, de acuerdo con el artículo 322 del CPC.

Las consideraciones jurídicas y fácticas que han sido explicitadas precedentemente ponen de manifiesto que en el caso no ha habido violación de normas procesales y, por ende, no ha existido daño, perjuicio, o gravamen en los derechos del presunto afectado, el incidentista.

En consecuencia, siendo improcedente el incidente promovido, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, el auto apelado (que rechaza el incidente) por hallarse el mismo ajustado a Derecho.

Opinión del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Primera Sala de la Capital;

RESUELVE:

1. Declarar desierto el recurso de nulidad.
2. Confirmar, con costas la resolución recurrida.
3. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González.

Ante mí: Abg. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 909

Cuestión debatida: En cuanto a la norma de cuya constitucionalidad se duda, el caso que motiva la consulta es una solicitud de justiprecio de honorarios por trabajos realizados en la instancia recursiva.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados. Acumulación objetiva.

Atendiendo a los trabajos desplegados, el cálculo debe hacerse en relación tanto a la demanda sobre pago por consignación en la que se vincula un monto de guaraníes tres mil trescientos ochenta y tres millones ochenta y seis mil trescientos cincuenta (Gs. 3.383.086.350), como a la reconvencción donde se fijó como precio justo guaraníes seis mil seiscientos setenta y dos millones trescientos veinticuatro mil setecientos veintiocho (Gs. 6.672.324.728), conforme lo que claramente estatuye el art. 24, última parte, de la ley 1376/88, que dice: "...En la acumulación objetiva sucesiva de acciones, se regularan por separado los honorarios correspondientes a cada una."

PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Consulta.

El consultante expone los motivos que lo inducen a consultar y dudar de la constitucionalidad, pero no se pronuncia acerca de esta; sino que pretende provocar tal pronunciamiento por parte del único órgano competente, la Corte Suprema de Justicia. (Voto en minoría del Dr. Martínez Prieto)

PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Consulta. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados.

La Ley 1376/88 establece un régimen arancelario por los trabajos realizados en juicio; y el art. 29 de la Ley 2.421/04 viene a colocar a cualquier abogado, ya sea funcionario o no, que despliegue labor profesional en un juicio en el cual es parte el Estado o algún ente de los comprendidos en el art. 3 de la Ley 1.535/2000, en una situación de desigualdad objetiva, puesto que percibirá por dichos trabajos el 50% del mínimo; es decir, una retribución manifiestamente a la que percibiría cualquier otro abogado, y el mismo, de trabajar en un juicio en el cual no sea parte el Estado, aun cuando en este pleito los honorarios se regulasen en el mínimo. (Voto en minoría del Dr. Martínez Prieto)

Tapel. Civ. y Com. Sala 1. 31-12-2010. Regulación de honorarios profesionales del abog. Pio Galeano Ríos, en el juicio: "Entidad Binacional Yacyreta c. Emilia Hofbaner Vda de Schmid s. Pago por consignación" (A.I.N° 909)

Asunción, 31 de diciembre de 2010.

VISTO: El pedido de regulación de honorarios formulado por el Abg. Pio Galeano Ríos, en el doble carácter de abogado y procurador, por los trabajos realizados en esta instancia, y;

CONSIDERANDO:

Opinión del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Que, traído la vista el expediente principal, se constata que en el mismo, el citado profesional efectivamente actuó en el carácter de abogado y procurador y patrocinante de la señora Emilia Hofbaner Vda. De Schmid, al tiempo de contestar la demanda, promover reconvencción por fijación de mejor precio, así como en la producción de pruebas.

Que, por S.D. N° 554 del 6 de septiembre de 2006, fs. 380/382 del principal, no se hizo lugar a la demanda de pago por consignación promovida por la Entidad Binacional Yacyretá, y se hizo lugar a la demanda reconvenccional sobre fijación de precio. Por A. y S. N° 95 del 17 de diciembre de 2009, dictada por el Tribunal de Apelación, Primera Sala, fs. 40/453, se confirmó la resolución.

Que, atendiendo a los trabajos desplegados, el cálculo debe hacerse en relación tanto a la demanda sobre pago por consignación en la que se vincula un monto de guaraníes tres mil trescientos ochenta y tres millones ochenta y seis mil trescientos cincuenta (Gs. 3.383.086.350), como a la reconvencción donde se fijó como precio justo guaraníes seis mil seiscientos setenta y dos millones trescientos veinticuatro mil setecientos veintiocho (Gs. 6.672.324.728), conforme lo que claramente estatuye el art. 24, última parte, de la ley 1376/88, que dice: "...En la acumulación objetiva sucesiva de acciones, se regularan por separado los honorarios correspondientes a cada una."

Que, a los efectos de facilitar los cálculos correspondientes, se puede considerar razonable efectuar una sumatoria de los montos que corresponden a cada acción, dejando el monto de la demanda, en guaraníes diez mil cincuenta y cinco millones cuatrocientos once mil setenta y ocho (Gs. 10.055.411.078).

Que, obra por cuerda separada el estudio realizado por el Tribunal respecto a la regulación de honorarios fijados en Primera Instancia, habiendo concluido el Tribunal en dejarlos establecidos en la suma de Gs. 1.508.311.660 (UN mil quinientos millones trescientos once mil seiscientos sesenta guaraníes) que deberá considerarse a los efectos de la presente regulación. Habiendo resultado gananciosos en esta instancia el recurrente y atendiendo a la complejidad y calidad jurídica de la labor profesional realizada por el recurrente, corresponde aplicar un 25% a la cifra fijada para Primera Instancia, lo que nos da la suma de GS. 377.077.915 (trescientos setenta y siete millones setenta y siete mil novecientos quince guaraníes).

Que, a la cantidad resultante debe adicionarse el 10% en concepto de I.V.A.

lo que da la suma de Gs. 37.707.791 (Treinta y siete millones setecientos siete mil setecientos noventa y un guaraníes).

Opinión de la Magistrada Valentina Núñez González: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

Opinión del Magistrado Arnaldo Martínez Prieto: Difiero respetuosamente con la opinión expresada por el Magistrado preopinante.

Visto el pedido de regulación de honorarios presentado por el Abg. Pío Galeano Ríos, representante de la parte actora, obrante a fs. 1 de autos,, y conforme con el artículo 18 del Código Procesal Civil, en su inc. a), que establece: “Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte, remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el art. 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales”, se impone la necesidad de remisión por vía consulta a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en caso de reputarse inconstitucional la norma aplicable.

Resulta obvio que, como la remisión a la Corte Suprema de Justicia por vía de consulta no es una cuestión que tienda meramente al desarrollo del proceso u ordene actos de mera ejecución, no debe pronunciarse por una simple providencia, sino por un auto interlocutorio. A su vez, esta forma de resolución exige la fundamentación; esto es, se impone al Tribunal el expresar clara y positivamente el motivo de la consulta. Sin embargo, la índole especialísima de la función consultiva suscita otra duda, que será abordada con carácter previo: la cuestión acerca de la necesidad o no del planteo constitucional. En otras palabras, si en la elevación de la consulta debe el consultante exponer las razones que, a su criterio, determine la posible inconstitucionalidad de la norma a ser aplicada. Y decimos posible, porque ninguna norma tiene tal tenor hasta que la Corte Suprema de Justicia así lo declare.

Evidentemente, la inclusión del planteo constitucional en la consulta es de todo punto de vista necesaria. Desde un punto de vista lógico, ella permite apreciar al órgano consultado cual es la óptica del consultante, necesariamente vinculada al caso concreto; y le permite también enfocar acabadamente el derecho o garantía constitucional que se estima en peligro de ser conculcado. Por otro lado, la fundamentación de las razones o motivos que inducen a la consulta

tienen también el efecto de concretar el caso sometido a consideración del juzgador constitucional y evitar la consulta meramente abstracta, lo que, aun respecto de las leyes, la constitución Nacional rechaza, al delimitar en su art. 260, inc. 1) solamente al caso concreto juzgado.

No se diga que con ello el consultante incurre en una usurpación de atribuciones, o que preopina acerca de la inconstitucionalidad. El consultante se limita a exponer su duda e ilustra las razones y motivos que la abonan, sin incurrir en un pre opinión. Precisamente es la decisión de la Corte la que se busca obtener, y a dicho efecto el consultante debe ilustrar sus necesidades acerca de la constitucionalidad de la norma. Reiteramos el concepto: el consultante expone los motivos que lo inducen a consultar y dudar de la constitucionalidad, pero no se pronuncia acerca de esta; sino que pretende provocar tal pronunciamiento por parte del único órgano competente, la Corte Suprema de Justicia.

Este temperamento es receptado expresamente en la doctrina extranjera que conoce de la figura consultiva como medio para la declaración de inconstitucionalidad, incluso legisla en normas procesales que interpretan el espíritu de la carta Magna. Así ha podido decirse que “cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta ley. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento, debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.” (Marino Merchan, José Fernando. “Instituciones del Derecho Constitucional Español“. Pág. 679, Centro de Estudios Superiores Ramón Carande, Madrid, 1994).

Enteramente lógicas son, por cierto, las exigencias de dicha ley. La individualización de la ley que se reputa inconstitucional y su influencia en el proceso son obvias en cuanto a su necesidad, dado que sin ellas el órgano consultado se vería huérfano de material sobre el cual decidir. La determinación del precepto constitucional que se supone infringido es el punto en que nos detenemos, y cuya justificación requiere medulosa justificación, para deslindar claramente el planteo de la duda del pronunciamiento sobre inconstitucionalidad.

A ellos nos hemos referido en párrafos anteriores, y volvemos ahora sobre el punto con palabras de Francisco Fernández Segado: “La intervención del juez ordinario debe albergar una duda razonable acerca de la constitucionalidad de la norma. A este respecto, el Tribunal Constitucional español señaló que los preceptos que norman la cuestión condicionan el planteamiento al hecho de que el órgano judicial considere, esto es, estime o juzgue, que la norma es inconstitucional, lo que si bien puede entenderse que no impone a aquel una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en caso de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios, si exige que el razonamiento que cuestiona la inconstitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo. En definitiva, lo que no puede el Juez es limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin dar las razones que la abonan”. (Fernández Segado, Francisco; “La jurisdicción constitucional en España”, en: La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica, pag. 665, ed. Dykinson, Madrid, 1997).

A este tenor, interpuesto por la lógica y abonado por la doctrina, nos atenderemos en la formulación de la consulta; expresando la norma acerca de cuya constitucionalidad se duda, el precepto constitucional que se supone infringido y las razones que a ello conducen.

En cuanto a la norma de cuya constitucionalidad se duda, el caso que motiva la consulta es una solicitud de justiprecio de honorarios por trabajos realizados en la instancia recursiva. El juicio principal consiste en una demanda de pago por consignación promovida por la Entidad Binacional Yacyretá contra la señora Emilia Hofbaner Vda. de Schmid y la demanda reconvencional interpuesta por ésta por fijación de precio. Como la labor por la cual se solicita el justiprecio de los honorarios se produjo en fecha 25 de abril de 2007 (fs. 433/441 del expediente principal en los cuales esta regulación corre por cuerda separada), debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 2.421/04. El artículo 29 de la misma reza textualmente: “En los juicios en que el Estado Paraguayo y sus entes citados en el art. 3º de la Ley N° 1535/99 “De Administración Financiera del Estado”, actúe como demandante o demandado, en cualquiera de los casos, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de abogados y procuradores que hayan actuado en su representación o en representación de la contraparte, sean en relación de dependencia o no, no podrán exceder del 50% (cincuenta por ciento) del mínimo legal, hasta cuyo importe

deberán atenerse los jueces de la República para regular honorarios a costa del Estado. Queda modificada la Ley N° 1376/88 “Arancel de Abogados y Procuradores”, conforme a esta disposición”.

Esa es la norma acerca de cuya constitucionalidad se consulta, norma que fue puesta en vigencia por el Poder Ejecutivo por Decreto N° 2939/04, en virtud de lo dispuesto en el art. 38 de la Ley 2421/04, que establece la entrada en vigencia de sus disposiciones desde la fecha en que aquel lo determine. Obvio resulta destacar que, siendo los trabajos desarrollados posteriores a dicha ley, ella resultaría plenamente aplicable en cuanto a los porcentajes de justiprecio, al estar la demandante comprendida dentro de las enunciaciones del art. 3 de la ley 1535/2000. En efecto, en fecha 1 de noviembre de 2005 se dictó la Ley 2796, pero ésta no hace referencia a porcentajes de justiprecio respecto de personas que actúan como funcionarios del Estado con poder para litigar por éste y con funciones que involucran servicios profesionales jurídicos. La Ley 2796/05 solo hizo referencias a profesionales que son contratados por el Estado—y otros entes—como letrados o procuradores, art. 6°—, pero deja una laguna respecto de quienes no son particulares sino funcionarios del Estado o de los entes y su actividad de procura o patrocinio excedan sus funciones ordinarias o contratadas. Ello implicaría que la Ley 2421/04 se encuentra vigente para las personas que se encuentren en el último supuesto e impondría la reducción en un 50% del mínimo legal del resultado del justiprecio, con lo que se aprecia la gravitación de la norma para la decisión del caso.

Resta por exponer las normas constitucionales que se suponen infringidas y las razones que abonan tal duda. En este sentido, es la garantía de igualdad ante la ley la que suscita la aprensión de este Tribunal. Dispone al efecto el art. 46 de la Carta Magna: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantenga o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”; reforzando esta disposición el artículo 47 de la Constitución.

A esa norma nos remitimos y consultamos a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia acerca de la posibilidad de una colisión con ella del art. 29 de la Ley 2.421/04. En realidad la duda es consistente y, creemos, legítima, puesto que la Ley 1376/88 establece un régimen arancelario por los trabajos realizados

en juicio; y el art. 29 de la Ley 2.421/04 viene a colocar a cualquier abogado, ya sea funcionario o no, que despliegue labor profesional en un juicio en el cual es parte el Estado o algún ente de los comprendidos en el art. 3 de la Ley 1.535/2000, en una situación de desigualdad objetiva, puesto que percibirá por dichos trabajos el 50% del mínimo; es decir, una retribución manifiestamente a la que percibiría cualquier otro abogado, y el mismo, de trabajar en un juicio en el cual no sea parte el Estado, aun cuando en este pleito los honorarios se regulasen en el mínimo.

Ha dicho al respecto Bidart Campos que el concepto básico de la igualdad civil consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas. Por ello la jurisprudencia constitucional estableció que “la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentren en iguales situaciones”, por lo que ello implica el derecho a que no se “establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (Bidart Campos, Germán J.; “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, pág. 259, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1992). Y cuando ello no excluye la posibilidad de que el legislador cierre los ojos ante la diversidad de circunstancias que pueda presentarse a su consideración; lo que la igualdad exige es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por un a medida, dentro de la categoría que les corresponda evitando distinciones arbitrarias u hostiles (Bidart Campos, Germán J.; “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, pág. 259, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1992).

Es consistente la duda al respecto cuando la norma acerca de cuya constitucionalidad se consulta parece tan fuertemente enrolada en contra de tales consideraciones. No se ve cual puede ser la situación diferente en la que se encuentre quien promueve un amparo contra un particular y quien la promueve contra el Estado; o aun peor, quien es demandado por el Estado. Tampoco se advierte diferencia entre la índole, calidad jurídica y provecho que obtiene el profesional que defiende los derechos de su cliente contra el Estado o contra un particular. Lo que en las mismas circunstancias se concede a un abogado que defiende los derechos de un apersona física contra otra igual, se niega a quien los defiende contra el Estado.

Adviértase que la ley acerca de cuya constitucionalidad se duda no limita el máximo de la escala regulatoria a su tope, lo cual tal vez no provocaría mayores agravios, sino que disminuye el mínimo de la escala; esto es, lo que la ley

específica –de Honorarios Profesionales– ha entendido como remuneración mínimamente decorosa y acorde con la labor y la función que despliega todo abogado como auxiliar de la justicia. Separar de este mínimo a uno o unos, en razón de elementos subjetivos –identidad del beneficiario o tomador del servicio o de su contraparte– quebraría el principio de igualdad ante la ley, que solo cede ante contingencias objetivas, y ello no solo respecto de los letrados y su labor profesional sino también respecto de los tomadores del servicio. En efecto, con idéntico criterio una apersona de escasos recursos podría exigir para sí un privilegio semejante al establecido en el art. 29 de la Ley 2.421/04 para el Estado.

Tanto más fuerte es la duda cuando la doctrina se encarga enfáticamente de resaltar que la garantía de igualdad está dada a favor de los hombres contra el Estado, y no viceversa. (Bidart Campos, Germán J.; “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, pág. 260, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1992).

Ruega también este Tribunal se aclare sobre la constitucionalidad de una norma tan manifiestamente impone un criterio de valoración absolutamente objetivo y desligado de las disposiciones de la ley arancelaria. Esta, en su art. 21, impone diversos criterios de regulación que contemplan y permiten apreciar en su justa dimensión los diversos factores que necesariamente deben entrar a tallar para el justiprecio de una profesión liberal por excelencia. El art. 29 de la Ley 2.421/04 hace, sencillamente, tabla rasa de todos estos principios, y con ello impide la consideración de todos esos factores; muchos de los cuales acaso sean más pronunciados precisamente en las demandas contra el Estado o alguno de los entes comprendidos en el art. 3 de la ley 1.535/2000.

No otra cosa es lo que Segundo V. Linares Quintana ejemplifica: “Si los sujetos A, B y C tienen propiedades rurales vecinas, de idéntica extensión, valor y destino, y a esas propiedades se les imputa el pago de un impuesto, ese impuesto debe ser igual. Otro ejemplo: si los sujetos P, L y M son ciudadanos e hijos únicos de madre viuda, debe ser la prestación de igual servicio militar o de igual excepción, pero nunca de un servicio distinto o de ningún servicio a alguno de ellos. Véase aquí que en la formación de género y especies legales para imputarles un consecuente, debe funcionar el patrón de razonabilidad”. (Linares Quintana, Segundo V.M.; “Tratado de Ciencia del Derecho Constitucional”, pág. 436, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1956).

Exactamente lo contrario a las situaciones que genera la norma acerca de las que se consulta: Si, por ejemplo, A promueve un juicio de amparo contra B,

la regulación de los profesionales se realiza en base a la Ley 1376/88; si idéntico juicio, con el mismo volumen de trabajo y monto base, es promovido por o contra el Estado, la regulación se realiza por la mitad del mínimo, colocando al profesional, que defiende legítimamente los derechos de su cliente, fuera incluso de los parámetros mínimos de la ley arancelaria.

Presumiblemente, lo que dicha normativa ha pretendido es paliar la indolencia profesional de los abogados de los órganos del Estado. Para garantizar una eficaz intervención lo que se debería verificar es la calificación de los mismos previa a su nombramiento y no cargar sobre la labor de otros profesionales, que ninguna responsabilidad tiene en ello, el desmedro que aquella incapacidad provoca en los juicios, al intentar los primeros el cumplimiento de su función profesional en defensa de los intereses del Estado.

La igualdad de trato y de oportunidades es un derecho constitucional y un pilar del Estado de Derecho. Así lo enseñó el maestro de generaciones: “La igualdad debe entenderse como igualdad de oportunidades y trato ante la ley en similares condiciones. No entran en consideración la raza o la religión o la clase social o las convicciones políticas” (Prieto, Justo José; “Constitución y Régimen Político en el Paraguay”, pág. 263, Ed. El Lector, Asunción, 1987). Por eso nuestro añorado constitucionalista sostuvo: “la igualdad es la búsqueda de la adecuación de los individuos a un esquema jurídico que garantice el mismo punto de partida en igualdad de condiciones y posibilidades (...) la igualdad no es unificar en la miseria, si despojar del fruto del trabajo.” (Prieto, Justo José; “Constitución y Régimen Político en el Paraguay”, pag. 84, Ed. El Lector, Asunción, 1987)

Las razones que anteceden motivan suficientemente la decisión de formular consulta acerca de la constitucionalidad del art. 29 de la ley 2.421/04, remitiendo estos autos al efecto a la Corte Suprema de Justicia mediante el libramiento del oficio pertinente.

Por Tanto, en mérito a lo expuesto, y las disposiciones legales citadas y concordantes de la Ley 1376/88, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala:

RESUELVE:

Regular los honorarios profesionales del Abogado Pío Galeano Ríos, en el carácter de Patrocinante y Procurador, por los trabajos realizados en esta Instancia, dejándolos establecidos en la sumas de Guaraníes Trescientos Setenta

y Siete Millones Setenta y Siete Mil Novecientos Quince (Gs. 377.077.915), y la suma de Guaraníes Treinta y Siete Millones Setecientos Siete Mil Setecientos Noventa y Uno (Gs. 37.707.791) en concepto de I.V.A. Anotar, registrar, remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González, y Arnaldo Martínez Prieto

Ante mí: Abg. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 16

RECURSO DE APELACIÓN. Facultades del Tribunal de Apelación. RECURSO DE NULIDAD. Recurso de nulidad contra sentencia definitiva.

Si el interés es la medida de la acción, el agravio es la medida de la apelación, ya que el recurso de nulidad va implícito en el recurso de apelación (art. 405 C.P.C.).

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

Las nulidades de índole procesal deben ser interpretadas en forma restrictiva y declarar su viabilidad solamente cuando medie un interés fundamental lesionado que no admita reparación por la vía de la apelación.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedimiento de la excepción de falta de acción.

La apertura a prueba de la Excepción de falta de acción, fue necesaria en primera instancia a fin de determinar la responsabilidad de los demandados por el hecho acaecido, dada las diversas alternativas que debía tenerse en cuenta para determinar y sindicar a los responsables del acto, ya que las mismas eran distintas personas con funciones diferentes, que prima facie no surgieron de los elementos de juicios presentados en autos.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedimiento de la excepción de falta de acción.

“La Falta de Acción se da cuando el actor no es titular del derecho invocado en la demanda, o cuando el demandado, no es el sujeto pasivo de la obligación invocada por el actor”.

COSTAS. Costas al vencido.

El art. 192 del CPC, establece el principio general que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando esta no lo hubiere solicitado.

Tapel. Civ. y com. Sala 1. 11-02-2011. “Juliana Giménez de Aquino c. Essap S.A. y otros s. Indemnización de daños y perjuicios” (A.I. N° 16)

Asunción, 11 de febrero de 2011.

VISTO: los recursos de nulidad y apelación interpuestos por los Abogados Carlos Alberto Ruffinelli A., por la parte actora y Luis Armando Godoy B., por uno de los demandados, contra el A.I. N° 965, de fecha 3 de agosto del año 2009, dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial del 9° Turno, de esta Capital, y

CONSIDERANDO:

Recurso de Nulidad: De los recurrentes arriba citado, sólo el abogado de la parte actora fundamentó el recurso de nulidad. El de la parte demandada nada expresó como agravios al respecto. Sostiene el abogado de la demandante, como fundamento del recurso interpuesto, que “La resolución ha sido dictada en violación a la disposición contenida en el art. 404 del C.P.C., por lo que amerita el decreto de nulidad. Fundamos nuestra petición y posición en que en esta incidencia debían intervenir todas las partes procesales, del presente juicio”. Agrega además que “Resulta muy importante indicar este aspecto, pues dada como está planteada la cuestión procesal, y las partes en este juicio constituyen un litis consorcio pasivo de una u otra manera les afecta a los codemandados la resolución dictada en autos, desde el mismo momento que le exime de toda responsabilidad a uno de los principales responsables del hecho que derivó la demanda de daños y perjuicios, motivo por el cual reiteramos que todas las partes debían haber integrado esta relación procesal en esta incidencia (Excepción), porque lo resuelto violenta el derecho a la defensa de las partes”.

El otro recurrente, de la parte demandada, sostiene que la resolución en Alzada ha resuelto, en el numeral 2 de la misma, “Imponer las Costas en el Orden Causado”, se refiere a la admisión de la Excepción de Falta de Acción deducida por el demandado Víctor Zacarías Godoy Bogarín contra el progreso de la presente acción.

Es decir, que al citado recurrente no le causa agravio la resolución recaída

en la excepción promovida por el demandado arriba citado, sino solamente la parte de las costas que fue impuesta en el orden causado.

En estas condiciones, y dadas las manifestaciones arriba citadas, no corresponde declarar nula en forma parcial el Interlocutorio recurrido, como pide la actora, en la parte que fue materia de recurso, por aplicación de aquel principio procesal que dispone que nadie puede invocar a su favor agravios ajenos. En efecto, si el interés es la medida de la acción, el agravio es la medida de la apelación, ya que el recurso de nulidad va implícito en el recurso de apelación (art. 405 C.P.C.). En efecto, la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha venido resolviendo en forma reiterada que “Es impropio invocar agravios de terceros como fundamento de un recurso”. (Revista Jurídica “La Ley”. Tomo II, pag. 246. N° 18). Además, se ha resuelto también que “Si el interés es la medida de la acción, los agravios lo son en la apelación. De ahí que no puede apelar quien no podía entirarse agraviado por el auto recurrido”. (Idem obra. Tomo Io N° 42, página 381).

En consecuencia, atento a lo precedentemente expuesto, soy de criterio que el recurso de nulidad interpuesto por el recurrente debe ser desestimado, así como declarado desierto el interpuesto por la parte demandada, al no fundamentar éste el recurso de nulidad interpuesto por el mismo.

Por otro lado, se ha entendido también que las nulidades de índole procesal deben ser interpretadas en forma restrictiva y declarar su viabilidad solamente cuando medie un interés fundamental lesionado que no admita reparación por la vía de la apelación. (Hernán Casco Pagano. Código Procesal Civil y Comercial Comentado. Tomo I. Página 642).

Recurso de Apelación: Agravia al representante de la parte actora la resolución dictada en autos, que resolvió: “Hacer Lugar a la Excepción de Falta de Acción opuesta por el demandado Víctor Zacarías Godoy Bogarín, y en consecuencia, queda rechazada la demanda incoada en su contra”.

Sostiene el citado recurrente, en su memorial de fs. 325 y sgtes. de autos, que: “Mi parte se agravia en primer término de la forma en que ha sido resuelta la Excepción de Falta de Acción, como de previo y especial pronunciamiento, pues nuestro ordenamiento procesal exige como requisito de admisibilidad, para que pueda la falta de legitimación ser resuelta de esta forma, que la misma surja de forma manifiesta, lo que implica que los elementos de convicción deben surgir *ab initio* sin necesidad de mayor análisis, pues de lo contrario entraría-

mos a resolver por vía incidental cuestiones propias del juicio ordinario, que se ve amparado por la amplitud probatoria y en donde finalmente se dirimirá el derecho invocado por las partes”. Agrega igualmente que “la doctrina ha considerado la dificultad que surge de la estrecha línea que separa el cuestionamiento de la capacidad para obrar, estudiada en la excepción de falta de acción con la cuestión de fondo que debe decidirse en la sentencia definitiva...”, Cita al respecto la opinión doctrinaria del procesalista Lino Enrique Palacio. Agrega al mismo tiempo, que desde el momento que el Juez considera que debió abrirse la causa a prueba, ya no surge la falta de legitimación pasiva en forma manifiesta, porque ésta debía surgir de los documentos presentados por el actor.

Sin embargo en el caso de autos –prosigue– se ha abierto la cuestión a pruebas y se ha ofrecido testificales, practicado reconocimiento Judicial, es decir, todo lo que debía haberse realizado recién en el periodo de pruebas en el juicio ordinario., porque no puede resolverse esta cuestión en forma aislada de los demás litisconsortes”. Cita al respecto algunas jurisprudencias y termina afirmando que al considerar necesaria la apertura de la excepción a prueba, no puede sostenerse que la misma es manifiesta, y en consecuencia, corresponde se difiera su resolución al momento de dictar sentencia definitiva, como lo dispone el art. 224 inc. c) Del Código Ritual”. A todo esto hay que agregar, que la falta de legitimación pasiva en el caso de autos, no surge en forma manifiesta, teniendo en cuenta que en el expediente sobre Diligencias Preparatorias promovido por el recurrente, a fs. 44 de dichos autos, se agregó el informe de la Essap, donde se remitió al Juzgado del 11° Turno, la lista de las personas involucradas en el accidente que costó la vida a la hija de la demandante, en fecha 23 de diciembre del año 2007, en la ciudad de San Bernardino, del que surge del informe remitido al Juzgado que los responsables de ese evento eran el Jefe de la Planta de Tratamiento de Agua Potable de dicha ciudad, Sr. Cristino Vera Heurich con personal operativo a cargo del capataz de la cuadrilla Sr. Juan Villalba Espínola. Y que la cuadrilla de mantenimiento de Redes trabajaba en dependencia de la administración a cargo de la señora Zulma Rodríguez. Asimismo, que el jefe de Planta y la Administradora dependen de la jefatura de la Zona Central ejercida en ese momento por el Ing. Víctor Godoy, motivo por el cual, la citada persona fue incluida en la presente demanda como responsable del hecho accidental arriba citado”. Basado en estos antecedentes, solicita de este Tribunal, dictar resolución, revocando, con costas, la Excepción de Falta de Acción promovida, que el Juzgado hizo lugar.

Corrido traslado del memorial arriba citado a la parte afectada, ésta en tiempo hábil contestó el mismo, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 332 de autos, negando los extremos sostenidos por el apelante, solicitando confirmación con costas el Interlocutorio dictado en autos, por hallarse el mismo ajustado a derecho.

Analizando las actuaciones de autos, en la parte que procesalmente corresponde al estudio de la resolución de la Excepción de Falta de Acción Manifiesta deducida por el representante convencional del demandado Ing. Víctor Godoy, conforme a los distintos elementos de convicción arrimados al presente proceso, así como a las actuaciones obrantes en la carpeta fiscal que investigó el hecho, más la aplicación de las reglas de la sana crítica prevista en el art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, este Tribunal es de criterio que la resolución dictada por el A-quo, se halla ajustada a derecho, debiendo ser confirmada, con costas, en mérito a los siguientes fundamentos.

En efecto, la demandante promueve la presente acción por un hecho de accidente de tránsito, con desgracia personal, del que resultó víctima la hija de la actora, en la forma como ocurrió el percance, máxime aun cuando la misma viajaba en el vehículo que era manejado por su propio padre y que con mas detalles figura en la carpeta fiscal agregado a fs. 7 a 28 que sirve de antecedentes del caso, y referido en el escrito de promoción de demanda de fs. 29. Iniciado las investigaciones del hecho por el Agente Fiscal Penal, asignado a la Unidad Penal N° 2 de Caacupé, sede de la Fiscalía Regional del Departamento de Cordillera. Según refiere el escrito de promoción de demanda que en fecha 23 de diciembre del año 2007, la hija de actora María Magdalena Aquino Giménez falleció en el marco de un accidente de tránsito que tuvo como causa determinante la colisión del vehículo que manejaba el padre de la misma Sr. Luis Ramón Aquino Escobar, contra un montículo de arenas y piedras que según las mismas fueron dejadas en el lugar por obreros de la Essap de San Bernardino, posterior a la reparación de unas cañerías, sin ningún tipo de señalización, yendo la rueda delantera del lado izquierdo del camión a impactar contra el referido obstáculo, ocasión en que el conductor perdió el control del vehículo y la portezuela del lado derecho se abrió bruscamente siendo despedida de la cabina la víctima, cayendo al pavimento bajo las ruedas traseras del mismo camión, falleciendo la hija en forma instantánea en el mismo sitio.

Como responsable del hecho generador del accidente citado fueron sindicados numerosas personas empleadas de la Essap S.A. así como la Empresa

misma, como los Sres. Víctor Godoy, Pedro Rachinelli, Cristino Vera Eurich, Oscar Villanti H. o Villasanti, Fidencio Arrua Valdez, Juan Villalba Espínola, Julio cesar Ramírez, Silvio Ismael Duarte y Zulma Rodríguez, además de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), por estar en ese momento el lugar sin energía eléctrica, reclamando como indemnización de daños y perjuicios en diversos conceptos la suma total de Guaraníes 1.140.000.000.

En estas condiciones, trabada que quedo la litis, sostiene el recurrente que la Excepción de Falta de Acción Manifiesta deducida por la defensa del Ing. Víctor Godoy no corresponde, como resolvió el Juzgado, porque éste ha ordenado la apertura de la excepción a prueba, sosteniendo que en la misma se ha discutido hechos que guardan relación con el fondo de la cuestión, y que aunque se haya ofrecido y producido pruebas al respecto, las mismas no otorgan plena convicción de la falta de legitimación pasiva del Ing. Víctor Godoy.

En efecto, este Tribunal es de criterio que la apertura a prueba de la Excepción planteada en autos, fue necesaria en primera instancia a fin de determinar la responsabilidad de los demandados por lo hecho acaecido, dada las diversas alternativas que debía tenerse en cuenta para determinar y sindicar a los responsables del acto, ya que las mismas eran distintas personas con funciones diferentes, que prima facie no surgían de los elementos de juicios presentados en autos.

Considerada la cuestión desde el punto de vista procesal, tenemos que el art. 224 del Código Ritual dispone “Solo serán admisibles como previas las siguientes excepciones... c) Falta de Acción cuando fuere Manifiesta, sin perjuicio, en caso de no ocurrir esta última circunstancia, de que el Juez la considere en la sentencia definitiva...”. La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha resuelto que la acción debe ser promovida por el titular del derecho contra la persona obligada al cumplimiento de la prestación debida. (A.I. N° 171, del 23 de mayo de 1999. La Ley, año 1999, N° 8. Pág. 971).

Analizando la cuestión planteada, trabada que quedo los términos de la excepción deducida, la parte excepcionante alega no tener responsabilidad alguna por el hecho de tercero, como el acaecido en autos, por no tener el deber ni la responsabilidad de ejercer el control y supervisión de las tareas desarrolladas por la cuadrilla de reparación de la Essap S.A. que según la parte actora ha sido la causa supuesta del daño reclamado.

De este modo, y para clarificar mejor al cuestión planteada en autos, lo que corresponde determinar es si el Ing. Víctor Zacarías Godoy Bogarín, en su carác-

ter de Jefe de la Sección Central de la Essap S.A., tiene o no responsabilidad para ser accionado por el luctuoso suceso denunciado.

En consecuencia, la normativa aplicable en este caso, es como sostiene el Juzgado, el art. 1.842 del Código Civil, que literalmente dispone que “El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito”. Según las constancias obrantes en la Carpeta Fiscal formada en la causa titulada “Investigación Fiscal Sobre Accidente Transito con Derivación Fatal en San Bernardino”, N° 3.463, agregados al presente juicio, como prueba ofrecida por la parte actora, los testigos Señores Cristino vera Heurich, Oscar Villasanti u Oscar Villanti como consigan el escrito de demanda de fs. 29 y sgtes., Fidencio Arrúa Valdez, Juan Villalba Espínola, Julio César Ramírez, Silvio Ismael Duarte y de la Administración de Essap S.A. de San Bernardino, en este caso la señora Zulma Rodríguez, todos ellos en forma contestes y uniformes declararon que fueron designados para la reparación del caño roto de Essap, en las inmediaciones de la Avda. Santiago Otto Schaerer casi Juan Díaz de Solís de la ciudad de San Bernardino, lugar donde ocurrió el accidente, para tal efecto por la Administración local de la Essap, a cargo de la señora Zulma Rodríguez.

Asimismo, como consigna acertadamente el A-quo, de las declaraciones testificales rendidas ante el juzgado por los señores Orlando González Santa Cruz, Pedro Fabián Rivarola Riveros, Cándido Antar Maldonado y Antonio Luis Perito Blasco, estos manifestaron que son las administraciones locales las que tienen autonomía para designar la prioridad o el orden y las fechas en que se realizaran las reparaciones y también para integrar las cuadrillas de trabajadores que realizaran los trabajos de reparaciones de los caños rotos en la vía pública, correspondientes a la Essap S.A., así como el control y supervisión de las tareas desarrolladas y asignadas a los distintos grupos. (fs. 299/305).

En estas condiciones, siendo las personas que declararon más arriba en formas contestes y uniformes, hábiles, mayores de edad, sin tacha legal alguna, que prestaron juramento de ley y dieron razón satisfactoria de sus dichos, sus declaraciones deben merecer fe en el juicio.

Con estos elementos de juicios, se acredita que no existió entre el demandado Ing. Víctor Godoy en su carácter de Jefe de la Región Central de la Essap

S.A., y los funcionarios administrativos asignados a la obra para su reparación, una relación de dependencia, ni autorización del mismo para la realización de las obras de reparación, con lo que se concluye que el citado demandado no autorizó, ni tenía competencia para ordenar la realización de los citados trabajos de reparación del caño de Essap S.A., afectado al accidente que lamentablemente ocasiono la pérdida de la vida de una mujer joven, en este caso, la hija de la actora.

Todos estos presupuestos, como se puede apreciar, fueron aclarados mediante la apertura a prueba de la Excepción promovida. Porque, a priori no podía determinarse el nombre de las personas que integrarían las cuadrillas que debían reparar, teniendo en cuenta el lugar donde ocurrió el hecho generador del accidente, así como también para determinar de qué zona debían ser los encargados de reparar la pérdida del agua de los caños rotos.

La jurisprudencia constante y uniforme de nuestros Tribunales ha venido resolviendo en forma reiterada que “La Falta de Acción se da cuando el actor no es titular del derecho invocado en la demanda, o cuando el demandado, no es el sujeto pasivo de la obligación invocada por el actor”. (“Código Procesal Civil. Con repertorio de Jurisprudencia”, del Dr. Ricardo A. Pane, página 169, N° 416). En el caso de autos, y teniendo en cuenta los fundamentos arriba expuestos, estamos en presencia de la segunda parte de la jurisprudencia arriba citada.

En lo relativo a la apelación parcial interpuesta por la parte demandada, referente a la aplicación de costas en el orden causado, el Art. 192 del Código Procesal Civil, establece el principio general que establece que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiere solicitado. Doctrinariamente este principio está respaldado por connotados procesalistas, al sostener que en materia de costas, actualmente rige la teoría del “vencimiento puro y simple”. Así, Chioyenda establece la teoría objetiva de la condenación en costas, por el simple hecho de la derrota, sin consideración a la existencia o inexistencia de culpa, mala o buena fe, ejercicio abusivo del derecho etc. Por su parte, Lino E. Palacio se pliega lisa y llanamente y sin reserva alguna a la tesis de Chioyenda, sosteniendo que ésta continua siendo la más acertada de cuantas se han formulado, acerca del funcionamiento de la condena en costas. Asimismo, Ricardo Raimundin, en su libro “La Condena en Costas”, expresa su concepto de que “La causa o fuente de las costas es la ley, la que no la impone por vía de pena, sino como una indemnización “sui generis”,

que es la consecuencia de haber fracasado en su proceso, y es en definitiva una institución procesal determinado por el supremo interés de que derecho desconocido o controvertido salga incólume de la decisión judicial". Sobre el mismo punto, Giangraso sostiene que "No se trata de imponer una pena, sino de compensar o indemnizar al litigante vencedor. Las costas constituyen un resarcimiento acordado por la ley al vencedor para compensarlo por los gastos que el pleito le ha originado y se determina por el interés que el derecho desconocido o controvertido..." ("Código Procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia", autor arriba citado, N° 347, página 152).

En estas condiciones, no existe otra alternativa que la hacer lugar a la apelación parcial interpuesta por la parte demandada, y revocar el numeral 2 de la Resolución recurrida, por corresponder así en estricto derecho.

POR TANTO: Atento a lo precedentemente expuesto, el Tribunal de apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala;

RESUELVE:

1. Desestimar el recurso de nulidad interpuesto en autos.
2. Confirmar, el numeral 1 del A.I. N° 965, de fecha 3 de agosto de 2009, dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial del 7° Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.
3. Revocar, el numeral 2 de la resolución arriba citada, imponiendo las costas a la parte perdedora.
4. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Carmelo A. Castiglioni y Fremiort Ortiz Pierpaoli.

Ante mí: Abg. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 44

RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja.

Para la procedencia de la queja, deben considerarse tres requisitos: 1) Que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible; 2) Que los recursos contra la misma se hayan interpuestos en tiempo y forma y; 3) Que la queja sea planteada dentro del plazo previsto en la ley procesal.

JUICIO EJECUTIVO. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

El art. 442 del C.P.C., no resulta aplicables a las apelaciones contra incidentes, pues estos no forman parte propiamente del procedimiento ejecutivo, al que hace referencia dicho artículo, en consecuencia, atendiendo a dicha circunstancia procesal, y que al causarle al incidentista un gravamen irreparable, debe considerarse recurrible la mencionada resolución.

JUICIO EJECUTIVO. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. INCIDENTE.

El art. 442 del CPC, invocado por el Juez a-quo para denegar los recursos, resulta inaplicable por cuanto que tal normativa procesal resulta aplicable solo en relación a las resoluciones que se dictan en actuaciones procesales que son propias de la estructura legal del juicio ejecutivo, pero no lo es en relación a cuestiones procesales ajenas al proceso ejecutivo propiamente dicho, como lo son precisamente los incidentes en general.

Tapel. Civ. y com. Sala 1. 28-02-2011. “Queja por recurso denegados interpuesta por el abogado Alfredo E Wagener c. el Juez de Primera Instancia en lo civil y comercial del tercer turno en: Reconstitución de Damián Alejandro Meza c. Félix Valoy Jara y otra s. Ejecución hipotecaria” (A.I. N° 44)

Asunción, 28 de febrero de 2011.

VISTO: El recurso de queja por recursos denegados interpuestos por el Abogado Alfredo Wagner contra el A.I. N° 1114 de fecha 06 de julio de 2010, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, y;

CONSIDERANDO:

Opinión de la Magistrada Valentina Núñez González: Que para la procedencia de la queja, deben considerarse tres requisitos: 1) Que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible; 2) Que los recursos contra la misma se hayan interpuestos en tiempo y forma y; 3) Que la queja sea planteada dentro del plazo previsto en la ley procesal.

Que, de las constancias de autos que tenemos a la vista se desprende que el A.I. N° 1114, resuelve no hacer lugar con costas a un incidente de nulidad de actuaciones planteado en el principal y dispone además no hacer lugar a los

recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 2058, de fecha 09 de noviembre de 2009 dictado también en los autos principales.

Que, a fs. 246 vltto. de los autos principales el Abogado Alfredo Wagner se da pro notificada del A.I. N° 1114, e interpone contra el mismo los recursos de apelación y nulidad dentro del plazo de ley, el Juzgado por providencia de fecha 13 de julio de 2010, el Juzgado rechazó los recursos interpuestos contra la resolución, conforme a las disposiciones del art. 442 del C.P.C., que determina que las resoluciones que se dicten en el juicio ejecutivo, desde la preparación hasta su terminación son inapelables, salvo cuando el auto de liquidación y la sentencia definitiva.

En tal sentido, debe señalarse que la posición sustentada por el Tribunal es que el art. 442 del C.P.C., no resulta aplicable a las apelaciones contra incidentes, pues estos no forman parte propiamente del procedimiento ejecutivo, al que hace referencia dicho artículo, en consecuencia, atendiendo a dicha circunstancia procesal, y que al causarle al incidentista un gravamen irreparable, debe considerarse recurrible la mencionada resolución.

Por lo demás, se advierte que tanto los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra dicho auto interlocutorio, como el mismo recurso de queja, han sido presentados en tiempo y forma.

En consecuencia, corresponde que el Tribunal haga lugar al recurso de queja por recursos denegados y, por consiguiente, concedan los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1114 de fecha 06 de julio de 2010, en relación y con efecto suspensivo. Llamar Autos.

Opinión del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

Opinión del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: El recurrente interpone el recurso de queja por recursos denegados fundado en que el juzgado de Primera Instancia, por providencia del 13 de julio de 2010, denegó indebidamente los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1114 de fecha 6 de julio de 2010, por el cual el Juzgado resolvió 1) Desestimar el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el demandado Jara Romero y 2) Desestimar los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el mismo demandado contra el A.I. N° 2058 de fecha 9 de noviembre de 2009, por el cual, a su vez, se había desestimado un anterior incidente de nulidad de actuaciones promovido por el demandado Jara Romero.

Se concuerda con los Conjueces del Tribunal en que el art. 442 del CPC, invocado por el Juez a-quo para denegar los recursos, resulta inaplicable por cuanto que tal normativa procesal resulta aplicable solo en relación a las resoluciones que se dictan en actuaciones procesales que son propias de la estructura legal del juicio ejecutivo, pero no lo es en relación a cuestiones procesales ajenas al proceso ejecutivo propiamente dicho, como lo son precisamente los incidentes en general. Es por ello por lo que el A.I. N° 1.114/2010, es decididamente recurrible, pero sólo en la parte que resuelve desestimar el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el demandado Jara Romero. El A.I. N° 1.114/2010 no es, sin embargo, recurrible en cuanto resuelve desestimar los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 2.058 del 9 de noviembre del 2009, puesto que la denegación de estos recursos no puede ser impugnada por la vía de la interposición de nuevos recursos, sino por medio de la queja por recursos denegados, que en este caso no ha sido interpuesta.

Por lo demás, tanto los recursos de apelación y nulidad contra el A.I. N° 1.114/2010, como el presente recurso de queja por recursos denegados han sido interpuestos dentro del plazo legal.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde hacer lugar al recurso de queja por recursos denegados y, por tanto, conceder los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1.114 de 6 de julio de 2010, en la parte que resuelve no hacer lugar con costas al incidente de nulidad de actuaciones promovido por el demandado Félix de Valoy Jara Romero, en relación y con efectos suspensivos. Asimismo, corresponde denegar el recurso de queja por recursos denegados en relación al A.I. N° 1.114/2010 en la parte que resuelve desestimar los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 2.058 del 9 de noviembre de 2009, por improcedente.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el Abogado Alfredo Wagner, contra el A.I. N° 1.114 de fecha 6 de julio de 2010.

2. Autos.

3. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González.

Ante mí: Abg. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 132

TERCERÍA. Tercería de dominio.

La tercería de dominio indica que es aquella en la cual el tercero pretende que se declare su dominio sobre el bien que es objeto del proceso principal, pidiendo se deje sin efecto el embargo trabado sobre el mismo cualquiera sea este: inmueble, muebles, derechos intelectuales o industriales, etc.

TERCERÍA. Juicios en que procede la tercería.

En cuanto a los juicios en los que procede la tercería de dominio, puede deducirse en toda clase de juicios en los que el tercero se vea afectado en sus derechos, siempre que se produzcan las condiciones requeridas por la ley, v.g.: juicio ejecutivo, de quiebras donde se ordeno la venta del bien de un tercero, etc.

TERCERÍA. Requisitos de la tercería.

Para que pueda promoverse la tercería debe existir un embargo efectivamente trabado, no es suficiente que se lo haya decretado.

Tapel. Civ. y com. Sala 1. 31-03-2011. “Tercería de dominio deducida pro el Sr. Hugo Angel Aranda Nuñez en los autos: Maria Cristina Leony Perrier de Simbach c. Adolfo Esteche y otro s. Obligación de Hacer Escritura Pública” (A.I.N° 132)

Asunción, 31 de marzo de 2011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por los abogados Edgar Osvaldo González Prieto, en representación del señor Dieter Simbach (fs. 46); y Mauricio J. Ozuna, en representación de María Cristina Terrier de Simbach (fs. 47), contra el A.I. N° 256 de fecha 16 de marzo de 2.009, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que en la mencionada resolución el A-quo había dispuesto: “I. Hacer Lugar al incidente de tercería de dominio promovida por el Sr. Hugo Angel Aranda Nuñez en los autos: “María Cristina Leona Terrier de Simbach c/ Adolfo Ignacio Esteche y otros s/ cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública” y en consecuencia, reconocer el dominio que el mismo tiene sobre el automóvil marca Mercedes Benz, Modelo Año 1992, Tipo 300SD, color blanco, con chasis N° WDBGB34E2NA033629 y Motor N° R8030161701, inscripto en la

Dirección nacional del Registro de automotores con la Matricula AKR523. II. Imponer las costas a los Sres. María Cristina Leony Perrier de Simbach, Adolfo Ignacio Esteche y Dieter Arthur Simbach y exonerar de las mismas al Sr. Hugo Oscar Aranda Saldívar. Ordenar que ejecutoriada que fuere la presente resolución la Sra. María Cristina Leony Perrier de Simbach haga entrega al Sr. Hugo Angel Aranda Núñez el automóvil mencionado, bajo apercibimiento de procederse al secuestro del mismo. III. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la Nulidad. Opinión de la Magistrada Valentina Núñez González: ambos recurrentes han desistido expresamente del recurso interpuesto (fs. 55 y 67, respectivamente). Por otra parte no se observan en la resolución recurrida, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, por lo que corresponde tener por desistido a ambos del recurso interpuesto.

Opiniones de los Magistrados Dres. Marcos Riera Hunter y Oscar Paiva Valdovinos: Manifiestan que se adhieren a la opinión de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

En cuanto a la Apelación. Opinión de la Magistrada Valentina Núñez González: debemos señalar que el escrito de fundamentación presentado por los apelantes constituyen una reproducción uno del otro, siendo exactamente iguales en sus fundamentos por lo que bastará hacer el examen de uno de ellos para considerarse analizados ambos.

Se agravian los recurrentes señalando que el A-quo ha confundido en la resolución recurrida la acción reivindicatoria con la tercería de dominio, pues no solo atribuye la propiedad al tercerista sino también ordena la entrega del automóvil objeto de la tercería. Al respecto menciona que: a) la reivindicación se interpone por el propietario no poseedor mientras que la tercería puede ejercitarse por el mismo propietario que posee el bien indebidamente trabado; b) la acción reivindicadora se actúa frente al detentador o poseedor, mientras que la tercería se interpone al ejecutante que no posee ni detenta y frente al ejecutado que no siempre es poseedor y c) la acción de reivindicación pretende la recuperación dominial de la cosa, en tanto que la acción de tercería se dirige al levantamiento del embargo.

Efectúa otras consideraciones relacionadas con la forma de adquisición del bien, el tiempo transcurrido en que el tercerista no se encuentra en posesión del

vehículo y que existe una acción principal donde precisamente se está discutiendo el cumplimiento del contrato y la obligación de hacer escritura pública del vehículo. Agrega que siendo el automotor una cosa mueble registrable uno de sus elementos contractuales es la traditio y en ese sentido el vehículo se encuentra en poder de su mandante desde el año 2006; igualmente que no se ha adjuntado ninguna denuncia de robo del vehículo en cuestión por lo que se deduce que el vehículo no fue robado y por consiguiente su poderdante es adquirente de buena fe. Por último consideran que existiría la situación prevista en el art. 86 del CPC entre el tercerista y su hijo, considerando que los mismos pretenden apoderarse de vehículo y quedarse con el dinero que se le habría pagado por la venta del mismo, solicitando en consecuencia la revocatoria de la resolución recurrida.

Corrido traslado a la otra parte, ésta contesta las pretensiones a fs. 74/75 y 76/77 en idénticos términos, ratificándose en su pretensión de que la tercería es al vía para resolver la cuestión planteada por cuanto que existe una medida cautelar de prohibición de innovar que pesa sobre el mismo bloqueando la disponibilidad del vehículo de su cliente. Agrega que la demandante reconoce la titularidad del dominio del tercerista pero ignora que la titularidad de los bienes registrables e prueba únicamente con su inscripción en los registros públicos, no pudiendo oponerse contratos de terceros a dicha inscripción. Efectúa otras consideraciones solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante una tercería de dominio promovida por el Sr. Hugo Ángel Aranda Núñez en los autos caratulados: “María Cristina Leony Terrier de Simbach c/ Adolfo Ignacio Esteche y otro s/ cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública” encaminada a obtener la declaración de dominio que tiene el tercerista sobre el automóvil en litigio disponiendo la restitución del mismo, ejecutoriada que fuere la resolución, bajo apercibimiento de ordenarse el secuestro del mismo.

La cuestión principal se centra en determinar si la tercería de dominio es la vía adecuada para el tratamiento de la misma y en tal sentido debemos señalar que consideramos que no atendiendo a los términos en que se encuentra redactados los distintos artículos que hacen referencia a esta medida. En efecto, el art. 80 del CPC al inicio estipula: “La tercería debe fundarse en el dominio de los bienes embargados, o en el derecho que el tercero tenga de ser pagado...”

Podrá deducir también tercería de dominio el que tenga un derecho sobre un bien incorporal o el titular del derecho real desmembrado”. Una y otra deben sustanciarse en piezas separadas con embargante y embargado.

Al respecto es dable señalar lo que en particular señala el ilustre tratadista Hernán Casco pagano en su obra Código Procesal Civil Comentado y Concordado al referirse a las clases de tercería. Respecto a la tercería de domino indica que es aquella en la cual el tercero pretende que se declare su domino sobre el bien que es objeto del proceso principal, pidiendo se deje sin efecto el embargo trabado sobre el mismo cualquiera sea este: inmueble, muebles, derechos intelectuales o industriales, etc. En cuanto a los juicios en los que procede, menciona que puede deducirse en toda clase de juicios en los que el tercero se vea afectado en sus derechos, siempre que se produzcan las condiciones requeridas por la ley, v.g.: juicio ejecutivo, de quiebras donde se ordenó la venta del bien de un tercero, etc.

Y al referirse a la admisibilidad, claramente menciona que para que pueda promoverse la tercería debe existir un embargo efectivamente trabado, no es suficiente que se lo haya decretado.

Similares conceptos se hallan vertidos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fenochietto-Arazi, Tomo I, Editorial Astera, pag. 397. Art.97) al señalar que la traba de un embargo es requisito esencial para que pueda deducirse una tercería.

En el caso en estudio, existe una demanda principal incoada por la Sra. María Cristina Leony Perrier de Simbach contra Adolfo Ignacio Esteche y Hugo Oscar Aranda Zaldívar por cumplimiento de contrato y obligación de hacer escritura pública, donde se dispuso como medida cautelar la prohibición de innovar sobre el vehículo cuyo recupero se pretende por la vía de tercería. No existe embargo alguno, por lo que conforme a lo que hemos venido señalando, al no hallarse configurado el requisito esencial para la admisibilidad de la tercería, resulta improcedente la vía escogida, debiendo revocarse la resolución recurrida, in totum, imponiendo las costas a la parte perdedora en ambas instancias.

Opiniones de los Magistrados Dres. Marcos Riera Hunter y Oscar Paiva Valdovinos: Manifiestan que se adhieren a la opinión de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Primera Sala de la Capital;

RESUELVE:

1. Tener por Desistidos a los recurrentes abg. Mauricio J. Ozuna y Edgar Osvaldo González Prieto del recurso de nulidad.

2. Revocar en su totalidad la resolución recurrida, imponiendo las costas a la parte perdidosa en ambas instancias.

3. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Valentina Núñez González, Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Marcos Riera Hunter.

Ante mí: Abog. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 226

CADUCIDAD DE INSTANCIA

El mes de enero (feria judicial) no debe ser contabilizado para el plazo de caducidad, por la imposibilidad de litigar en dicho periodo de tiempo, salvo las excepciones ya conocidas como, por ejemplo, el caso de amparos y otras medidas de urgencia, por lo que la pretensión de la demandada se hace inviable.

Tapel. Civ. y com. Sala 1. 24-05-2011. “J. M.P. O. c. B. B. P. O. s. Nulidad de Matrimonio” (A.I. N° 226)

Asunción, 24 de mayo de 2011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 125 del 03 de abril del 2009 (fs. 37), dictado por S.S. el Sr. Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Niñez y adolescencia de J.A. Saldivar del Primer Turno, y;

CONSIDERANDO:

Por el auto recurrido el Juez a-quo resolvió: “Declarar operada la caducidad de instancia en el expediente titulado: “J. M.P. O. c/ B. B. P. O. s/ Nulidad de Matrimonio” y, en consecuencia, ordenar el archivamiento de estos autos; Imponer las costa a la parte actora; Anotar...”. Contra la citada resolución se alza la parte recurrente en los términos del escrito de fs. 61/64 de autos.

Recurso de Nulidad. Opinión del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: En el escrito obrante a fs. 61 de autos, el recurrente desiste expresamente de

este recurso, manifestando que los vicios que contiene la resolución recurrida podrán ser subsanados por vía de la apelación. Asimismo, no existiendo, por lo demás, vicios o defectos en el proveído en alzada que imponga al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que se tenga al recurrente por desistido de este recurso.

Opiniones de los Magistrados Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Valentina Núñez González: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

Recurso de Apelación. Opinión del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Por el escrito de referencia, el recurrente solicita a este tribunal la revocatoria del auto en alzada atendiendo a que no se ha producido en ningún momento la caducidad de la instancia inferior.

De las constancias de autos se advierte que en el mes de junio del 2008, el señor J. M.P. O. promovió demanda por nulidad de matrimonio en contra de la señora B. B. P. O.. La demandada contestó en escrito inicial en el mes de julio de 2008. Con posterioridad la señora Peralta Ojeda, en fecha 03 de julio del 2008 comunicó al juzgado la existencia de documentos anteriores desconocidos y hechos nuevos, escrito del cual se dio traslado al actor, quien contestó en fecha 14 de agosto de 2008. Consecuentemente el Juzgado inferior ordeno por providencia de fecha 28 de agosto del 2008 la apertura de la causa a prueba. Mediante escrito de fecha 23 de febrero del 2009 el actor se da por notificado de la providencia de apertura de la causa a prueba lo que provocó que la demandada solicite la caducidad de instancia por haber transcurrido el plazo de seis meses.

En la especie, se advierte que el a-quo contabiliza o introduce dentro del plazo para la caducidad de instancia al mes de enero (feria judicial), citando jurisprudencia al respecto. Ahora bien, abordando el tema planteado, cabe puntualizar que en reiterados precedentes jurisprudenciales este Tribunal ha sostenido que el mes de enero (feria judicial) no debe ser contabilizado para el plazo de caducidad, por la imposibilidad de litigar en dicho periodo de tiempo, salvo las excepciones ya conocidas como, por ejemplo, el caso de amparos y otras medidas de urgencia, por lo que la pretensión de la demandada se hace inviable.

De las constancias de autos y de lo expuesto en el exordio de la presente resolución, se desprende que el plazo de seis meses previsto para que sea operada la caducidad de instancia en este caso particular no ha ocurrido, razón por la cual, este Tribunal no tiene otra alternativa que revocar el auto el alzada.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal revoque, con costas, el auto apelado (que declara la caducidad de la instancia).

Opiniones de los Magistrados Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Valentina Núñez González: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter, por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE: Tener por Desistido al recurrente del recurso de nulidad. Revocar, con costas, el auto apelado. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marcos Riera Hunter, Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Valentina Núñez González.

Ante mí: Abg. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 259

SUCESIÓN. Beneficio de inventario. Patrimonio sucesorio.

Habida cuenta que el recurrente apertor del juicio sucesorio, manifestó que los bienes se encontraban en lugar distinto al del fallecimiento del causante, el inventario debe realizarse “en el lugar en que se encuentran los bienes”, tal como establece la ley. No obstante, es necesario determinar que a los efectos del cumplimiento de la diligencia del inventario y avalúo deben efectuarse con antelación las citaciones que impone el artículo 759 del CPC.

Tapel. Civ. y com. Sala 1. 02-06-2011. “A P B F s. Sucesión” (A.I.N° 259)

Asunción, 02 de julio de 2011.

VISTO: El recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Sr. Manuel Odilón Barrios Paniagua, contra la providencia de fecha 23 de junio de 2010, dictada por el Juzgado en lo Civil y Comercial del Quinto Turno y;

CONSIDERANDO:

Por providencia de fecha 23 de junio de 2010, la Jueza en lo Civil y Comercial del Quinto turno resolvió: “Por presentado al recurrente el carácter invocada y por constituido su domicilio en el lugar señalado. Ordenase el desglose y devolución de los documentos originales presentados, previa agregación de sus fotocopias debidamente autenticado por el Actuario. Téngase por iniciada la presente sucesión del Sr. A P B F y en consecuencia, ordenase la publicación de los edictos correspondientes en el diario “Ultima Hora”, de esta Capital por diez veces, para que todos los interesados dentro del plazo de sesenta días, contados desde la primera publicación se presenten a re chazar sus derechos. Ordénese el inventario y avalúo de los bienes muebles, a tal efecto comisionese al Sr. Actuario, quien acompañado por el Auditor designado por la Dirección General de Recaudaciones, se constituirá en el último domicilio del causante a practicar la diligencia señalada. Dese intervención a la representante del Ministerio Público y cumplimiento a las disposiciones de los 732 y 741 del C.P.C Al último punto, téngase presente para su oportunidad”.

Contra la citada providencia, la parte recurrente interpuso el recurso de reposición con apelación en subsidio, resolviendo consecuentemente la a-quo, por providencia de fecha 30 de junio de 2010 (fs. 26 vlta.) no hacer lugar al recurso de reposición y en consecuencia conceder el recurso de apelación en subsidio.

Análisis de Admisibilidad de los Recursos – Opinión del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Antes que nada, corresponde que el Tribunal, en ejercicio de facultades que les son propias, analice si los recursos interpuestos han sido debidamente concedidos por el Juzgado de Primera Instancia. A fs. 25/26 de autos, el recurrente, Sr. M. O. B., interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio contra la providencia de fecha 23 de junio del 2010, específicamente en cuanto ésta dispone: “Ordénese el inventario y avalúo de los bienes muebles, a tal efecto comisionese al Sr. Actuario, quien acompañado por el Auditor designado por la Dirección General de Recaudaciones, se constituirá en el último domicilio del causante a practicar la diligencia señalada”. Por lo tanto se advierte que, en cuanto a las otras disposiciones resueltas por la a-quo, el recurrente, al no causarle agravios, ha consentido de las mismas.

En consecuencia, por las razones expresadas, corresponde que el Tribunal declare mal concedido el recurso de apelación contra la providencia de fecha 23 de junio del 2010, con excepción la parte que declara que decreta el inventario y avalúo de los bienes muebles del causante.

Opiniones de los Magistrados Dr. Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

En cuanto al Recurso de Nulidad. Opinión del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad. Por otra parte, no se observan vicios de forma o solemnidad que pudieran obligar al Tribunal a anular de oficio la sentencia recurrida. Corresponde declarar desierto el recurso en estudio.

Opiniones de los Magistrados Dr. Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González: Manifiestan que se adhieren a la opinión vertida por el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

En cuanto al Recurso de Apelación. Opinión del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Sostiene que la parte apelante que la providencia recurrida, en cuanto ordena el inventario y avalúo de los bienes muebles, debe ser revocada, ya que dichos actos son impracticables en estos autos, atendiendo a que el causante falleció en la ciudad de San Salvador, República de El Salvador, hace años de 65 años.

En fecha 05 de agosto de 2010, este Tribunal corrió vista al Ministerio Público a los efectos que el mismo emita el Dictamen que ordena la Ley, por lo que en fecha 19 de agosto del 2010 (fs. 33) la Agente Fiscal en lo Civil y Comercial consideró viable lo solicitado por la parte agraviada y es de parecer de revocar el fallo recurrido.

Ahora bien, el art. 758 del C.P.C. obliga a la realización del inventario, pero en el caso en particular el causante no tenía domicilio en el territorio nacional, sino en el extranjero; por lo demás, el recurrente fue claro al mencionar que el inventario y avalúo deberá hacerse en el Paraguay, donde denunciaron que se encuentran las partituras del autoría del causante. Por lo tanto, corresponde que el Tribunal revoque parcialmente la providencia de fecha 23 de junio del 2010, en cuanto resuelve: “Ordenase el inventario y avalúo de los bienes muebles, a tal efecto comisionese al Sr. Actuario, quien acompañado por el Auditor designado por la Dirección General de Recaudaciones, se constituirá en el último domicilio del causante a practicar la diligencia señalada”.

En conclusión, la diligencia del inventario y avalúo de los bienes muebles, deberá ser practicada en el lugar donde radican las partituras del causante, es decir, en el domicilio del Sr. Jorge Gross Brown y en el Centro Cultural de la República ·El Cabildo”.

Opinión del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 758 del CPC el inventario y avalúo de los bienes yacentes deben ser efectuados “en el lugar en que se encuentren los bienes...”.

En la especie, la parte recurrente, apertora del juicio sucesorio, manifestó en el escrito inicial que el causante falleció en el extranjero en el año 1.994 habiendo dejado en concepto de bienes hereditarios diversas partituras musicales que, según el recurrente, se encuentran depositadas en el domicilio del Sr. Jorge Gross Brown y en el Centro Cultural de la República “El Cabildo”, razón por la cual no corresponde, como dispone la providencia el alzada, que el inventario se cumpla en el último domicilio del causante atendiendo al tiempo transcurrido, sino, como lo establece la ley, “en el lugar en que se encuentran los bienes”, es decir, en los lugares antes señalados. No obstante, es necesario determinar que a los efectos del cumplimiento de la diligencia del inventario y avalúo deben efectuarse con antelación las citaciones que impone el artículo 759 del CPC, incluyendo en dichas citaciones las que deben ser dirigidas al Sr. Jorge Gross Brown y a la Directora del Centro Cultural de la República “El Cabildo”, para lo que hubiere lugar.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal revoque parcialmente la providencia en recurso en la parte en que ordena el inventario y el avalúo en el último domicilio del causante, debiendo cumplirse tales diligencias conforme lo indicado en el párrafo inmediatamente precedente.

Opinión de la Magistrada Valentina Núñez González: Manifiesta que se adhiere a las opiniones de los distinguidos Conjueces que le precedieron por cuanto son coincidentes y complementarias.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE:

Declarar Mal Concedidos los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra la providencia de fecha 23 de junio del 2010, con excepción la pare que decreta el inventario y avalúo de los bienes del causante. Declarar desierto el recurso de nulidad. Revocar parcialmente la providencia apelada en cuanto a que la diligencia de inventario y avalúo de los bienes muebles del causante deberá ser practicada en el lugar donde radican las partituras del causante, es decir, en el domicilio del Sr. Jorge Gross Brown y en el Centro Cultural de la

República “El Cabildo”. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González.

Ante mí: Abg. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 98

***Cuestión debatida:** Conforme surge de autos, las partes en forma libre y voluntaria acordaron someter sus diferencias a un Tribunal arbitral, excluyéndose de la competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia, sabiendo o debiendo saber que el laudo a dictarse, cualquiera fuere, sería definitivo para sus pretensiones. Las partes así mismo dieron su aprobación para la elección de los miembros del Tribunal Arbitral. Se discute la nulidad del Laudo Arbitral.*

PODER JUDICIAL. De la Independencia del Poder Judicial.

La decisión tomada por los litigantes se inscribe dentro de las facultades reconocidas por el Art. 248 de la Constitución y en la Ley N° 1879/02, por ser una cuestión vinculada estrictamente al derecho privado. Dentro de este marco, el compromiso arbitral tiene plena validez, y debe ser respetado por las partes atendiendo las disposiciones del Art. 715 del Código Civil

JUICIO ARBITRAL. Arbitros Juris.

Se puede concluir que, analizada la conformación del Tribunal Arbitral y el procedimiento adoptado para la substanciación de las actuaciones arbitrales, de conformidad con las disposiciones de los artículos 12 y siguientes de la ley 1879/02, los mismos se han adecuados a dicha disposición legal, por lo que se puede afirmar que la conformación y competencia del Tribunal Arbitral así como el procedimiento adoptado, no adolece de vicios, constatándose que se ha cumplido en plazo y forma con todas las etapas y actuaciones procesales correspondientes, habiendo las partes, aceptado y consentido plenamente todas las actuaciones procesales realizadas por el Tribunal Arbitral.

JUICIO ARBITRAL. Nulidad del laudo arbitral. Orden Público.

La teoría clásica entiende que las leyes de orden público son aquellas en las que están interesadas de una manera muy inmediata y directa, la paz y la

seguridad sociales, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral. Dicho en otras palabras, las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el que está estructurada la organización social.

JUICIO ARBITRAL. Nulidad del laudo arbitral. Orden Público.

Por otro lado tenemos la Teoría que identifica las leyes de orden público con las leyes imperativas, la cual entiende que una cuestión se llama de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que solo juega un interés particular.

JUICIO ARBITRAL. Nulidad del laudo arbitral. Orden Público.

Se puede decir que el orden público es el núcleo del orden social. Es el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como “no negociables”. Se o considera sinónimo de convivencia ordenada como el límite para la autonomía negociadora de las partes.

JUICIO ARBITRAL. Laudo arbitral.

Analizado el Laudo arbitral recurrido, se puede constatar que el Tribunal Arbitral, ha realizado el estudio de todos los conceptos o rubros reclamados por al actora, así como de las pruebas diligenciadas por las partes. No surge de la lectura del Laudo, que algún reclamo efectuado, por la actora no haya sido objeto de tratamiento por parte del Tribunal. Tampoco surge que las pruebas ofrecidas y diligenciadas no hayan sido analizadas y consideradas por los juzgadores. Por el contrario, se observa, como se dijo, que todos los reclamos fueron objetos de análisis al igual que todas las pruebas diligenciadas, razón por la cual se puede concluir que, no se evidencia omisión en el tratamiento de algún reclamo o en la consideración de alguna prueba.

JUICIO ARBITRAL. Nulidad del laudo arbitral.

No se puede dejar de señalar, que si a estas alturas, las pruebas que ofreció y diligenció en su totalidad el accionante, le resultaron insuficientes o no constituyen elementos de convicción suficiente para el tribunal Arbitral, esta ya no resulta la instancia en que pueda debatirse dicha cuestión, pues como es sabido, en el recurso de nulidad no es posible volver a discutir o analizar el fondo de la cuestión o la procedencia o no de las pruebas ya diligenciadas.

JUICIO ARBITRAL. Objeto.

El objeto del arbitraje es válido y legal; que el Tribunal Arbitral fue legalmente constituido; que el procedimiento adoptado se ha encuadrado dentro del marco legal establecido; que se ha dado cumplimiento de todas las etapas pro-

cesales previstas, habiendo las partes ejercido plenamente el derecho a la defensa; que el Laudo arbitral dictado ha cumplido con todas las formas y condiciones requeridas por la Ley y que en el mismo se ha realizado un análisis pormenorizado de todos los reclamos efectuado por la actora, así como de todas las pruebas diligenciadas, encontrándose el mismo fundado en las disposiciones del ordenamiento jurídico paraguayo, no encontrándose en consecuencia que el Laudo recurrido resulte contrario al orden publico del Estado Paraguayo.

JUICIO ARBITRAL. Laudo arbitral. Nulidad del laudo arbitral.

En nuestro derecho positivo, el Laudo arbitral solo puede ser declarado nulo si la resolución se halla incurso en alguna de las situaciones previstas en el Art. 40 de la Ley 1879/02 que son: 1) si una de las partes se encuentre afectada por alguna incapacidad, 2) si las partes no han sido notificadas debidamente de la designación de los Árbitros o de las actuaciones arbitrales; 3) si el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o 4) si la composición del Tribunal o el procedimiento arbitral no se ajusto al acuerdo entre las partes o 5) si el Tribunal comprueba que el objeto de controversia no es susceptible de arbitraje según la ley paraguaya, o que el laudo es contrario al orden publico internacional o del Estado Paraguayo.

JUICIO ARBITRAL. Nulidad del laudo arbitral.

El desacierto en cuanto al criterio que la recurrente atribuye al Tribunal Arbitral no es suficiente para declarar la nulidad de la resolución, en la medida que no se observa que el fallo sea caprichoso o arbitrario, y, porque además, las partes eligieron conscientemente someter el litigio a un arbitraje, designando los árbitros que iban a decidir el pleito, a sabiendas de que la cuestión debería ser resuelta en una sola instancia, sin posibilidad e apelación.

JUICIO ARBITRAL. Arbitradores, amigables componedores.

La alzada no tiene en este caso, potestad para juzgar el criterio jurídico por los Árbitros, y que la instancia se abre al solo efecto de examinar si el laudo se encuentra comprendido en alguna de las causales de nulidad establecidas en el art. 40 de la Ley 1879/02, y en este sentido no se observan vicios de procedimiento o un apartamiento de la ley en la interpretación de los hechos y del derecho invocado, por lo que no resta otra cosa que desestimar el recurso de nulidad.

Tapel. Civ. y com. Sala 1. 28-12-2011. "Recurso de Nulidad interpuesto por el abog. RAul Andrada Nogues contra el Laudo arbitral N° 1 de fecha 17 de

febrero de 2010 en los autos: Barrail Hnos. S.A. de Construcciones c. La Química Farmacéutica S.A. s. cumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 98)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente;

CUESTIÓN:

¿Es nula la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Basilio D. García y Dr. Carmelo A. Castiglioni.

A la Única Cuestión Planteada el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos dijo: En el caso, la firma Barrail Hnos. S.A. de Construcciones impugna de nulidad el Laudo Arbitral N° 1 de 17 de febrero de 2010 dictado por el Tribunal Arbitral, que fuera formado para resolver la demanda de cumplimiento de contrato de obra celebrado el 8 de noviembre de 2005, promovida por Barrail Hnos. S.A. de Construcciones contra La Química Farmacéutica S.A., reclamando el cobro de Gs. 2.124. 260.898 por a) Reajuste de precios de planilla, b) Mayor permanencia en obra y c) Honorario profesionales, derivados de un contrato de obra suscripto entre ambas partes.

El fallo dictado establece en su parte resolutive: “Rechazar la demanda promovida por barrail Hnos. S.A. de Construcciones contra La Química Farmacéutica S.A.. Imponer las costas a la parte vencida”.

La parte recurrente pide la nulidad del laudo por considerarlo arbitrario, afirmando que el Tribunal Arbitral prescindió de pruebas decisivas para la solución, habiendo realizado un enfoque distorsionado respecto del planteamiento formulado en la demanda, al señalar en la sentencia que conforme a la adenda del 27 de octubre de 2007, solo quedo pendiente de pago la suma de 298.541.174 más IVA, lo que contradice el escrito de demanda que señala que dicho monto debe ser sumado a la cantidad de Gs. 1.443. 265.241 Gs. por trabajos ejecutados en el periodo del 27 de octubre del 2007 al mes de marzo del 2008.

Indica también la parte recurrente que el Tribunal Arbitral se confundió al sostener que en el Acuerdo “Pre-Arbitraje” (Mayo 23/2008) Barrail Hnos., tenía un crédito de 391. 280.030 (más IVA) según el informe del Ing. Rolando Ríos y de Gs. 482.418.070 (más IVA) según el informe del Ing. Juan Carlos Barrail y que la diferencia entre ambos informes debía atribuirse al concepto “reajuste de precios”, en que los árbitros no coincidieron. La recurrente afirma que los infor-

mes elaborados por los ingenieros Rolando Ríos y Juan Carlos Barrail, constituye un estado de cuenta parcial y que ambos profesionales recomendaron que los otros rubros que Barrail Hnos. reclama sean dirimidos en otra instancia.

En primer lugar y antes de proseguir con el estudio, es conveniente advertir que, conforme surge de autos, las partes en forma libre y voluntaria acordaron someter sus diferencias a un Tribunal arbitral, excluyéndose de la competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia, sabiendo o debiendo saber que el laudo a dictarse, cualquiera fuere, seria definitivo para sus pretensiones. Las partes así mismo dieron su aprobación para la elección de los miembros del Tribunal Arbitral.

La decisión tomada por los litigantes se inscribe dentro de las facultades reconocidas por el Art. 248 de la Constitución y en la Ley N° 1879/02, por ser una cuestión vinculada estrictamente al derecho privado. Dentro de este marco, el compromiso arbitral tiene plena validez, y debe ser respetado por las partes atendiendo las disposiciones del Art. 715 del Código Civil que dice: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. Y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”.

Sentadas estas premisas, corresponde entrar a analizar el caso de autos, no sin antes dar cabida en estos considerandos o exordio a los fundamentos del recurrente ante esta Alzada y a la contestación de la demanda.

Conforme al escrito que obra a fs. 21/55, el recurrente se presenta en fecha 5 de marzo de 2010, solicitando la nulidad del Laudo Arbitral y que este Tribunal resuelva sobre el fondo del asunto y dicte en consecuencia la resolución que fuere pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto del recurso de nulidad, solicitando acoger los reclamos que han sido objeto de la demanda promovida.

Señala el recurrente que, “Mi parte considera que el Laudo Arbitral es nulo porque el mismo se halla incurso en la causa prevista en el artículo 40 de la citada Ley, cuyo inciso b) dispone que el fallo puede ser nulo porque “El Tribunal compruebe que, según la ley paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden publico internacional o del Estado paraguayo”. En efecto, quiero llamar la atención del Tribunal sobre la cuestión que se destaca porque esa redacción guarda relación con nuestro caso, habida cuenta que el laudo dictado es contrario al orden público del Estado

paraguayo, conforme lo habré de demostrar a lo largo de esta presentación. Como es sabido el Orden Público se define como “un conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico”. En esta definición amplia cabe toda clase de fenómenos jurídicos, los principios generales del derecho, la constitución política de cada Estado, la costumbre jurídica, el *ius cogens*, etc. En términos muy generales, puede decirse que integra el orden público todo aquello que viene impuesto por la autoridad a las personas y que actúa como límite a su libertad. De este modo, en Derecho Privado, el orden público actúa como un límite a la autonomía de la voluntad, en virtud del cual resultan nulos los actos o contratos cuyo contenido sean contrarios a los intereses colectivos de una comunidad, manifestados en principios y reglas de Derecho. En cambio en Derecho Público, el orden público está representado por la tranquilidad y paz social que proviene del respeto generalizado al orden jurídico. La mantención de este orden público habilita a la administración, a través de la ley, para imponer órdenes, prohibiciones y sanciones. Pues bien, el Tribunal Arbitral, de conformidad al art. 32 de la ley especial citada, debe decidir el litigio de conformidad con las normas de derecho elegida por las partes, que no ha sido otra que no sea el ordenamiento jurídico paraguayo, de fondo y de forma y en lo que se refiere a la última manifestación, las sentencias, para que puedan ser consideradas como tales, deben estar ceñidas a lo que establece, entre otras normas, el art. 159 del Código Procesal Civil, inc. d) que exigen que ellas deben estar fundadas ya sea en lo concerniente a los hechos como el derecho, siendo la motivación inspirada en lo que dispone el art. 256, 2º párrafo, primera parte de la Constitución Nacional, que exige que toda sentencia judicial debe estar fundada en ella y en la ley y que, de no ser así, como se repite en innumerables fallos de la Corte Suprema de Justicia, dicha inobservancia está conminada con la nulidad, como se prevé en el art. 15 inc. b) y segundo párrafo del Código Procesal Civil. Es evidente, que contrariando ese principio, la sentencia será arbitraria y no puede ser calificada como un acto judicial. Además, la función que ejercen los jueces árbitros y arbitradores tiene fuerza jurisdiccional. Es así que el art. 404 del Código Procesal Civil determina los casos en que procede la nulidad de las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes, como surge de su texto. Por lo tanto, si las resoluciones, no están fundadas en la Constitución y en las leyes y, no existe esa congruencia exigida, deviene la nulidad, sin

que fuera necesario agregar más nada. Pues bien, una vez efectuada esa digresión jurídica, considerada pertinente por mi parte, he de referirme a aquellos aspectos de la sentencia arbitral que denotan una arbitrariedad manifiesta y cuya conclusión ineluctable, debe ser, en consecuencia, la nulidad del laudo, que guarda relación con la prescindencia de parte del Tribunal Arbitral de pruebas decisivas para la solución, habiendo incurrido en manifiesta irrazonabilidad y razones totalmente caprichosas, existiendo una contradicción lógica y de deficiencia total axiológica”.

Seguidamente, el recurrente realiza la mención de jurisprudencias relativas a acciones de inconstitucionalidades planteadas y a doctrina, que han tratado al arbitrariedad en las sentencias y el principio del debido proceso, para posteriormente pasar a señalar que el Tribunal Arbitral con un enfoque distorsionado, “evidencia la confusión de conceptos en el planteamiento formulado por la demanda” sosteniendo que “...si ha existido error de apreciación por parte del Tribunal, en cuanto al planteamiento formulado por mi parte y han entendido de manera caprichosa lo que fuera objeto del reclamo, es fácil apreciar que en los rubros analizados por separado, una vez iniciado el análisis de cada rubro reclamado, hayan obrado con idéntica tónica, confundiendo conceptos y aplicando de manera arbitraria el derecho, ignorando las pruebas sustanciales que han podido demostrar a cabalidad la razón que le asistía a mi parte para reclamar lo que legítimamente le corresponde”. A continuación el recurrente, pasa a referirse con una pormenorizada exposición, sobre cada uno de los rubros o conceptos reclamados en su demanda, “siguiendo el orden elegido por el Tribunal para el análisis de los reclamos” a saber: reajuste de precios; mayor permanencia en obra; honorarios profesionales y adicionales; acuerdo extra pre-arbitraje; indemnización prevista, cláusula trigésimo primera del contrato; y los fundamentos por los cuales considera que el Tribunal obró “...sumido en esa confusión anunciada...”; que “...no se puede dejar de advertir su absoluta arbitrariedad, que lo vuelve un fallo que no puede ser considerado como tal y es una afrenta a ese orden público que se busca preservar...”; que “...el Tribunal ha confundido de manera grosera en la forma en que debía practicarse ese cálculo...”; que “...Esa ligereza en el análisis ha sido determinante para llegar a un resultado final decepcionante...”; que “...evidentemente el Tribunal ha tenido una percepción totalmente errónea y ha procedido a calificar por desconocimiento el contrato por unidad de medida donde el propietario pagará por traba-

jo realmente ejecutado conforme a las actas de mediciones y certificados mensuales como de ajuste alzado...”; que “el Tribunal sigue en su desatino...”; Señala el recurrente bajo el título “Se ha podido evidenciar la violación al orden público por arbitrariedad manifiesta”, exponiendo doctrinas al respecto, que “estamos en presencia de una interpretación prescindente y distorsionante de la norma así como una interpretación irrazonable e inequitativa, situaciones, todas ellas, que ameritan la declaración de nulidad por estar fundada en la ley y la constitución, siendo por ella arbitraria...” citando como un resumen de normas constitucionales que afirma el recurrente han sido lesionadas y que integran el orden público, los Arts. 9, 16, 47, 109 y 256, para culminar con la cita de fallos de la Corte Suprema respecto de inconstitucionalidades planteadas, solicitando que “Oportunamente y previo los trámites necesarios, contemplados en el art. 42 de la Ley N° 1897/02, se pueda dictar resolución haciendo lugar al recurso de nulidad deducido y se dicte Tribunal resuelva sobre el fondo del asunto y dicte, en consecuencia, la resolución que fuere pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de nulidad, pidiendo, desde ya, se puedan acoger los reclamos que han sido objeto de la demanda promovida”.

Que, en fecha 21 de mayo de 2010, este Tribunal de Apelaciones corrió traslado del recurso de nulidad deducido, a la Química Farmacéutica S.A., quien en fecha 22 de junio de 2010, se presenta contestar el traslado corridole, según escrito obrante a fojas 73/86 vlt., solicitando el rechazo del recurso de nulidad planteado, con expresa condenación en costas. Manifiesta en dicho escrito que: “...El recurso planteado es el de Nulidad, y a través del mismo el recurrente pretende la nulidad de un laudo arbitral con el argumento de que este es “violatorio del orden público del Estado paraguayano...”. Este Tribunal Arbitral quedó conformado como consecuencia de que Barrail Hnos. S.A. de Construcciones, resolvió llevar los diferendos por él planteados, a Arbitraje, conforme se encontraba pactado en el contrato de obras que vinculaba a las partes. Así pues, excitada la instancia arbitral por parte de la hoy recurrente, se designó a los Árbitros. Barrail Hnos. S.A. de Construcción, designó al Abg. Manuel Riera, luego La Química Farmacéutica S.A. designó al Abg. Pablo Troche y estos designaron como árbitro tercero y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Enrique Sosa. Aceptada por las partes los Árbitros, el reglamento y el procedimiento, se dio inicio al proceso Arbitral. Este proceso, como ante lo dijimos, culminó con un Laudo Arbitral dictado por unanimidad, rechazando totalmente la demanda

promovida por Barrail Hnos. S.A., imponiendo las costas a la parte vencida. Con la sorpresa causada por la afirmación, de que estos reconocidos y prestigiosos profesionales del Derecho, con amplia experiencia en el ejercicio de la docencia y de la profesión y en el caso del Dr. Enrique Sosa, además, con rica experiencia en la más alta magistratura judicial, hayan dictado en forma unánime, un Laudo, violatorio nada más y nada menos que del orden público del Estado paraguayo, nos abocamos la lectura interesada del escrito del recurso de nulidad planteada y luego de leerlos en varias oportunidades, nos quedó muy clara, la primera conclusión: Siendo el Laudo Arbitral, definitivo e inapelable, por disposición de la Ley, evidentemente, el recurrente entendió que no le quedaba otra opción, que buscar a través de un recurso de nulidad, hacer un “By Pass” a esta disposición legal y en una demostración elocuente de una extraordinaria capacidad de creatividad e imaginación, invocar nada más y nada menos que la violación al orden público, para sostener su recurso de nulidad, el cual claro está, en realidad es un recurso de apelación, situación no permitida por la Ley. En efecto, de la lectura del recurso planteado (en donde en largos pasajes no se ha hecho otra cosa que transcribir el escrito de demanda o el de alegatos), surge con meridiana claridad, que el mismo en realidad es un recurso de apelación, en donde el recurrente se agravia sencillamente por no estar de acuerdo con el Laudo que por unanimidad, repetimos, resolvió rechazar sus indebidas pretensiones. Podemos afirmar y sostener con vehemencia que, no existe violación alguna de orden público nacional en dicho Laudo ni en los efectos del mismo. La temeraria afirmación del recurrente, es lo que en el vulgo se conoce simplemente como “manotazo de ahogado”, debiendo haber merecido el rechazo in limine del recurso, por su notoria y grosera improcedencia. Sin embargo, habiéndosele dado trámite al recurso, nos vemos obligados a contestar el traslado del mismo y siendo el argumento del recurrente la violación, por parte del Laudo, del Orden Público, debemos entonces en primer lugar definir a éste. De manera preliminar podemos caracterizar a los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. La idea general –observa Carbonnier– responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazadas por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato. Tratase, en suma, de un mecanismo mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que pue-

den atentar contra sus intereses esenciales. A veces se persigue solo resguardar ciertos intereses monetarios del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias. En otras ocasiones se busca salvaguardar intereses vitales de un Estado y el bienestar de sus gentes, o se anhela proteger el funcionamiento de un mercado efectivo a través de la libre competencia. Ello puede responder a un fuerte interés político o guardar relación general con las políticas públicas de un país como para el resguardo de partes consideradas débiles y por ende necesitadas de tutela, tal cual ocurre, por ejemplo, con trabajadores, consumidores y, en algunos países como Paraguay, Bélgica y otros, agentes o distribuidores. Muchas veces el orden público, debido a sus contornos vagos e imprecisos, ha sido utilizado como “válvula de escape” para introducir justicia “por la puerta de atrás”. (Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, N° 2. Año 2007. Orden Público y Arbitraje. José A. Moreno Rodríguez). Francisco González de Cossio, Arbitro y Abogado en asuntos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje, Arbitraje de Inversión y Competencia Económica, Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho de México, nos dice: “¿Qué es el orden público? El concepto y alcance de esta causal ha sido el dolor de cabeza de judicaturas diversas. Incluso, hay quien lo ha calificado como un dolor de cabeza pandémico (Orden Público y Arbitrariedad: Dúo Dinámico del Arbitraje, Revista de Investigaciones Jurídicas, escuela Libre de Derecho, Número 32, 2008, pg. 361. México) El orden jurídico es un potro indomable; aun logrando montarlo, no sabe uno adonde lo va conducir. Puede alejar de buen derecho. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan. (Burroughs J. en Richardson V. Mellish (2 Bing. 229 (1824) pag. 303. La teoría minimalista del orden público considera que, aun en presencia de las leyes de policía o principios de orden público, el control del laudo por el Juez de nulidad o ejecución debe ser mínimo y no puede anular o no ejecutar el mismo más que en casos excepcionales. Las jurisdicciones más avanzadas sobre la materia se han inclinado por la tesis minimalista. Si bien el desarrollo es apasionante y merece ser profundizado, un caso francés es ilustrativo. En Thales V. Euromissile la parte que buscaba evitar la ejecución del laudo argumentaba que el mismo era contrario al orden público francés pues el contrato que contenía el acuerdo arbitral incluía una práctica monopólica: dividía el mercado entre competidores. Dada la importancia de la legislación de competencia económica, Thales sostenía que el laudo no debía ser ejecutado. La Corte de Ape-

lación francés rechazo el argumento. Sostuvo que la violación al orden público debe ser “flagrante, efectiva y concreta. La licitud, para ser violatoria del orden público debe quemarle los ojos al juez”. Las palabras exactas fueron “illicéité qui crève les yeux”. La noción de orden público tiene un origen histórico ciertamente remoto: fue tomada del Derecho Romano y paso al Código Napoleón, y de allí a todo el sistema continental europeo al cual originariamente pertenecemos, más allá de las interpretaciones que hace tiempo comenzaron a producirse entre este sistema y el del common law. Doctrinarios como Salvat consideraban el orden público como un conjunto de principios que en una época y en una sociedad determinada son considerados esenciales para la conservación del orden social, mientras que Busso, por ejemplo, señalaba que se expresaba en aquellas leyes que se dictan en interés de la sociedad por oposición a las que se promulgan teniendo en mira el interés individual. Es aquella ante la cual nos detenemos o nos rendimos y si bien no es la única noción que exhibe esta característica liminar- puesto que muchos de los conceptos jurídicos fundamentales también la poseen- estimo que tiene un peso altamente significativo porque, entre otras cosa importantes, marca siempre la presencia de lo público, de lo que pertenece al exclusivo resorte del Estado y que conforme a ello el Estado puede definir, sin que los particulares tengan al respecto ni injerencia ni autonomía ninguna de decisión. Guillermo Borda en su Tratado de Derecho Civil, Parte General Tomo I, nos señala que: “...Las palabras mismas están dando la solución: una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que solo juega un interés particular. Por eso, las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas; por el contrario, las de orden privado son renunciables, permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras. De donde surge que toda ley imperativa es de orden público: porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento; entre otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. “Entonces, debo yo preguntarme, Cual es el interés social comprometido en el laudo? Puede interpretarse que el interés económico indebido de una sociedad anónima, con fines de lucro, constituye un interés general, Colectivo? Acaso Barrail Hnos. S.A. de Construcciones se considera tan magnificante como para creer que su interés particular constituye a

la vez un interés social, general colectivo? En efecto, a todo lo largo del escrito de fundamentación del recurso de nulidad, no ha hecho otra cosa que demostrar en contra de los prestigiosos profesionales que conformaron el Tribunal Arbitral, menoscabando groseramente sus capacidades y aptitudes de análisis, razonamiento e interpretación, invocando preceptos constitucionales, como si nos encontráramos ante una acción de inconstitucionalidad. En todo momento, se ha referido rutinariamente, a que el laudo, ha sido arbitrario, o que los Árbitros no entendieron el escrito de demanda o lo pretendido decir por los testigos o el escrito de alegatos, o que sencillamente es injusto. Luego ha pretendido sostener la peregrina tesis que por el Laudo no ha hecho lugar a su indebida y descabellada demanda, se han violado normas constitucionales y que debido a ello el orden público está afectado. Indudablemente el esfuerzo imaginativo y creativo ha sido mayúsculo, pero lamentablemente para el recurrente, no ha alcanzado para sostener la tesis, debido al altísimo grado de irrazonabilidad de la misma, S.S.E.E., lo único cierto y verdadero es que un Tribunal Arbitral, cuya conformación no ha sido cuestionada, dicto un Laudo, en base a un proceso arbitral no cuestionado, llevado a cabo a instancia del propio recurrente. Que dicho Laudo Arbitral, ha sido dictado conforme a las formas y solemnidades establecidas en la Ley y aun, más formal que lo requerido por ella. Que dicho Laudo ha realizado bajo el título de “Resulta” una clarísima y extensa exposición de la demanda o pretensión y la defensa o contestación. Que bajo el título de “Considerando” ha realizado un pormenorizado y análisis de todas y cada una de las pretensiones de la recurrente, separándolos en sub títulos, analizando cada concepto reclamado, a la luz de las pruebas diligenciadas. Y acá debemos detenernos para llamar la atención de S.S.E.E., pues precisamente es acá donde centra todo su cuestionamiento el recurrente. En efecto, realizando una confusa relación de números y hechos, el recurrente pretende confundir a este Tribunal de Apelaciones, sosteniendo que el Tribunal Arbitral no entendió la demanda ni analizo las pruebas. Nada más, lejano de la realidad. La realidad es que, Barrail Hnos. S.A. de Construcciones, probablemente basada en la vieja y fracasada tesis de escribir largo y confuso para confundir al Juez, planteo una demanda que jamás podía haber planteado, Realizando un esfuerzo extraordinario, primero para entender la demanda, luego para ordenar la contestación y posteriormente para probar la improcedencia de la misma, (sabido que es más fácil contestar y probar, una demanda con fundamentos pero bien ordenada que

una demanda sin fundamentos, mal ordenada y confusa), mi parte logro llegar a l final del proceso arbitral, demostrando acabadamente al improcedencia de todos y cada uno de los reclamos de Barrail Hnos. S.A. de Construcciones. Así y en este estado, el tribunal Arbitral, en un tesonero trabajo, desdoble cada uno de los conceptos reclamados por la actora (cuando que no tenía obligación ni necesidad de hacerlo) y los analizo, uno por uno. En efecto, el Tribunal Arbitral se tomo el trabajo, de bajo subtítulos, analizar cada reclamo de la actora, todas las pruebas diligenciadas respecto de cada uno de ellos, y concluir sobre cada uno de ellos, para finalmente llegar a la conclusión final, en unanimidad de los miembros del Tribunal, de que Toda la demanda, debía ser rechazada. Entonces, no hay dudas de que el Tribunal Arbitral, obro de manera, analítica, criteriosa, rigurosa, cautelosa, mesurada, puntillosa, ordenada y precisa, en el dictamamiento del Laudo. Evidentemente el recurrente no está de acuerdo con el sentido del mismo, pero de ninguna manera podrá sostener que el Tribunal se aparto de las normas legales o que obro d manera ilegal, ligera, poco profesional o irresponsable. No hay dudas, que todos los derechos constitucionales y los otorgados por normas de menor rango, fueron total y absolutamente respetados. Se respetaron puntillosamente los derechos al debido proceso (el proceso arbitral, excitado por la recurrente, jamás fue cuestionado), a la defensa (realmente el derecho de la defensa correspondía a mi parte, pues el recurrente era a parte actora, quien pudo diligenciar todas y cada una de las pruebas por el ofrecidas y participar de todas las diligencias y pruebas por mi parte ofrecida). En su desbordado escrito, se menciona la violación a la libertad y Seguridad de las Personas; a las garantías de la Igualdad; a la Propiedad Privada. Pero me pregunto yo, luego de tratar de entender que este es un recurso de nulidad y no una acción de inconstitucionalidad; cual es la violación a la Libertad y Seguridad que el Laudo implica para Barrail Hnos. S.A. de Construcciones?Cuál es la violación a la garantía de Igualdad ante las Leyes?Cuál es la violación a la Propiedad Privada?.- Realmente es imposible, por mas esfuerzo de imaginación y creatividad que uno pueda efectuar, lograr encontrar una respuesta a cada una de estas preguntas. Repetimos, es total y absolutamente imposible sostener el recurso de nulidad planteado, basado en la violación del Orden Publico del Estado Paraguayo. Nos encontramos ante un arrogante recurrente, cuya osadía y coraje no fue suficiente para plantear una acción de inconstitucionalidad, evidentemente porque no había la más mínima posibilidad de plantearla,

pero si le alcanzo para plantear un recurso de nulidad, claramente improcedente. Ante la confusión y falta de argumentos, trajo a colación una serie de jurisprudencias de inconstitucionalidades (repetimos no estamos ante una acción de inconstitucionalidad). Volvemos a repetir, Un Laudo Arbitral no es Recurrible. El mismo es definitivo para las partes. No puede usarse el recurso de nulidad y sobre todo no puede pretender usar o mal usarse al Poder Judicial, para revocar un Laudo que es definitivo. El Poder Judicial no puede verse inmiscuido en una artimaña así! Este tipo de planteamientos, pueden hacer caer una letra muerta, una gran cualidad de Arbitraje, y que es su irrecurribilidad por vía de la apelación. Dar andamiaje a este tipo de planteamientos, puede llevar a la muerte del Arbitraje en nuestro país, precisamente en un momento en que el mismo ha comenzado a tener algún andamiaje luego de años de esfuerzo...”.

Seguidamente, el representante de la demandada, pasa a realizar una pormenorizada exposición de los fundamentos por los cuales considera que el reclamo de cada uno de los rubros o conceptos fue rechazado en correcta y debida forma por parte del Tribunal Arbitral.

Pasando al análisis y consideraciones de este Tribunal con relación a las pretensiones de las partes, es conveniente y cabe en primer lugar, observar si la cuestión llevada a arbitraje es de aquello que pueden serlo y si el tribunal Arbitral ha sido debidamente conformado, así como si el procedimiento utilizado se encuentra dentro de prescripciones legales, habiéndose dictado el Laudo por Tribunal competente. En este sentido, el art. 2 de la Ley 1.876/02 de Arbitraje y Mediación, establece que: “toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que, sobre la cuestión no hubiere recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales la intervención del Ministerio Público. El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.”.

Analizados los reclamos efectuados por la actora y la materia de las mismas sometidos a Arbitraje, a la luz de esta disposición legal y no existiendo objeción de ninguna de las partes, se puede concluir que dichas cuestiones son de aquellas que la Ley permite sean dirimidas a través del Arbitraje. De la misma manera, se puede concluir que, analizada la conformación del Tribunal

Arbitral y el procedimiento adoptado para la substanciación de las actuaciones arbitrales, de conformidad con las disposiciones de los artículos 12 y siguientes de la ley 1879/02, los mismos se han adecuados a dicha disposición legal, por cual se puede afirmar que la conformación y competencia del Tribunal Arbitral así como el procedimiento adoptado, no adolece de vicios, constatándose que se ha cumplido en plazo y forma con todas las etapas y actuaciones procesales correspondientes, habiendo las partes, aceptado y consentido plenamente todas las actuaciones procesales realizadas por el Tribunal Arbitral.

Que, habiendo sido el Laudo Arbitral, dictado por el Tribunal Competente para hacerlo, corresponde entonces determinar si el pronunciamiento de dicho Laudo, ha sido efectuado conforme a las disposiciones legales establecidas en los arts. 32 y sgtes. de la Ley 1879/02. En este sentido, se observa que el Laudo, en cuanto a sus formas, ha sido la practica utilizada en nuestros Tribunales, conforme a las disposiciones del Código Procesal Civil, habiéndose dictado el mismo en conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo de la cuestión, que no fueron otras que las de ordenamiento positivo paraguayo aplicable a la materia, habiéndose dictado el Laudo por unanimidad de los Árbitros, por escrito y firmado por todos ellos, además del secretario del Tribunal arbitral. Asimismo, se observa que el Laudo ha sido fundado, constando la fecha y el lugar en que ha sido dictado siguiendo las formalidades y las condiciones legales exigidos para el efecto.

En tales condiciones, corresponde analizar si el Laudo Arbitral recurrido, es contrario al Orden Publico del Estado Paraguayo, conforme lo sostiene el recurrente y que, por ello es nulo. No se puede desconocer que la noción de orden Público ha sido materia de innumerables tratamientos, habiéndose observado a través del tiempo, el cambio o ampliaciones a los distintos conceptos esgrimidos. Podría sostenerse que, existen dos teorías respecto de que es una ley de orden público. La teoría clásica que entiende que las leyes de orden público son aquellas en las que están interesadas de una manera muy inmediata y directa, la paz y la seguridad sociales, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral. Dicho en otras palabras, las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el que está estructurada la organización social. Por otro lado tenemos la Teoría que identifica las leyes de orden público con las leyes imperativas, la cual entiende que una cuestión se llama de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de

orden privado, en las que solo juega un interés particular. La Sala Constitucional de la Corte Suprema Argentina, en el fallo N° 2201 del 16 de setiembre de 2.002, ha sostenido un concepto muy interesante al respecto. En el mismo, se señala que: “El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no puede ser derogada por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del Estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tiene elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica, tales como la oportunidad para la contestación de la demanda, la apertura del lapso probatorio, y la preclusión de los actos procesales, entre otros.”. Siguiendo la doctrina vigente, se puede decir que el orden público es el núcleo del orden social. Es el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como “no negociables”. Se lo considera sinónimo de convivencia ordenada como el límite para la autonomía negociadora de las partes.

Que, sostiene el recurrente que la nulidad solicitada se procede como consecuencia de la violación del orden publico paraguayo, pues conforme al Art. 32 de la Ley 1870/02, el Tribunal debió dictar el Laudo de conformidad con las normas elegidas por las partes, que no ha sido otra que el ordenamiento jurídico paraguayo, de fondo y forma y que dicho Laudo violo el Art. 159 del Código Procesal Civil, inc. d) que exige que las sentencias se encuentren fundadas, ya sea en lo concerniente a los hechos con el derecho, siendo la motivación del mismo el art. 256, 2° párrafo, primera parte de la Constitución Nacional, que exige que toda sentencia judicial debe estar fundada en ella y en la ley. En este sentido, ha sostenido el actor que el Laudo Arbitral denota una arbitrariedad manifiesta, que guarda relación con la prescindencia de parte del Tribunal Arbitral de pruebas decisivas para la solución, habiendo incurrido en manifiesta irrazonabilidad y razones totalmente caprichosas, existiendo una contradicción lógica y de deficiencia total axiológica. Sostiene el representante de la recurrente, que se puede constatar en el Laudo que el Tribunal que no ah considerado las pruebas ofrecidas y que las consideradas, no han sido correctamente interpretadas o comprendidas por el Tribunal Arbitral y que han existido errores de apreciación por parte mismo.

Que, analizado el Laudo arbitral recurrido, se puede constatar que el Tribunal Arbitral, ha realizado el estudio de todos los conceptos o rubros reclamados por la actora, así como de las pruebas diligenciadas por las partes. No surge

de la lectura del Laudo, que algún reclamo efectuado, por la actora no haya sido objeto de tratamiento por parte del Tribunal. Tampoco surge que las pruebas ofrecidas y diligenciadas no hayan sido analizadas y consideradas por los juzgadores. Por el contrario, se observa, como se dijo, que todos los reclamos fueron objetos de análisis al igual que todas las pruebas diligenciadas, razón por la cual se puede concluir que, no se evidencia omisión en el tratamiento de algún reclamo o en la consideración de alguna prueba.

Que, a lo largo del escrito de interposición del recurso de nulidad, se observa que reiteradamente el recurrente ha sostenido que los miembros del tribunal arbitral no entendieron las pruebas diligenciadas, que mal interpretan las mismas, que han tenido errores de apreciación, que se encontraron sumidos en confusiones, que han tenido conclusiones desacertadas o que han incurrido en ligereza en el análisis de los temas y de las pruebas puestas a su consideración, siendo en este sentido la expresión de los agravios del recurrente en su crítica al Laudo. Se puede así sostener, que los agravios expresados por el recurrente devienen como consecuencia de la no coincidencia de la misma con los análisis y fundamentos expuestos en el Laudo. Vale decir, no surge dudas que el Tribunal Arbitral, considero todos los reclamos efectuados y analizo todas las pruebas diligenciadas, encontrándose la cuestión debatida, simplemente centrada en la apreciación de las pruebas y en las conclusiones consecuentes. De la lectura del Laudo, no se infiere que exista arbitrariedad por parte del Tribunal Arbitral y por el contrario se observa bastante rigor en el análisis en cada uno de los reclamos efectuados así como en las pruebas. En este sentido, no se puede dejar de señalar, que si a estas alturas, las pruebas que ofreció y diligencio s en su totalidad el accionante, le resultaron insuficientes o no constituyen elementos de convicción suficiente para el tribunal Arbitral, esta ya no resulta la instancia en que pueda debatirse dicha cuestión, pues como es sabido, en el recurso de nulidad no es posible volver a discutir o analizar el fondo de la cuestión o la procedencia o no de las pruebas ya diligenciadas.

Que, de lo expuesto precedentemente, surge que el objeto del Arbitraje es válido y legal; que el Tribunal Arbitral fue legalmente constituido; que el procedimiento adoptado se ha encuadrado dentro del marco legal establecido; que se ha dado cumplimiento de todas las etapas procesales previstas, habiendo las partes ejercido plenamente el derecho a la defensa; que el Laudo arbitral dictado ha cumplido con todas las formas y condiciones requeridas por la Ley y que

en el mismo se ha realizado un análisis pormenorizado de todos los reclamos efectuado por la actora, así como de todas las pruebas diligenciadas, encontrándose el mismo fundado en las disposiciones del ordenamiento jurídico paraguayo, no encontrándose en consecuencia que el Laudo recurrido resulte contrario al orden publico del Estado Paraguayo.

Finalmente, a riesgo de ser reiterativo y atendiendo a las conclusiones que se arriban luego del estudio y análisis del recurso planteado por la parte actora, no resulta ocioso iterar resumidamente que, en nuestro derecho positivo, el Laudo arbitral solo puede ser declarado nulo si la resolución se halla incurra en alguna de las situaciones previstas en el Art. 40 de la Ley 1879/02 que son: 1) si una de las partes se encuentre afectada por alguna incapacidad, 2) si las partes no han sido notificadas debidamente de la designación de los Árbitros o de las actuaciones arbitrales; 3) si el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o 4) si la composición del Tribunal o el procedimiento arbitral no se ajusto al acuerdo entre las partes o 5) si el Tribunal comprueba que el objeto de controversia no es susceptible de arbitraje según la ley paraguaya, o que el laudo es contrario al orden publico internacional o del Estado Paraguayo.

Fuera de estos casos no existe posibilidad de anular el laudo arbitral.

La parte recurrente señala en su memorial que impugna el laudo arbitral en base a lo dispuesto en el inciso 4) del art. 40 de la Ley 1879/02, por ser contrario al orden publico del estado Paraguayo, en cuanto violencia las disposiciones del art. 159 inciso d) del C.P.C., al no tomar en cuenta los hechos y el derecho invocado.

Que analizado suficientemente, como lo fue más arriba, el cuestionamiento del recurrente, se tiene que el agravio que hacen los Árbitros son respecto de la interpretación y valoración del contrato de obra, la adenda suscripta y demás documentos y pruebas arimados. En ese sentido, es bueno señalar que el no haber hecho una descripción exacta de lo reclamado por las partes, no es razón suficiente para anular la sentencia, por cuanto en los considerandos de la misma el tribunal Arbitral ha formulado una evaluación critica de los hechos y rubros reclamados por la parte actora, examinando y pronunciándose sobre el reajuste del precio, la mayor permanencia en obra, los honorarios profesionales y adicionales, los intereses por mora, el acuerdo pre-arbitraje, la indemnización prevista en la clausula 31° del contrato por rescisión del contrato por responsa-

bilidad del propietario y las costas, puntos que constituyen, estrictamente, las pretensiones y cuestionamientos de la actora, como materias sometidas al arbitraje.

En el desarrollo de estos puntos, no se observa que el razonamiento jurídico seguido por el Tribunal arbitral se haya extraviado o resulte descabellado o falto de concordancia. La sentencia no aparece como irrazonable o contraria derecho, es decir no se observa una arbitrariedad en las conclusiones y mucho menos falta de logicidad.

En cualquier caso, el desacierto en cuanto al criterio que la recurrente atribuye al Tribunal Arbitral no es suficiente para declarar la nulidad de la resolución, en la medida que no se observa que el fallo sea caprichoso o arbitrario, y, porque además, las partes eligieron conscientemente someter el litigio a un arbitraje, designando los árbitros que iban a decidir el pleito, a sabienda de que la cuestión debería ser resuelta en una sola instancia, sin posibilidad de apelación.

Por último, es bueno recordar que la Alzada no tiene en este caso, potestad para juzgar el criterio jurídico por los Árbitros, y que la instancia se abre al solo efecto de examinar si el laudo se encuentra comprendido en alguna de las causales de nulidad establecidas en el art. 40 de la Ley 1879/02, y en este sentido no se observan vicios de procedimiento o un apartamiento de la ley en la interpretación de los hechos y del derecho invocado, por lo que no resta otra cosa que desestimar el recurso de nulidad.

En cuanto a las costas habiéndose corrido traslado a la otra parte y habiendo esta contestado el mismo, solicitando el rechazo del recurso de nulidad planteado, corresponde sean impuestas las costas al recurrente. Así voto.

A sus turnos los Magistrados Basilio D. García y Dr. Carmelo A. Castiglioni: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando lo Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capita, Primera Sala;

RESUELVE:

Desestimar el recurso de nulidad promovido por Barrail Hnos. S.A. contra el Laudo Arbitral N° 1 del 17 de febrero del 2010, por las razones expuestas en el exordio de esta resolución, con costas.

Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Basilio D. García y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abg. Arnaldo Martínez Rozzano Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 33

RECURSO DE APELACIÓN. Objeto del recurso de apelación. SENTENCIA. Vicios de la sentencia.

Jamás podría existir incongruencia por el hecho de que, como lo sostiene la recurrente, no se han analizado todos los elementos de prueba producidos por su parte, por ello, de ser así, nuevamente constituirá un vicio o mero error “in iudicando” que debe ser impugnado, en su caso, por la vía del recurso de apelación.

DIVORCIO. Causas de divorcio.

La sevicia, malos tratos e injuria grave, importan un menoscabo en los derechos inmateriales, legítimamente tutelados, de uno de los cónyuges. Estas causales se configuran con actitudes asumidas por uno de los cónyuges o insultos que agravan al otro.

DIVORCIO. Causas de divorcio.

Para configurarse la causal de sevicia, malos tratos e injuria grave se requiere, por un lado, una conducta activa o pasiva del agresor y, por el otro, un daño en el agredido. Ambos elementos deben estar unidos por una relación de causalidad.

DIVORCIO. Causas de divorcio.

La causal de sevicia, malos tratos e injuria grave “tiene tal gravedad que los jueces no pueden admitirla si no existe una prueba inequívoca, que haga nacer la certeza moral de su exigencia...”.

RECURSO DE APELACIÓN. Forma de interponer el recurso de apelación.

La exigencia del artículo 419 del CPC importa, por tanto, una auténtica crítica de la sentencia o fallo impugnado, crítica que implica un análisis razonado desde el punto de vista jurídico, metodológico, lógico y argumental, tanto en las cuestiones de hecho como en las cuestiones de derecho que imponen la causa litigiosa en particular y concreto (quaestio iuris y quaestio factil).

RECURSO DE APELACIÓN. Forma de interponer el recurso de apelación.

En el caso, las afirmaciones de la recurrente no llegan a constituir Crítica Razonada de la sentencia judicial. Las afirmaciones de que la Juzgadora le ha dejado en indefensión de sus derechos carece de fundamento, al igual que la afirmación de que la Magistrada ha analizado en forma equivocada las pruebas de su parte y le ha dado preeminencia a las de la parte actora, aserto este que requiere, sin duda, la justificación correspondiente indicándose, por tanto, en que ha consistido la equivocación en la interpretación de la Juzgadora, o en que ha consistido el error en la evaluación de las probanzas.

Tapel. Civ. y com. Sala 1. 06-06-2011. “D. B. L. c. G.H. G. de B. s. Divorcio a petición de una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 33)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; la Magistrado Valentina Núñez González, Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Dr. Marcos Riera Hunter.

A la Primera cuestión planteada la magistrada Valentina Núñez González dijo: El recurso de nulidad fue fundada de manera promiscua por la recurrente junto con el de apelación, sin embargo, de análisis de su presentación no se advierten críticas que comprometan la validez formal del fallo en revisión. Por otro lado, efectuados los controles de oficio no se observan en la sentencia en recurso vicios en la forma y solemnidades exigidas para el acto que ameriten la declaración de nulidad de oficio. Por tanto, en estas condiciones, este recurso debe declararse desierto. Así Voto.

A su turno, el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Manifiesta que se adhiere al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A su turno el magistrado Dr. Marcos Riera Hunter dijo: La parte recurrente nunca ha fundado el recurso de nulidad en forma discriminada y distinta del recurso de apelación también deducido, sino en forma promiscua conjuntamente con este último omitiendo, por consiguiente, efectuar la distinción que corresponde a cada recurso según la naturaleza de los fundamentos contenidos en el memorial presentado ante el Tribunal de Apelación.

No obstante, espigando en el escrito de referencia, la Magistratura advierte que la recurrente ha expresado dos argumentos que, atendiendo a su naturaleza especial, deben ser analizados no en la apelación, sino con motivo de nulidad (primera cuestión planteada). Tales argumentos se refieren a: 1) La supuesta violación del debido proceso, y 2) La supuesta incongruencia alegada sobre la base, incluso, de un precedente jurisprudencial de este mismo Tribunal.

Las sentencias judiciales en general pueden, obviamente, ser declaradas nulas por haber sido pronunciadas como consecuencia de un procedimiento irregular que impide el dictamiento de la sentencia definitiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 del CPC. Sin embargo, en la especie, no se advierte en absoluto, que hayan sido violadas reglas procedimentales por cuanto que ambas partes litigantes, incluyendo al aparte hoy recurrente, han ejercido ampliamente sus derechos, impugnando las pretensiones de la parte contraria, ofreciendo y produciendo pruebas y presentando sus respectivos escritos de conclusión. No existe, por tanto, vicio de procedimiento que pudiera provocar la invalidación del fallo en grado de alzada, y menos aun si se considera que la propia recurrente ha sostenido a fs. 169 que “ha existido violación del debido proceso al dejar la inferior de considerar todas y cada una de las pruebas en igualdad de condiciones para las partes...”, expresión esta que en modo alguno podría fundar nulidad alguna por cuanto que, en el supuesto de que la Juzgadora de la instancia inferior haya dejado de considerar prueba relevante (los Jueces no están obligados a analizar todas las pruebas producidas, sino solamente las que estimen conducente al caso), aun así ello no podía constituir motivo de nulidad porque, en tal caso hipotético, solo se estaría frente a un error “in iudicando”, susceptible de ser reparado por vía de apelación y no por la vía de la nulidad.

Por otra parte, en cuanto concierne el argumento de la incongruencia, también sostenido por la recurrente, no existe tal vicio por cuanto que de las

constancias de los autos y del pronunciamiento en alzada surge que la Juzgadora de Primera Instancia se ha pronunciado exactamente respecto de lo que ha sido objeto de decisión por parte del órgano jurisdiccional. Jamás podría existir incongruencia por el hecho de que, como lo sostiene la recurrente, no se han analizado todos los elementos de prueba producidos por su parte, por ello, de ser así, nuevamente constituirá un vicio o mero error “in iudicando” que debe ser impugnado, en su caso, por la vía del recurso de apelación. En rigor, existe una contradicción entre el fundamento de la incongruencia, tal como lo sostiene la recurrente, y el precedente jurisprudencial que la misma invoca como sustento de tal supuesto defecto de la sentencia recurrida porque en el citado precedente se deja bien en claro que la incongruencia consiste en omitir pronunciamientos respecto de cuestiones planteadas, o bien conceder lo que no se pidió, o más de lo que se pidió. Nada de ello se configura en el caso en estudio.

En consecuencia, no existiendo vicios o defectos (procesales o de forma estructural) que imponga al Tribunal el deber de declarar la nulidad incluso de oficio, corresponde que el recurso de nulidad sea declarado desierto. Así voto.

A la segunda cuestión planteada la Magistrada Valentina Núñez González Dijo: Con la S.D. N° 65 del 16 de febrero de 2010, la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Decimo Turno de la Capital, Secretaria N° 20, resolvió: Hacer Lugar a la demanda promovida por D.B.L. contra G.H.G y, en consecuencia, declarar el divorcio vincular de los mismos por culpa de ambos, con costas en el orden causado. No Hacer Lugar, con costas, a la demanda reconvenicional promovida por G.H.G. contra D.B.L. Oficiar a la Dirección del Registro Civil para la inscripción del fallo.

La abogada B. V. F., quien interviene en estos autos representado a G. H. G., se presentó en esta instancia y fundó el recurso de apelación en los términos del escrito glosado a fojas 168/169. Al hacerlo sostuvo, en lo sustancial, que el fallo agravia los intereses de su mandante puesto que la A-quo, para resolver el rechazo de la demanda reconvenicional, no valoró debidamente las pruebas aportadas por su parte, Específicamente, señaló que no se consideraron los mensajes internacionales entre el autor y sus hijos, así como las deposiciones de los testigos que prueban las causal alegada por su parte. Por lo demás, la recurrente transcribe citas doctrinales que apoyan la tesis sostenida por su parte y solicita la revocación del fallo apelado.

Eugenio Jiménez R., profesional quien representa a la parte actora, se presentó ante el Tribunal a los efectos de evacuar el traslado de los agravios

expuestos por su contendiente en los términos del escrito agregado a fojas 175/178 de autos. En esta ocasión, El contestatario del recurso puso de resalto los elementos probatorios producidos en torno a la causa de divorcio alegado por su parte; y señaló que la orfandad probatoria de las causales alegadas por su contendiente es patente. Agregó que en un plano procesal mal podría admitirse un debate en torno a de situaciones hipotéticas, como la alegada por la demandada al referirse un “posible” adulterio. Con estos argumentos se solicitó la confirmación de la sentencia en recurso.

La abogada Sarita González de Fretes, Agente Fiscal en lo Civil y Comercial del Noveno y Decimo Turno, presentó ante el Tribunal su Dictamen N° 1.111 datado el 19 de julio de 2.010. Con el mismo se remite, a título de evacuo de la vista que se le considera en esta Instancia, al Dictamen N° 1.582 del 20 de octubre de 2009 con el que recomienda la admisión de la causal invocada por el actor y el rechazo de las propuestas por la demandada.

Antes de entrar al análisis de la justicia del fallo, cabe precisar que la recurrente se agravia por el rechazo de las causales de divorcio invocadas por su parte. Sin embargo, nada dice con respecto a la admisión de la alegada por el accionante.

En estas condiciones, por el principio *tantum apellatum, quantum devolutum*, este Tribunal se encuentra con un obstáculo insalvable para la revisión del primer punto del fallo en revisión. Incluso, de admitirse una tesis revisionista con respecto a las causales previstas en el artículo 4° inc. h) de la Ley 45/91, fundadas en consideraciones de orden público –posición no asumida por esta preopinante–, no podría más que confirmarse esta decisión en atención a que el momento de la separación entre los contendientes fue asentado en un instrumento público redargüido de falso, ni cuestionado con otros elementos probatorios. Tampoco se controvirtió el hecho de que dicha separación fue sin voluntad de unirse, recordando que la voluntad debe ser de ambos esposos, por lo que corresponde declarar desierto el recurso de apelación en relación al apartado primero de la resolución. Esto importaría una suerte de incongruencia en cuanto a los agravios posteriores, pues al no fundarlos contra el apartado primero, válidamente se puede considerar que la misma está de acuerdo con lo resuelto, lo que llevaría a considerar la importancia de analizar los agravios contra el rechazo de la reconvencción planteada, sin embargo, pese a ello, se procede al estudio de los mismos.

Igualmente cabe dejar sentado que el demandante en autos no ha interpuesto recurso alguno contra la resolución dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Decimo Turno, por lo que en relación al mismo se encuentra firme.

Así precisada esta cuestión preliminar, corresponde pasar al análisis de lo resuelto en el tercer punto del fallo en revisión.

Sostiene la recurrente que el rechazo de las causales invocadas por la misma – artículo 4º inc. c) y g) de la Ley 45/91- no se condice con la realidad probatoria desplegada por su parte.

Al respecto, la sevicia, malos tratos e injuria grave, importan un menoscabo en los derechos inmateriales, legítimamente tutelados, de uno de los cónyuges. Estas causales se configuran con actitudes asumidas por uno de los cónyuges o insultos que agravian al otro.

Conforme a las consideraciones obrantes en autos, sin ir más, no cabe más que rechazar las tesis de la demandada con respecto a la configuración de estas causales.

Esto es así, puesto que las comunicaciones mantenidas entre el actor y sus hijos no denotan una conducta lesiva del Sr. B. hacia la Sra. G. Las deposiciones de los testigos citados por esta última tampoco aportan a la tesis de la misma.

En efecto, de la lectura de la conversación mantenida entre el actor y sus hijos se advierte un ánimo conciliatorio del mismo para con sus hijos y reclamos de estos hacia el padre. Sin embargo, en ningún momento se menciona el tipo de relacionamiento mantenido entre los progenitores.

Además, las cuestiones en torno a una “eventual” pareja sentimental del actor no puede ser invocada como constitutiva de la causal prevista en el inc. c) del artículo 4º de la Ley 45/91, puesto que el legislador se ha ocupado en prever el adulterio como una causal distinta a la de la sevicia, malos tratos e injuria grave. Eventualmente, el adulterio podría gravitar en torno a la causal in examine, pero ello si el mismo confluye con otros elementos que, en conjunto, consolidan la existencia de la causal de sevicia, malos tratos e injurias graves, que no es la situación que se plantea.

Finalmente, con respecto a este punto, cabe recordar que para configurarse esta causal se requiere, por un lado, una conducta activa o pasiva del agresor y, por el otro, un daño en el agredido. Ambos elementos deben estar unidos por una relación de causalidad. Exigencia, claramente, no acreditaba en estos autos.

Por otro lado, con respecto al adulterio, alegado por al reconviniente como causal de divorcio, cabe referir que el mismo consiste –al decir con Guillermo Borda, Tratado de Derecho Civil Tomo I– “en el comercio carnal tenido por un de los cónyuges con un tercero...Desde el momento en que cualquiera de los cónyuges tiene relaciones íntima con otro, aunque sean meramente circunstanciales, viola el deber de fidelidad, que es de la esencia matrimonio, justificando por ese solo hecho la acción de divorcio”.

Siguiendo con el autor citado, se advierte que esta causal “tiene tal gravedad que los jueces no pueden admitirla si no existe una prueba inequívoca, que haga nacer la certeza moral de su exigencia...”.

Con estas notas conceptuales como orientadores del análisis, la solución a la cuestión planteada se inclina hacia la confirmación de la decisión de la A-quo.

Esto es así, puesto que el único elemento de prueba en torno a esta cuestión es la deposición de uno de los testigos quien dijo haber visto al actor con S. M. F. F. G. tomados de la mano. Por lo demás, únicamente, se tienen referencias de que entre la Sra. Sonia y Darío existía un trato comercial, a lo que se le suman los reclamos formulados por los hijos del actor.

Sin dudas, esta actividad probatoria en torno a la causal de adulterio resulta insuficiente para la admisión de la misma, por lo que el fallo en revisión debe ser confirmado.

En suma, por las razones expuestas, no cabe más que coincidir con la decisión del A-quo con respecto al rechazo de la demanda reconvenzional y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, con costas a cargo de la apelante en esta instancia. Así voto.

A su turno el Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: Manifiesta que se adhiere al voto de la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

A su turno el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter Dijo: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 419 del CPC la parte apelante tiene el deber procesal de efectuar el análisis razonado de la resolución que ha sido objeto de recurso a fin de evidenciar ante el Tribunal Superior los errores o equivocaciones (errores in iudicando) en que ha incurrido el Juzgador de la Instancia inferior. Para tal efecto, no basta, como lo ha declarado profusamente la doctrina y la jurisprudencia, la mera relación de la causa, la emisión de afirmaciones dogmáticas o gratuitas (ausentes de fundamento razonado y conclusivo), el

mero disenso con lo sostenido en la sentencia recurrida por el órgano juzgador, o el mero aserto de que no se han analizado las pruebas producidas, sin señalarlas, o bien señalándolas pero sin efectuar el análisis probatorio que de las mismas se podría realizar. La exigencia del artículo 419 del CPC importa, por tanto, una auténtica crítica de la sentencia o fallo impugnado, crítica que implica un análisis razonado desde el punto de vista jurídico, metodológico, lógico y argumental, tanto en las cuestiones de hecho como en las cuestiones de derecho que imponen la causa litigiosa en particular y concreto (*quaestio iuris y quaestio factil*).

La omisión del deber establecido en el citado artículo 419 del Código de Rito importa no mantener en la alzada el recurso de apelación, lo cual, a su vez, impide al Tribunal de Apelación proceder a la revisión del fallo recurrido por la razón de que el comportamiento jurisdiccional de los Tribunales de Alzada no puede ser oficioso tratándose del recurso de apelación, si no hay agravio razonados, como si puede serlo tratándose del recurso de nulidad. Es por ello por lo que el incumplimiento de la norma reglada en el artículo 419 provoca inexorablemente que el recurso de apelación interpuesto sea declarado desierto, con costas a la parte recurrente.

En el caso en estudio, la parte apelante no ha efectuado la crítica razonada de la sentencia apelada por cuanto que, como se verá de los fundamentos a ser expuestos a continuación, no ha cumplido con la carga procesal de analizar razonadamente la sentencia en alzada limitándose a sostener afirmaciones que lejos se encuentran del análisis prevenido en el referido artículo 419 del Código Procesal Civil.

En efecto, de la lectura del fallo recurrido se desprende que la Juzgadora de Primera Instancia sostuvo que “El conjunto de las rendidas en autos lleva a la conclusión de que se hallan suficientemente acreditadas las circunstancias que denotan la existencia de la separación de hecho por más de un año sin voluntad de unirse por cualquiera de las partes...” aludiendo seguidamente a la juzgadora, en carácter de pruebas, al expediente judicial que los cónyuges habían iniciado intentando un juicio de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, la manifestación realizada por el accionante ante una Escribana Fedataria, y, por último, a los testigos que depusieron a fs. 115, 113 y 120 de autos quienes –criterio de la Jueza– confirmaron la época de separación de hecho de los cónyuges. En cuanto concierne a las causales invocadas por la demandada

reconviniendo (malos tratos, sevicia y un posible adulterio del actor), la Magistrada sostuvo que “que el estudio de las pruebas aportadas por la reconviniendo conforme al principio de la sana crítica, llevan a concluir sobre la imposibilidad de que sean admitidas las causales por ella invocadas. En efecto, en relación a los malos tratos y a la sevicia que se atribuyen al reconvenido no surge un solo elemento de juicio que pueda llevar a la certeza requerida para tales causales de divorcio. A igual conclusión debe llevar lo vinculado con el adulterio, respecto a la cual no se ha aportado ningún elemento de convicción demostrativo de su evidencia...”, refiriendo la Magistratura, por lo demás, que solamente la testigo E. O. aludió a una relación entre el actor y la Sra. S. F. G., “relación esa que, sin embargo, fue negada por los demás testigos, de modo que, en tal contexto, deviene imposible tener por acreditada la existencia de la aludida causal de divorcio”. Por todo ello, concluye la sentenciadora que, conforme al dictamen del Ministerio Público, corresponde hacer lugar a la demanda de la parte actora y desestimar la reconvencción.

Los fundamentos del fallo hoy impugnado, independientemente de su calidad argumentativa, no ha sido objeto de análisis de parte de la recurrente quien formuló afirmaciones inconsistentes e incapaces de fundar el recurso interpuesto. Así, sostuvo que “al desestimar la reconvencción de la demanda (sic) por los motivos enunciados y haciendo lugar a la demanda por la causal invocada por la actora y reconvendida, le deja a al reconviniendo en un estado de total indefensión de sus derechos... la Juzgadora inferior ha realizado en forma equivocada las pruebas aportadas por mi parte y le ha dado preeminencia a las del actor y reconvenido, interpretando erróneamente los alcances de los mismos... no ha mencionado en ningún pasaje de sus considerando las demás causales y elementos de pruebas arrimadas por mi parte... La Juzgadora omitió analizar convenientemente los verdaderos elementos de prueba aportados...”, aludiendo los apelante a los mensajes de fs. 56/59 y las testificales de fs. 112, 113, 114, 115 de autos, que –dice– “de una u otra forma han corroborado el extremo asumido por nuestra parte de la vinculación entre el Sr. Darío y la Srta. Sonia desde hace mucho tiempo... la a-quo ha orientado en forma sospechosa hacia otra dirección el proceso... hizo caso omiso a la doctrina imperante sobre la materia...” (fs. 168, 169).

Como puede advertirse, las afirmaciones de la recurrente no llegan a constituir Crítica Razonada de la sentencia judicial. Las afirmaciones de que la

Juzgadora le ha dejado en indefensión de sus derechos carece de fundamento, al igual que la afirmación de que la Magistrada ha analizado en forma equivocada las pruebas de su parte y le ha dado preeminencia a las de la parte actora, aserto este que requiere, sin duda, la justificación correspondiente indicándose, por tanto, en que ha consistido la equivocación en la interpretación de la Juzgadora, o en que ha consistido el error en la evaluación de las probanzas. Por lo demás, incurre en contradicción al sostener, por una parte, que la jueza de grado inferior no ha mencionado en ningún pasaje del considerando las pruebas producidas por su parte, y, por otra parte, que “ha analizado en forma equivocada las pruebas aportadas por mi parte”. Si las pruebas de su parte no fueron analizadas no pudo la Juzgadora incurrir en yerro alguno; a la inversa, si hubo error de juicio en la evaluación de dichas probanzas no pudieron haber sido omitidas en su consideración. Las aserciones de que el Juzgado “ha orientado en forma sospechosa hacia otra dirección el proceso” no constituye por sí sola un agravio susceptible de mantener la apelación en al Alzada, de la misma manera que la invocación a la “doctrina imperante sobre la materia” por cuanto que al apelante no ha indicado, como fruto de un estudio detallado y puntual de los argumentos de la sentencia que han sido transcritos anteriormente, como la citada Juzgadora ha orientado el proceso en “otra dirección”, o bien en qué sentido ha hecho “caso omiso a la doctrina imperante sobre la materia”, con lo cual tales afirmaciones quedan huérfanas y carentes de sustento. Los argumentos relacionados con la “incongruencia” y la “violación del debido proceso” ya han sido analizados al tratar el recurso de nulidad.

Por último, en cuanto al señalamientos e las pruebas instrumentales (mensajes), de fs. 56/59 y las testificales de fs. 112/115 de autos, la mera alusión a tales probanzas resulta insuficiente para entender que se ha dado cumplimiento al artículo 419 del CPC porque la recurrente se limitó simplemente a manifestar que tales pruebas han sido omitidas, sin efectuar –ella misma– el análisis probatorio que de las mismas podía resultar. A todo lo dicho cabe agregar, sin embargo, que, en rigor, el Juzgado se ha referido a las causales invocadas por la demandada reconviniendo señalando que las mismas no han sido probadas manifestando que no se han producido pruebas al respecto, salvo la alusión de un testigo, E. O., cuya declaración –dijo el Juzgado– “fue negada por los demás testigos”.

La ausencia de análisis razonado de la sentencia recurrida impone al Tribunal el deber de declarar desierto el recurso de apelación con costas. Así voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y lo fundamentos en el esgrimidos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE:

1. Declarar desierto el recurso de nulidad.
 2. Declarar Desierto, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en relación al apartada primero de la resolución recurrida por los motivos expuestos ene l considerando de la resolución.
 3. Confirmar, con costa, los apartados segundo, tercero y su consecuencia, cuarto y quinto.
 - 4-Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.
- Magistrados: Valentina Núñez González, Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Marcos Riera Hunter.
Ante mí: Abg. María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 34

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva.

Al respecto cabe señalar que están dados en el presente juicio, los presupuestos necesarios para el análisis del tipo de responsabilidad señalada (objetiva), fundado en que existe un hecho dañoso (muerte) y que el mismo fue producto por la cosa con potencialidad de dañar, es decir, el daño se ha realizado por medio de una cosa que tiene la propiedad de causar daño mediante su uso. El tendido eléctrico es propiedad de la demandada y estaba a su cargo mantenerlo en correcto estado, para impedir el daño a terceros. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

La culpa objetiva se encuentra dada para asignar el deber de resarcir para quien, con la cosa, que tenía el potencial de daño, produjo el menoscabo en algún sentido de la víctima. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva.

El A-quo ha asignado responsabilidad a la demandada, fundado en el criterio objetivo, en el cual rige la simple causalidad material, y por ello se prescindir del análisis de la culpa de aquel que produce la intervención de una cosa con potencial de daño. Lo único que se verifica es el daño, la utilización de una cosa con posibilidad o capacidad para dañar y que el primero es consecuencia de la intervención de la cosa (daño por la cosa). Esta (la demandada) debe responder por el peligro que crea por los medios empleados (tendido eléctrico) para el desarrollo de su actividad. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

La culpa objetiva tiene como causas de exoneración la fuerza mayor y la culpa exclusiva de la víctima. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad.

La eximición de responsabilidad estudiada se encuentra asentada en la exclusividad de la culpa, situación que no se da, puesto que la muerte no se dio por la sola intervención de la víctima, sino también por la omisión de la ANDE de mantener en buen estado los medios que emplea para cumplir su servicio. Por ello, bien hizo el A-quo en no eximir de responsabilidad a la demandada, fundado en la supuesta culpa de la víctima. Es lógico pensar que si el tendido eléctrico, se encontraba averiado y los cables sueltos, podía ocasionar un daño a cualquiera en cualquier momento. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. CULPA. Culpa concurrente.

Corresponde establecer la culpa concurrente, puesto que la A.N.D.E. tiene responsabilidad objetiva y la víctima ha realizado un acto que contribuyó, aunque no de forma exclusiva, a que se produzca el daño, por lo que se configura la culpa concurrente, en esta concurrencia de culpa, las conductas no tienen igual trascendencia para el acaecimiento del hecho. El juzgamiento de la conducta de la demandada debe ser más riguroso y ello fundado en el especial cuidado que debía prestar la misma en atención a la peligrosidad de los bienes que están a su cargo, y por ello debe cargar con mayor culpa. La conducta del occiso no puede ser calificada con igual rigor dado que el mismo actuó por la premura que exigía la situación de cables sueltos y la omisión de la ANDE de acudir al llamado para repararlos. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante

En lo que se refiere al lucro cesante, la Juzgadora ha establecido como parámetro, el sueldo mínimo. Como está demostrado, la víctima era agricultor,

y no podía serle asignado el sueldo mínimo a dicho efecto sino un promedio de lo que ha dejado de percibir como ingreso. Se ha demostrado que el mismo tiene el usufructo de dos hectáreas y que en el mismo realiza plantaciones de caña dulce. A los efectos de establecer el monto que percibiría la víctima, debe tomarse en cuenta el informe del Ministerio de agricultura. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

En lo que hace al daño moral, su resarcimiento en dicho concepto según se tiene afirmado en votos anteriores, no requiere prueba fehaciente y se asienta en los dolores y padecimientos íntimos sufridos en este caso por la accionante, como consecuencia del hecho dañoso. En este caso es evidente que la actora ha sufrido un desmedro, perturbación y angustia espiritual a raíz de la muerte de su esposo. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

El daño moral debe ser establecido de manera subjetiva, y en dicho sentido deben ser atendidos, tan solo el padecimiento emocional y espiritual, para que puedan ser compensados de alguna forma. No se pretende, en modo alguno cotizar al dolor, pero ante la lesión inferida a los sentimientos se recurre a la única forma posible de reparar sus efectos, que es la compensación monetaria. (Voto de la mayoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad.

Las afirmaciones contenidas en el escrito inicial de demanda resultan no solamente relevantes para la decisión de la causa, sino que, además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 302, segunda parte, del CPC, constituyen una confesión espontánea que hacen plena prueba en juicio. En efecto, si la propia parte actora reconoce, y lo hace expresamente, que la persona fallecida voluntariamente, es decir, movido sola y exclusivamente por su propia voluntad y sin que tenga la obligación de hacerlo, ha tomado contacto personal con cables de alta tensión que forman parte de las instalaciones eléctricas de propiedad de la ANDE, habiendo fallecido a consecuencia de una descarga eléctrica, mal podría atribuirse a la parte demandada ninguna responsabilidad en el luctuoso suceso en el cual el único responsable es –lamentable es tener que decirlo– el propio fallecido. (Voto en disidencia del Dr. Riera Hunter)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Exoneración de responsabilidad.

En el caso en estudio, la persona fallecida ha violado la disposición de la Ley Orgánica de la ANDE contenida en el artículo 121, inc. “a”, ejecutando un

acto prohibido que, por ello mismo, tenía la obligación de omitir. Al tocar voluntariamente, sin autorización ni idoneidad especial, el cable de alta tensión caído a consecuencia de la tormenta maniobró o usó la cosa en contra de la voluntad del dueño o guardián (ANDE) enmarcándose tal conducta en la última parte del citado artículo 1847 del C.C. que exonera de culpa o de responsabilidad a la demandada. (Voto en disidencia del Dr. Riera Hunter)

Tapel. Civ. y com. Sala 1. 10-06-2011. “Carmen Fernandez Vda. de Benítez c. ANDE s. Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 34).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado Dr. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, Dr. MARCOS RIERA HUNTER y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: Los abogados Reinaldo Alderete y Matilde A. Fernández, en representación de la Sra. Carmen Fernández, han desistido del presente recurso, mientras que el Abogado Carlos Nelson Medina en representación de la A.N.D.E. no fundamentó el presente recurso. Por otra parte, no se observan vicios de forma o solemnidades que ameriten la declaración de nulidad de oficio de la sentencia recurrida, por lo que corresponde declarar desierto el presente recurso respecto de la Administración Nacional de Electricidad y asimismo, tener por desistido del recurso a la parte actora. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. MARCOS RIERA HUNTER Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ; manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: En la sentencia recurrida, el A-quo, dispuso: “...hacer lugar a la presente demanda que por indemnización de daños y perjuicios promueve Carmen Fernández Vda. de Benítez contra la A.N.D.E. (administración Nacional de Electricidad), dejando establecida la culpa concurrente del actor y la demandada por el hecho ocurrido en la proporción señalada

en el considerando de la presente resolución, y en consecuencia, condenar a la parte demandada a que dentro del diez días de quedar ejecutoriada la presente resolución pague al actor la suma de GUARANÍES NOVENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA (Gs.97.825.240). Imponer las costas en el orden causado...”.

Los Abogados Reinaldo Alderete y Matilde A. Fernández, en representación de la Sra. Carmen Fernández, se agravian contra la S.D. N° 203 de fecha 03 de abril de 2008, fundado en que la A-quo ha atribuido responsabilidad de la víctima en el acaecimiento del hecho dañoso. Entiende dicha parte que el Sr. Benítez ha fallecido como consecuencia del actuar negligente de la A.N.D.E., tanto para el mantenimiento de la redes de electricidad como asimismo en la reparación de la línea que ocasionara el fallecimiento del Sr. Benítez.

En tanto, la Administración Nacional de Electricidad, representada por el abogado Carlos Nelson Medina, se agravia contra la sentencia aludida, por cuanto establece un concurso de responsabilidades, tanto de la demandante como de su parte. Entiende que su parte no contribuyo con la muerte del Sr. Juan Benito Benítez, puesto que solo a raíz del actuar negligente de este, se produjo su deceso. También se agravia contra los montos asignados por la A-quo, puesto que entiende que se ha equivocado la jueza al asignar el monto correspondiente al salario mínimo para el cálculo de lucro cesante, dado que el mismo es agricultor y no percibe ese monto por su trabajo, sino que le correspondería el valor por hectárea asignado al tipo de cultivo que realizaba el Sr. Benítez, cual era de caña de azúcar, por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, multiplicado la cantidad de hectáreas del que es dueño, a más de la cantidad años que realizaría dicha plantación, cuyo resultado debe dividirse en dos, en razón de la culpa concurrente. Por igual motivo, el monto por daño moral asignado debe ser dividido en dos.

Analizadas las alegaciones de las partes como asimismo las constancias del expediente, se tiene que el objeto del presente recurso, se encuentra dado en el análisis de la responsabilidad de ambas partes en el acaecimiento del daño, dado que está aceptado por ambas partes el hecho dañoso, pero no la causa de la misma.

¿Que tipo de responsabilidad se le intenta imputar a la actora? La responsabilidad asignada a la A.N.D.E., es del tipo objetivo. Esta caracterización está dada en que se intenta responsabilizar a la referida demandada de un hecho

dañoso que fuera ocasionado por el tendido eléctrico de la cual es responsable la demandada por su montaje y mantenimiento, atendiendo a la posibilidad de que la cosa (tendido eléctrico) ocasione algún daño. Todo esto como consecuencia de la aplicación de la teoría del riesgo creado, que es aceptada por nuestra normativa.

Al respecto cabe señalar que están dados en el presente juicio, los presupuestos necesarios para el análisis del tipo de responsabilidad señalada (objetiva), fundado en que existe un hecho dañoso (muerte) y que el mismo fue producto por la cosa con potencialidad de dañar, es decir, el daño se ha realizado por medio de una cosa que tiene la propiedad de causar daño mediante su uso. El tendido eléctrico es propiedad de la demandada y estaba a su cargo mantenerlo en correcto estado, para impedir el daño a terceros.

La demandada, A.N.D.E., se sirve de una cosa con aptitud para dañar, puesto que la misma, como ya se dijo, es propietaria del tendido eléctrico (circunstancia que no es cuestionada en el expediente por ninguna de las partes) y que efectivamente, en la utilización, termino en el cabe concebir la reparación de la cosa, puede generar un daño, como efectivamente se produjo, cual es la muerte por electrocución, a raíz del contacto que tuvo la víctima con el tendido eléctrico que estaba averiado.

La culpa objetiva se encuentra dada para asignar el deber de resarcir para quien, con la cosa, que tenía el potencial de daño, produjo el menoscabo en algún sentido de la víctima.

El A-quo ha asignado responsabilidad a la demandada, fundado en el criterio objetivo, en el cual rige la simple causalidad material, y por ello se prescinde del análisis de la culpa de aquel que produce la intervención de una cosa con potencial de daño. Lo único que se verifica es el daño, la utilización de una cosa con posibilidad o capacidad para dañar y que el primero es consecuencia de la intervención de la cosa (daño por la cosa). Esta (la demandada) debe responder por el peligro que crea por los medios empleados (tendido eléctrico) para el desarrollo de su actividad.

La culpa objetiva tiene como causas de exoneración la fuerza mayor y la culpa exclusiva de la víctima. En el presente juicio no se ha alegado y mucho menos demostrado fuerza mayor, por lo que no podía ser considerada por la Jueza inferior. El otro extremo si fue estudiado por la Jueza en su resolución, y que podría eximir de responsabilidad a la parte demandada, se encuentra dado

en la posible culpa exclusiva de la víctima para el acaecimiento del hecho dañoso.

La Juzgadora señala, que la víctima ha contribuido con la ocurrencia del hecho, puesto que él habría tratado infructuosamente y con el resultado conocido, de reparar el tendido eléctrico averiado. La parte actora justifica la actuación de la víctima, en que si no lo hacía podía morir gente.

La eximición de responsabilidad estudiada se encuentra asentada en la exclusividad de la culpa, situación que no se da, puesto que la muerte no se dio por la sola intervención de la víctima, sino también por la omisión de la ANDE de mantener en buen estado los medios que emplea para cumplir su servicio. Por ello, bien hizo el A-quo en no eximir de responsabilidad a la demandada, fundado en la supuesta culpa de la víctima. Es lógico pensar que si el tendido eléctrico, se encontraba averiado y los cables sueltos, podía ocasionar un daño a cualquiera en cualquier momento.

Del análisis precedente, se puede concluir que, corresponde establecer la culpa concurrente, puesto que la A.N.D.E. tiene responsabilidad objetiva y la víctima ha realizado un acto que contribuyó, aunque no de forma exclusiva, a que se produzca el daño, por lo que se configura la culpa concurrente, tal cual se ha resuelto en la resolución apelada. Ahora bien, en esta concurrencia de culpa, las conductas no tienen igual trascendencia para el acaecimiento del hecho. El juzgamiento de la conducta de la demandada debe ser más riguroso y ello fundado en el especial cuidado que debía prestar la misma en atención a la peligrosidad de los bienes que están a su cargo, y por ello debe cargar con mayor culpa. La conducta del occiso no puede ser calificada con igual rigor dado que el mismo actuó por la premura que exigía la situación de cables sueltos y la omisión de la ANDE de acudir al llamado para repararlos. Los porcentajes de culpas deben ser diferentes y en dicho sentido se estima que la ANDE de cargar el con 80 por ciento mientras que la víctima con el restante 20 por ciento.

En cuanto a la estimación de los daños reclamados, se han reclamado lucro cesante y daño moral.

En lo que se refiere al lucro cesante, la Juzgadora ha establecido como parámetro, el sueldo mínimo. Como está demostrado, la víctima era agricultor, y no podía serle asignado el sueldo mínimo a dicho efecto sino un promedio de lo que ha dejado de percibir como ingreso. Se ha demostrado que el mismo tiene el usufructo de dos hectáreas y que en el mismo realiza plantaciones de caña

dulce. A los efectos de establecer el monto que percibiría la víctima, debe tomarse en cuenta el informe del Ministerio de agricultura obrante a fs. 170 de autos. En el mismo refiere la cantidad de toneladas que se pueden obtener por hectárea como asimismo señala los distintos montos que se pagan por tonelada. En lo que respecta la cantidad que se podría obtener, afirma que el promedio nacional es de 52 toneladas por hectárea, mientras que, en relación al precio, establece tres precios de los cuales se debe entresacar un promedio y que resulta el monto de 83.000 guaraníes la tonelada. Así las cosas, se tiene que el mismo cuenta con dos hectáreas, que podrían arrojar 52 toneladas cada una, y cuyo producido se podrían cotizar a 83.000 guaraníes la tonelada. Al resultado de multiplicar estos dos factores, debe agregarse otro factor, el cual es el tiempo que seguiría produciendo, considerando que veinte años es lo justo, dado que este sería el plazo estimado que la víctima podría seguir haciendo dichas labores. Entonces, multiplicando la suma de 83.000 por 104 toneladas (dos hectáreas) y a su vez por 20 años, arrojan el monto de guaraníes ciento setenta y dos millones seiscientos cuarenta mil (Gs.172.640.000). En lo que respecta al monto que hubiera percibido en razón de su trabajo como albañil, dicho extremo no ha sido demostrado.

En lo que hace al daño moral, su resarcimiento en dicho concepto según se tiene afirmado en votos anteriores, no requiere prueba fehaciente y se asienta en los dolores y padecimientos íntimos sufridos en este caso por la accionante, como consecuencia del hecho dañoso. En este caso es evidente que la actora ha sufrido un desmedro, perturbación y angustia espiritual a raíz de la muerte de su esposo.

Ahora bien, el problema se centra en la determinación del monto que debía ser asignado por el daño moral, dado que el mismo es de índole aleatorio y subjetivo. El desmedro existencial por pérdida sufrida deriva de la infracción a una obligación legal genérica de no dañar a otro, en este caso de ocasionar la muerte en un accidente. Aun así, y en este caso extremo, se hace difícil determinar una cantidad como consecuencia del daño espiritual y en sus afectos por la desaparición de un ser querido (esposo) que es inconmensurable. Como consecuencia de esto último, se ha venido realizando una práctica, equivocada, que es la de fijar el monto por daño moral en proporción de los bienes patrimoniales, pero ello no tiene posible sustento en razón de la diferencia entre una y otra forma.

El daño moral como se dijo, debe ser establecido de manera subjetiva, y en dicho sentido deben ser atendidos, tan solo el padecimiento emocional y espiritual, para que puedan ser compensados de alguna forma. No se pretende, en modo alguno cotizar al dolor, pero ante la lesión inferida a los sentimientos se recurre a la única forma posible de reparar sus efectos, que es la compensación monetaria.

Debe atenderse a los padecimientos sufridos por los familiares como consecuencia del hecho ilícito que ocasionara la muerte del esposo. Por todo esto se entiende que el monto impuesto por la A-quo es ínfimo, puesto que la pérdida del jefe de familia, en el dolor emocional que ocasiona, no puede ser equiparada al resarcimiento por daños materiales. Estos tienen independencia, es decir, son autónomos en cuanto su posibilidad de asignación.

En este caso, se considera que el monto asignado como daño moral debe estar conforme a lo solicitado por la propia actora, estableciendo en dicho concepto la suma de guaraníes sesenta y cinco millones (Gs. 65.000.000).

Al monto establecido como daños, debe ser aplicada la diferencia que existe entre los porcentajes de culpas. Es decir, al monto de guaraníes doscientos treinta y siete millones seiscientos cuarenta mil (Gs. 237.640.000), se le debe aplicar el ochenta por ciento (80 %) para lograr el monto que debe en concepto de indemnización la parte demandada que arroja la suma de guaraníes ciento noventa millones ciento doce mil (Gs. 190.112.000).

Es así que corresponde se confirme el primer apartado de la sentencia recurrida, modificándola en lo que respecta a la asignación de responsabilidades. ASÍ VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: La cuestión que se somete a la decisión del Tribunal radica en determinar si la ANDE, demandada en estos autos, tiene responsabilidad civil a consecuencia del fallecimiento del Sr. Juan Benito Benítez Cano, cónyuge de la parte accionante, cuyo deceso se produjo a causa de una descarga eléctrica proveniente de un cable de alta tensión que se había desprendido por la caída de una columna del tendido eléctrico provocada por una tormenta o vendaval.

A fin de precisar los extremos o elementos de juicio que se estiman relevantes para el estudio de la presente causa resulta necesario reproducir textualmente las expresiones consignadas en el escrito inicial de demanda. En el mismo se afirma que ante la caída de una de las columnas del tendido eléctrico, y

ante el peligro que implicaba el cable de alta tensión, los vecinos del lugar procuraron inicialmente obtener la intervención de la ANDE “para que se ocupe de reparar la caída y la reconexión del cable suelto del tendido eléctrico, pero en vista que ya la tarde del día avanzaba y el peligro aumentaba para los peatones, los vecinos del lugar resolvieron hacerse cargo de la emergencia y como en ese momento no había corriente eléctrica, rápidamente se organizaron dos grupos de trabajo, mientras en un grupo cavaba la fosa para colocar la columna, otro grupo se empeñaron en unir el cable suelto, ínterin en que vino la corriente eléctrica, siendo afectado por una descarga eléctrica a quien lideraba este grupo, específicamente a Juan Benito Benítez Cano, quien falleciera como consecuencia de la descarga eléctrica” (fs. 15).

Las afirmaciones contenidas en el escrito inicial de demanda resultan no solamente relevantes para la decisión de la causa, sino que, además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 302, segunda parte, del CPC, constituyen una confesión espontánea que hacen plena prueba en juicio. En efecto, si la propia parte actora reconoce, y lo hace expresamente, que la persona fallecida voluntariamente, es decir, movido sola y exclusivamente por su propia voluntad y sin que tenga la obligación de hacerlo, ha tomado contacto personal con cables de alta tensión que forman parte de las instalaciones eléctricas de propiedad de la ANDE, habiendo fallecido a consecuencia de una descarga eléctrica, mal podría atribuirse a la parte demandada ninguna responsabilidad en el luctuoso suceso en el cual el único responsable es –lamentable es tener que decirlo- el propio fallecido.

El artículo 123 de la ley Orgánica de la ANDE dispone textualmente que “ANDE y su personal no serán responsables por daños, perjuicios o accidentes causados por el contacto voluntario o accidental de personas, animales o cosas con los conductores de sus redes e instalaciones abastecedoras, a menos que se demuestre negligencia o malicia por parte del personal de la empresa”.

De acuerdo con la normativa de la ANDE el contacto que puede tener una persona con los conductores de sus redes e instalaciones eléctricas puede ser accidental, o voluntaria. En el primer caso, la ANDE no tiene responsabilidad, salvo que se acredite negligencia o malicia por parte del personal de dicha empresa del Estado, en cuyo caso podrá determinarse también, según las circunstancias, la responsabilidad única de ella o la culpa concurrente y, en este último supuesto, el porcentaje de distribución de dicha culpa concurrente.

En el segundo caso previsto en la ley, es decir, en el caso de contacto voluntario de la persona con las instalaciones de la ANDE, la empresa pública tampoco tiene responsabilidad precisamente porque el daño o perjuicio que pudiera sufrir el afectado sería provocado por él mismo. El concepto del “voluntario” se dice respecto “del acto que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extraña a aquella... Que se hace por espontanea voluntad y no por obligación o deber” (Diccionario de la Lengua Española –Real Academia Española, Vigésima Primera Edición). Ahora bien: la interrogante en este punto consiste en determinar si en el caso de contacto voluntario de la persona con instalaciones eléctricas de la ANDE pueden concurrir los elementos de “negligencia” y “malicia” por parte del personal de la ANDE al punto de que esta empresa pudiera tener responsabilidad civil por el daño eventualmente sufrido por aquella persona. La respuesta parece ser negativa. Si la persona ha tomado contacto con instalaciones eléctricas de la ANDE en forma voluntaria no podría atribuirse responsabilidad –al menos no razonablemente– a dicha empresa por el daño o perjuicio que pudiera sufrir aquella a consecuencia de dicho contacto voluntario. No se ve cómo podrían concurrir, en este segundo caso, los elementos de negligencia o de malicia de la ANDE hasta el punto, como se dijo, de que aunque el contacto con las instalaciones eléctricas de la persona sea voluntario (sin obligación, ni deber) igualmente la empresa pública pudiera ser responsable de resarcir daños o perjuicios derivados de tal contacto voluntario. Incluso, aún si tales elementos pudieran concurrir tampoco se podrían conceptuar (no razonablemente) como relevantes hasta el extremo de desplazar, postergar, disminuir, o neutralizar el elemento subjetivo de la voluntad de la persona que sufrió el daño perjuicio. Por ello, se concluye que los elementos de “negligencia” o de “malicia” previstos en el artículo 123 de la Ley Orgánica de la ANDE deben entenderse referidos primordialmente al caso del contacto accidental de la persona con las instalaciones eléctricas de la ANDE, pero no al caso del contacto voluntario de dicha persona con tales instalaciones eléctricas.

Como en este caso particular, conforme reconocimiento expreso de la accionante (confesión espontánea) la persona fallecida ha tomado contacto voluntario con las instalaciones eléctricas de propiedad de la ANDE, produciéndose su deceso a consecuencia de ello, la ANDE carece, en la especie, de responsabilidad civil alguna.

El criterio que ha sido sostenido se mantiene igualmente a la luz de la norma contenida en el artículo 1847 del C.C. que establece que “...cuando el

daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo eximirá total o parcialmente de responsabilidad (el dueño o guardián) acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”. En el caso, conforme los fundamentos que ya han sido explicitados, debe atribuirse la culpa con exclusividad a la víctima, es decir, a la persona fallecida quien, se reitera, voluntariamente ha tomado contacto con las instalaciones eléctricas de la ANDE que le provocaron su deceso.

Por lo demás, este criterio resulta senciblemente robustecido si se tiene en cuenta que el art. 1847, del C.C., en su parte final, dispone que “el propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta”, norma que concuerda por completo con la contenida en el artículo 121, inc. “a”, de la Ley Orgánica de la ANDE, en virtud de la cual “...queda prohibido a terceros a) cualquier acción, intervención o maniobra no autorizada en las instalaciones abastecedoras de la ANDE”. Es decir, la ley prohíbe expresamente que terceras personas puedan tomar contacto con las instalaciones eléctricas para ejecutar cualquier acción, intervención o maniobras no autorizadas. Los usuarios, o terceras personas, pueden manipular ciertas instalaciones (accionar ciertas y determinadas llaves para el encendido o el apagado de la luz en los locales destinados a vivienda o trabajo), pero no pueden (se les prohíbe) la ejecución de otras manipulaciones o maniobras no autorizadas, y no resulta discutible afirmar que tomar contacto con un cable de alta tensión que ha caído a consecuencia de una tormenta constituye, sin duda, no solamente una maniobra no autorizada o prohibida, sino, incluso, imprudente. En el caso en estudio, la persona fallecida ha violado la disposición de la Ley Orgánica de la ANDE contenida en el artículo 121, inc. “a”, ejecutando un acto prohibido que, por ello mismo, tenía la obligación de omitir. Al tocar voluntariamente, sin autorización ni idoneidad especial, el cable de alta tensión caído a consecuencia de la tormenta maniobró o usó la cosa en contra de la voluntad del dueño o guardián (ANDE) enmarcándose tal conducta en la última parte del citado artículo 1847 del C.C. que exonera de culpa o de responsabilidad a la demandada.

En consecuencia, por los fundamentos que han sido expresados, corresponde que el Tribunal revoque, con costas, la sentencia apelada (que hace lugar a la acción resarcitoria y condena a la demandada a abonar a la actora suma de dinero en concepto de daños y perjuicios) por no hallarse la misma ajustada a Derecho. ASÍ VOTO.

A SU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en el esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE: TENER POR DESISTIDO a la parte actora del recurso de nulidad interpuesto. CONFIRMAR el apartado primero de la resolución en cuanto hace lugar a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios promueve Carmen Fernández Vda. de Benítez contra la A.N.D.E. (administración Nacional de Electricidad), modificando el porcentaje de establecido para graduar la culpa concurrente dejándolo establecido fijado en un 80 % a cargo de la Administración Nacional De Electricidad A.N.D.E. y un 20% a cargo de la parte actora, quedando establecido en la suma de Gs. 190.112.000 el monto a abonar en concepto de daños y perjuicios y daño moral respectivamente, conforme a lo establecido en el exordio de la presente resolución. COSTAS en el orden causado en ambas instancias. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Nuñez Gonzalez y Marcos Riera Hunter.

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 44

Cuestión debatida: El fundamento esencial de la presente demanda es la promoción de una demanda por indemnización de daño moral como consecuencia de una querrela criminal por parte del Banco contra la actora y de la cual esta saliera finalmente sobreseída.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Los requisitos que, inexcusablemente, deben existir para que cualquier demanda sobre indemnización prospere, son: a) antijuricidad, que es el compor-

tamiento o conducta en contradicción con el ordenamiento jurídico, b) imputabilidad, que es la posibilidad de atribuir la antijuricidad a una persona determinada, siendo claro que esta imputación puede ser física u objetiva, o jurídica o subjetiva, c) dañosidad, que es el menoscabo -material o moral-, que se produce en forma directa por el mal hecho a la persona, a sus derechos o facultades, o en forma indirecta por el mal hecho en las cosas de su dominio o posesión, siendo siempre, pasible de apreciación económica, y d) causalidad, que es la relación entre la conducta antijurídica, y las consecuencias dañosas.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la acción penal.

Si bien es cierto que el sobreseimiento del imputado en sede penal constituye un elemento esencial constitutivo del derecho a ser indemnizado, también es verdad que, la sola existencia de una decisión judicial que absuelva o sobresea al imputado no es suficiente para que éste pueda reclamar al denunciante daños y perjuicios.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la acción penal. SOBRESEIMIENTO. Sobreseimiento definitivo.

La pretensión resarcitoria como consecuencia del sobreseimiento del imputado en sede penal, exige determinar el carácter calumnioso de la acusación o denuncia, fuere porque el denunciante sabía que el imputado era inocente (dolo), fuere porque radicó una denuncia negligente, precipitada o imprudente (culpa). Se conjugan los factores de atribución –el dolo o la culpa– con la causa del daño que se atribuye al responsable.

CALUMNIA. FALSA DENUNCIA

No procede atribuir carácter falso o calumnioso a la denuncia o querrela si el querellante o denunciante, en su caso, abrigaban y tenían suficientes y fundados motivos para estimar como verosímil la imputación o lógica la sospecha, o si obraron en defensa de un interés perjudicado y sin saber la falsedad de la imputación.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la acción penal.

Sostener que, para viabilizar la existencia de un daño y su consecuente reparación patrimonial, habrá que demostrar el dolo en la promoción de la querrela penal, es decir, el conocimiento de la inocencia de la parte querrelada en el hecho imputado, y la radicación de dicha acción, a pesar de tal situación conocida.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil.

No se puede exigir a las víctimas de delitos que formulen la acusación munidas de pruebas incontestables que no dejen dudas sobre la autoría, pues ello llevaría al extremo de imponerles la carga policial de investigación exhaustiva (previa) de los delitos para no errar respecto de la manifestación que formula ante la autoridad, concluyendo que, no toda denuncia de delitos es apta para generar responsabilidad civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Hechos ilícitos.

No puede considerarse ilícito la publicación en un diario de gran publicación el carácter de buscada de la imputada, desde el momento que se trata de la exteriorización de una orden judicial de carácter público, ante la rebeldía y no presentación de la denunciada a la audiencia de declaración indagatoria o a ponerse a disposición del órgano jurisdiccional que la ha citado

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la acción penal. QUERELLA. Responsabilidad en la querella.

“No toda querella perdida engendra responsabilidad civil para el querellante pues a tal fin se debe demostrar intención de dañar por parte del querellante y que este conoció la falsedad de los hechos que se acusan al querellado. Es improcedente la demanda mediante la cual la actora pretende ser resarcida por los daños que considera le causó la querella penal promovida en su contra por la accionada y de la que resultó absuelta, ya que, nada se demostró con relación al carácter malicioso de dicha querella. Es nula por arbitraria la sentencia que condenó a la demandada a indemnizar a la actora por el daño sufrido por esta ante querella de la cual resultó absuelta, en tanto dicha condena fue dictada sin tener en cuenta el tribunal la más mínima prueba de la responsabilidad de la demandada, que haga surgir la consecuente obligación de resarcir...”

QUERELLA. Responsabilidad en la querella. BANCO.

“...A partir de la falta de elementos de pruebas, no se estima mal intencionado o temerario la acción entablada por el Banco accionado, desde que colige que se trató de una cuestión por demás opinable. La responsabilidad Civil de los querellantes no puede tener lugar por el hecho de que la acción haya sido rechazada pues la Ley admite la responsabilidad objetiva cuando la acusación ha sido calumniosa y obedeció a una conducta culpable, en otras palabras, el accionar debe obedecer a un actuar temerario o malintencionado.”(Ac. y sent. N° 1286/2007 CSJ)

Tapel. Civ. y com. Sala 1. 14-07-2011. “María Eugenia Pérez de Menchaca

c. Banco Continental s. Indemnización de daño moral” (Ac. y Sent. N° 44)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, GERARDO BÁEZ MAIOLA y VALENTINA NÚÑEZ GONZALEZ

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: El Abogado José Fernando Casañas Levi, bajo patrocinio del Abogado Alvaro Arias Ayala se presenta a expresar agravios y fundar los recursos planteados, pero no lo ha hecho en forma separada y específica para el recurso de nulidad, sino que lo ha hecho en forma promiscua sin cumplir la exigencia procesal requerida. Sostiene y fundamenta breve y sucintamente el recurso de nulidad en que el A-quo ha expuesto un razonamiento que denota que no comprendió la esencia del conflicto, lo que impide que pueda concluir sobre la existencia de daños generados por la parte demandada. Cuestionamientos como los formulados en los párrafos precedentes pueden ser estudiados al tratar el recurso de apelación, también deducido.

Por otra parte, no advirtiéndose vicios o defectos formales en el fallo recurrido que pudieran obligar al Tribunal a declarar de oficio la nulidad, corresponde desestimar el recurso de nulidad planteado por la parte recurrente. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS GERARDO BÁEZ MAIOLA Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: El representante convencional de la recurrente, al fundar este recurso y expresar sus agravios, asegura que la acción penal instaurada por la parte demandada generó serios daños a su mandante. Sostiene que, la parte accionada jamás probó la responsabilidad de su representada y que, la querrela se constituyó en un acto ilícito, contrario al ordenamiento jurídico. Destaca la actitud negligente, imprudente del Banco

demandado cuando impulsa la querrela contra su representada, sin ostentar una prueba categórica que la sindique como responsable, cuestionando que en todo el proceso penal tampoco se aportaron pruebas en tal sentido. Explica que el Banco accionado omitió comunicar que el daño había sido reparado por otro procesado, razón que permitía la desvinculación de su mandante, y que para más, también se opuso al pedido de sobreseimiento, evitando que su representada sea desvinculada. Indica que la conducta del Banco, implicó un riesgo (procesar a una persona, privarla de su libertad, exponerla al escarnio público) generando daños concretos. Dice que su mandante no solo tuvo que suspender su actividad comercial, sino que incluso tuvo que abandonar el país. Solicita que la sentencia sea revocada, condenando al Banco demandado a responder por los daños ocasionados hasta la suma reclamada en la demanda.

Que, la parte accionada, mediante su representante el abogado Pío Galeano, al tiempo de contestar los agravios, solicitó la confirmación plena de la sentencia recurrida. Aclara que el Banco demandado no hizo otra cosa que recurrir a la Justicia, a denunciar hechos que consideró ilícitos y que debían ser objeto de investigación y castigo, resaltando que en el proceso penal nunca fueron desvirtuados ni declarados inexistentes, refiriendo que el sobreseimiento de la demandante solo se dio por cuestiones procesales. Indica que la actora estuvo prófuga de la justicia por más de 10 años, ya que no compareció a la citación para prestar declaración indagatoria. Afirma que, la querrela no fue calificada de calumniosa, injuriosa o falsa por ningún órgano jurisdiccional. Sostiene que el acto de querrellar no puede considerarse ilícito y que el banco de manera responsable recurrió a la justicia ante un daño patrimonial importante. Considera un absurdo encuadrar la controversia como responsabilidad objetiva o riesgo creado, ya que no se dan sus presupuestos. Asevera que, lo expuesto por el A-quo se vincula con la realidad procesal del juicio, y la aplicación de las normativas pertinentes, sin dejar de mencionar tanto la doctrina y jurisprudencia dominantes, en cuanto a una demanda civil de daños fundada en el rechazo de una querrela. Ratifica y confirma su posición de que la instauración de una querrela no es un acto ilícito, por lo que al encontrarse la sentencia en revisión acorde a derecho, debe confirmarse en estricta justicia.

Que, al estudiar las constancias de autos y verificar los términos en que fue trabada la litis, tenemos que la señora María Eugenia Pérez de Menchaca reclama indemnización al BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A., por los daños y

perjuicios generados como consecuencia de la querrela criminal instaurada por el Banco demandado, de la que saliera sobreseída. Explica que el banco demandado inicio la querrela en su contra en el año 1996, sin que durante la tramitación del mencionado proceso se pueda probar la autoría o complicidad en la comisión de los hechos punibles denunciados. Sostiene y afirma que, el Banco sindicó a la actora como delincuente en la querrela que promovió. Considera que la apelación interpuesta por el Banco contra la resolución que determinó su sobreseimiento definitivo recaído, recién en el año 2006, patentiza la posición que este asumió con respecto a su persona. Refiere haber sido privada de su libertad por cinco días. Reclama en concepto de indemnización por los daños materiales y morales sufridos la cantidad de dólares americanos seis millones ciento ochenta y cuatro mil novecientos ochenta, con ochenta centavos (U\$S. 6.184.980,80).

Que, en las condiciones y términos en que se ha trabado la litis y que se han expuesto resumidamente en el párrafo anterior, corresponde en primer término, examinar la existencia de la eventual obligación de reparación por parte del demandado, BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A., a la actora señora María Eugenia Pérez de Menchaca.

Que, los requisitos que, inexcusablemente, deben existir para que cualquier demanda sobre indemnización prospere, son: a) antijuricidad, que es el comportamiento o conducta en contradicción con el ordenamiento jurídico, b) imputabilidad, que es la posibilidad de atribuir la antijuricidad a una persona determinada, siendo claro que esta imputación puede ser física u objetiva, o jurídica o subjetiva, c) dañosidad, que es el menoscabo –material o moral–, que se produce en forma directa por el mal hecho a la persona, a sus derechos o facultades, o en forma indirecta por el mal hecho en las cosas de su dominio o posesión, siendo siempre, pasible de apreciación económica, y d) causalidad, que es la relación entre la conducta antijurídica, y las consecuencias dañosas.

Iterando, como ya fue referido líneas arriba, el fundamento esencial de la presente demanda es la promoción de una querrela criminal por parte del BANCO CONTINENTAL S.A.E.C.A. contra la señora MARÍA EUGENIA PÉREZ DE MENCHACA y de la cual saliera finalmente sobreseída.

En tal sentido, corresponde revisar si la promoción de dicha querrela iniciada a instancias del BANCO CONTINENTAL S.A. fue o no un acto ilícito conforme a las normas legales.

Cabe señalar que, sin lugar a dudas, demandar daños y perjuicios como derivación de una acción penal rechazada no es un aspecto nuevo en el Derecho de Responsabilidad Civil.

Que, en tal sentido debe mencionarse que, si bien es cierto que el sobreseimiento del imputado en sede penal constituye un elemento esencial constitutivo del derecho a ser indemnizado, también es verdad que, la sola existencia de una decisión judicial que absuelva o sobresea al imputado no es suficiente para que éste pueda reclamar al denunciante daños y perjuicios. La pretensión resarcitoria exige determinar el carácter calumnioso de la acusación o denuncia, fuere porque el denunciante sabía que el imputado era inocente (dolo), fuere porque radicó una denuncia negligente, precipitada o imprudente (culpa). Se conjugan los factores de atribución –el dolo o la culpa– con la causa del daño que se atribuye al responsable.

Que, básicamente, la reparación de los perjuicios derivados de una denuncia sólo procede cuando quien la efectuó ha obrado con malicia, temeridad o, por lo menos, con ligereza culpable. El acusado puede perfectamente ser absuelto y sin embargo, no haber incurrido el querellante o denunciante, en el delito de acusación calumniosa ni contraer responsabilidad civil, cuando la forma en que se presenten los hechos que dan margen a la querrela, realmente autorizaban la opinión de la existencia del delito. De no acreditarse las violaciones legales denunciadas ni el absurdo alegado, deberá rechazarse la pretensión indemnizatoria.

Que, no es ocioso mencionar o señalar que, en lo que respecta a la persecución de los hechos punibles, subyace el interés de la sociedad, la que se encuentra directamente interesada en la investigación y represión de los delitos penales. Por lo tanto, para que el mecanismo reparador previsto en la ley civil pueda ponerse en marcha, es menester que el denunciante o querellante actúe con total desaprensión, en forma temeraria e imprudente, entendiéndose que debe responder por el daño causado cuando formula una pretensión que carece de toda probabilidad de que sea acogida.

Que, el análisis de los antecedentes del caso, revelan que el Banco promovió una querrela criminal contra la señora María Eugenia Pérez de Menchaca al considerarse dañado por la ejecución de préstamos millonarios a empresas administradas por la accionante, que determinaron pagos con documentos robados y falsificados, y en definitiva en la imposibilidad de recuperación de su capital.

Que, en ese orden de cosas es fundamental determinar, si la parte demandada ha actuado o no con temeridad o si ha sido responsable de entablar querrela que pudiera dar lugar a responsabilidad de resarcir daños.

Que, en efecto, y en tal sentido, en supuestos como el que nos ocupa, una autorizada doctrina establece que no procede atribuir carácter falso o calumnioso a la denuncia o querrela si el querellante o denunciante, en su caso, abrigaban y tenían suficientes y fundados motivos para estimar como verosímil la imputación o lógica la sospecha, o si obraron en defensa de un interés perjudicado y sin saber la falsedad de la imputación. Se establece y se sostiene doctrinariamente: “La falsedad de la imputación debe referirse, para que exista calumnia o acusación calumniosa, a los hechos en sí, y no a la calificación legal de los hechos... Salvo burda equivocación. (ROBERTO PECACH, “Responsabilidad Civil por denuncias o querellas precipitadas e imprudentes” (J.A., 65, pp. 110 ss, en nota). En dicha obra se enumeran los requisitos a conjugar para que pueda hablarse de acusación calumniosa: a) Que se haya acreditado la inocencia del acusado, por la correspondiente absolución o sobreseimiento definitivo; b) Que haya existido dolo, malicia o intención de dañar, en el denunciante o querellante; c) Que el denunciante o querellante haya conocido la falsedad de los hechos de que acusaron e imputaron” (PECACH, op. cit., pp. 113-114). Por otra parte, los Tribunales han establecido como presupuestos indispensables de la calumnia: la imputación de un delito de acción penal pública, la falsedad de la imputación y el conocimiento de la falsedad (ver, La Ley, 15-281; La Ley, 44-711; D.J., VI-145. De igual modo y en el mismo sentido, la jurisprudencia extranjera señala: “... en la demanda calumniosa no basta la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, se requiere además, que el imputante, esté consciente de esa falsedad, elemento subjetivo indispensable para cohonestar la incriminación legal con la colaboración popular requerida por el Estado en defensa de la sociedad, y en pro de una más eficaz administración de Justicia; como en este caso el interés protegido no es solo el honor de las personas, sino la administración de justicia; si la sola falsedad objetiva fuera suficiente para condenar al que denuncia la comisión de un crimen, muy difícilmente, nadie se atrevería a hacerlo y la justicia debería prescindir de éste útil auxilio...” (J.A., 1952-III, p. 259).

A la luz de las opiniones doctrinarias expuestas, se puede concluir y sostener que, para viabilizar la existencia de un daño y su consecuente reparación

patrimonial, habrá que demostrar el dolo en la promoción de la querrela penal, es decir, el conocimiento de la inocencia de la parte querellada en el hecho imputado, y la radicación de dicha acción, a pesar de tal situación conocida.

Que, en ese conjunto de ideas, este Conjuez es de criterio que el Banco demandado ha actuado motivado por la existencia de un daño patrimonial de su persona (jurídica), ante la presencia de determinados hechos apreciados en la conducta de la demandante, que le hicieron suponer, con suficiente verosimilitud, encontrarse ante un ilícito penal que, constitucionalmente, al banco y a cualquier otra persona se le exige denuncie para su averiguación y posterior castigo. Que, esta situación permite suponer de manera indiscutible que la demandada no ha actuado de manera dolosa, sino, se itera, en defensa de sus intereses patrimoniales, y al amparo de un derecho constitucional que la asiste, a fin de precautelar tales bienes, por lo cual se puede concluir que, en el juicio respectivo no existe dolo en el actuar, ni precipitación o imprudencia, al contrario se advierte que la denuncia se ha realizado ante la seriedad y verosimilitud de la supuesta actuación ilícita de la hoy actora. Por ello, no se puede exigir a las víctimas de delitos que formulen la acusación munidas de pruebas incontestables que no dejen dudas sobre la autoría, pues ello llevaría al extremo de imponerles la carga policial de investigación exhaustiva (previa) de los delitos para no errar respecto de la manifestación que formula ante la autoridad, concluyendo que, no toda denuncia de delitos es apta para generar responsabilidad civil.

Que, del análisis de las razones y fundamentos de hechos y de derecho expuestos a lo largo de este exordio se puede sostener que, el actuar del BANCO CONTINENTAL S.A. no se halla circunscripto dentro de un hecho ilícito doloso, ni culposo, ya en ámbito penal y/o civil, por lo cual corresponde confirmar la sentencia, ante la falta de responsabilidad objetiva y subjetiva de la parte accionada.

Que, antes de terminar, merece una especial mención la cuestión relativa a la publicación en un diario de gran circulación del carácter de buscada que ostentaba la actora. Al respecto, no puede considerarse ilícito tal actuar desde que se trata de la exteriorización de una orden judicial de carácter público, ante la rebeldía y no presentación de la denunciada a la audiencia de declaración indagatoria o a ponerse a disposición del órgano jurisdiccional que la ha citado.

Que, es importante también establecer que las pruebas rendidas no son reveladoras, en forma alguna, de una conducta ilícita por parte del Banco de-

mandado. Es más, ni siquiera han sido probadas en autos ninguna de éstas situaciones o daños en forma conducente, correcta y adecuada como corresponde, amén de la falta total y absoluta de la relación de causalidad entre el Banco y tales situaciones físicas, psicológicas, morales y aun espirituales, por lo cual de igual modo deben ser rechazadas como indicadores de una conducta ilícita del demandado en autos.

La Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia de nuestro País, ha sostenido en forma concluyente en una parte del exordio del Ac. y Sentencia N° 626 del 04/08/2005, Antonio Fretes, José Altamirano y Víctor Núñez: "...No toda querrela perdida engendra responsabilidad civil para el querellante pues a tal fin se debe demostrar intención de dañar por parte del querellante y que este conoció la falsedad de los hechos que se acusan al querellado. Es improcedente la demanda mediante la cual la actora pretende ser resarcida por los daños que considera le causó la querrela penal promovida en su contra por la accionada y de la que resultó absuelta, ya que, nada se demostró con relación al carácter malicioso de dicha querrela. Es nula por arbitraria la sentencia que condenó a la demandada a indemnizar a la actora por el daño sufrido por esta ante querrela de la cual resultó absuelta, en tanto dicha condena fue dictada sin tener en cuenta el tribunal la más mínima prueba de la responsabilidad de la demandada, que haga surgir la consecuente obligación de resarcir..." .

Que, avalan también las conclusiones a que arriba este Conjuez, lo expuesto y resuelto, en un extenso fallo, por la EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL y COMERCIAL, en el Ac. y Sent. N° 1286 (bis) del 3 de diciembre de 2007. Del mismo este Magistrado se permite transcribir algunos párrafos, que coinciden, plenamente, con el criterio y sentido sostenidos como fundamentos del presente voto y que llevan a la conclusión que la demanda de indemnización de daños y perjuicios debe ser rechazada dado que, tal como también lo expresó la Sala Constitucional en el trozo del fallo transcripto precedentemente, expresó la improcedencia de la demanda basada en los supuestos daños reclamados por el afectado a consecuencia de la querrela penal, aunque haya resultado absuelta, si no se imputó como maliciosa dicha acusación, por lo que no puede derivar de ella responsabilidad atribuible al Banco Continental.

El Excmo. señor Ministro Cesar Antonio Garay, en el fallo citado más arriba, en un párrafo transcribe la opinión del Inferior que dice: "En primer

lugar, diremos que la promoción de una querrela, evidentemente no se halla prohibida por la Ley ni alguna otra disposición, no siendo ello un hecho ilícito. Esto es casi una obviedad que podríamos haberla omitido.....”. También hace otra cita doctrinaria diciendo:”No le va en zaga esta enseñanza: “La inocencia del imputado debe surgir de una resolución judicial; de ahí que la absolución o sobreseimiento del imputado sea un elemento esencial constitutivo del derecho a ser indemnizado, y cuando radica en lo calumnioso o injurioso de una denuncia previa requiere tal reconocimiento en la misma jurisdicción penal; tanto es así que si estas resoluciones faltasen, no habría posibilidad de plantearse la cuestión en sede Civil.” (Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Kemelmajer de Carlucci, tomo V, página 257).

No resulta ocioso, transcribir un párrafo del voto de la Excm. Ministra Doctora Alicia Pucheta de Correa al fundar su voto en fallo previamente individualizado más arriba: “...A partir de la falta de elementos de pruebas, no se estima mal intencionado o temerario la acción entablada por el Banco accionado, desde que colige que se trató de una cuestión por demás opinable. La responsabilidad Civil de los querellantes no puede tener lugar por el hecho de que la acción haya sido rechazada pues la Ley admite la responsabilidad objetiva cuando la acusación ha sido calumniosa y obedeció a una conducta culpable, en otras palabras, el accionar debe obedecer a un actuar temerario o malintencionado.” “A mayor abundamiento, dado que la actora no ha probado una gestión malévo-la o temeraria en la gestión penal, promovida por el Banco accionado, corresponde rechazar la demanda.”

Finalmente, se puede afirmar que sobre la cuestión traída a estudio, la actora en este juicio, no pudo demostrar el carácter temerario de la querrela que se le fuera instaurada, de acuerdo a las constancias de autos y de documentación obrante en los mismos, no surge dolo, temeridad y falsedad en la querrela planteada contra la actora.

Por lo expuesto, corresponde confirmar el fallo apelado, por hallarse el mismo ajustado a derecho.

Que, en cuanto a las costas, deben ser abonadas por la perdidosa, de conformidad al principio establecido en el art. 203 del CPC. ASÍ VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS GERARDO BÁEZ MAIOLA Y VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ: Manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos, por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE: DESESTIMAR el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la S.D. N° 91 del 24 de febrero de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno.

IMPONER las costas a la parte vencida.

ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Valentina Núñez González, oscar Augusto Paiva Valdovinos y Gerardo Báez Maiola.

Ante mí: Abg. Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 24

Cuestión debatida: La cuestión a ser dilucidada se basa en el derecho existente o no de la actora a cobrar las mejoras introducidas en el inmueble que poseyera, o que, la misma no tiene derecho alguno a ser resarcida por ser, su antigua posesión, ilegítima y su ejercicio era de mala fe.

POSESIÓN. Poseedor de buena o mala fe. MEJORAS.

La posesión se pierde –siendo aún de buena fe– por actos contrarios ejercitados por el poseedor o por actos de interrupción ejercitados en contra del poseedor. Es así, que en el Derecho Civil la buena fe en la posesión se presume y la mala fe en su ejercicio debe ser declarada, tal como lo determina el Art. 1919 del Código Civil Paraguayo y su consecuencia prevista en los Art. 1984, 2422, 2431 y concordantes del mismo cuerpo legal.

PRESUNCIONES. MEJORAS.

El silencio parcial del demandado configura una presunción simple, cuya existencia queda librada a la apreciación que el juez realice en cada caso sobre la base de la conducta observada por las partes en el transcurso del proceso y de los elementos de convicción que éste ofrezca.

MEJORAS.

La regulación de nuestro Código Civil en cuanto el derecho al crédito por mejoras se encuentra contenida en cuatro artículos: 1984, 1986, 2422 y 2431. Sin embargo, estos artículos no se complementan de modo uniforme y congruente entre sí.

MEJORAS. DAÑOS Y PERJUICIOS.

Los factores a ser examinados para determinar la cuantía y existencia del derecho a obtener la indemnización por mejoras son: a) La buena o mala fe del edificante; b) El tiempo en que ellas se hicieron, es decir, si se efectuaron antes o después de la promoción de la demanda; c) El tipo de mejoras que se realizan; esto es: necesarias, útiles o suntuarias.

POSESIÓN. Poseedor de buena o de mala fe.

En el caso, la parte actora en su breve escrito de promoción de demanda no hizo referencia alguna al título en virtud del cual poseía el inmueble en cuestión. Sin embargo, de los artículos transcritos *supra* se advierte que en el derecho civil la buena fe en la posesión se presume, así pues, al no existir, en el juicio de usucapión traído a prueba en estos autos, declaración expresa de la mala fe de la posesión que la actora ejercía sobre el inmueble objeto del presente juicio, se debe presumir su buena fe

MEJORAS.

En el caso se advierte que no es posible determinar exactamente el momento en el que fueron realizadas las mejoras, sin embargo, teniendo en cuenta la fecha de la presente demanda, según consta en el cargo obrante al pie del escrito de promoción se debe decir que las mejoras en cuestión fueron realizadas antes de la promoción de la presente demanda.

MEJORAS.

En el caso ninguna de las partes ha aportado material probatorio suficiente para determinar el valor exacto de las mejoras realizadas, por ello, ante la negligencia procesal de las partes, corresponde establecer como monto de las mejoras realizadas –construcción de la casa-, el valor fiscal de lo edificado establecido en el recibo de pago de impuesto inmobiliario del en que se inició la demanda.

Tapel. Civ. y com. Sala 3. 31-03-2011. “Eduarda Espinola de Zarza c. Mario Macorito s. Retención de Inmueble” (Ac. y Sent..Nº 24)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme

Practicando el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: VILLALBA FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ PRIETO Y BÁEZ MAIOLA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: Al no haberse fundado el recurso de nulidad interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por el recurrente en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DEL DR. MARTÍNEZ PRIETO, dijo: NULIDAD: El recurrente no ha fundado el presente recurso, y no advirtiéndose en la sentencia recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, debe declararse desierto el presente recurso.-

A SU TURNO EL DR. BÁEZ MAIOLA, MANIFIESTA: Que se adhiere al voto precedente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: Por la Sentencia apelada N° 400 de fecha 04 de junio de 2.008 el a quo resolvió: “HACER LUGAR a la demanda que por cobro de mejoras promueve la señora EDUARDA ESPÍNOLA DE ZARZA contra el señor MARIO MACORITTO K. y en consecuencia, condenar al demandado a pagar a la actora la suma de GUARANIES SETENTA MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA (Gs. 70.878.330), en el plazo de diez días. IMPONER las costas a la parte perdedora. ANOTAR...” (fs. 89/90).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs 97/100, manifestando, en sus partes principales, que: “...la sentencia recurrida adolece de una parcialidad indisimulada y resuelve la litis a favor de la actora sin que la misma tenga derecho...esta representación había expuesto en forma concreta y expresa que la actora no tenía derecho alguno que reclamar en concepto de mejoras porque la posesión que la misma tenía era de mala fe...Para probar este extremo arrime compulsas del expediente caratulado: “Eduardo Espínola de Zarza c/ Mario Macorrito s/

usucapión”, en la que mi representado había triunfado...el a quo hace lugar a la demanda que reclama algo generado por un acto ilícito...ya que igualmente construye un juicio sobre supuestos inexistentes y si existieran serian absolutamente incapaces de conducir a la prueba de lo alegado...Independientemente de que no existe ninguna prueba del hecho afirmado por el a quo, se halla probado en estos autos que por las mejoras, que se dicen existían, se le ha abonado totalmente a la actora...Así, leyendo el contenido de la Escritura Pública N° 92. “...Por su parte Doña Eduarda Espínola de Zarza, transfiere todas las mejoras existente en el inmueble objeto del juicio mencionado a favor del señor Dimas Antonio Redondo...”...corroborándose plenamente que ésta no tiene mejora alguna en el inmueble de la que fue desalojada...Tampoco es procedente que en una demanda por pago de mejoras se reclame devolución de los gastos supuestamente efectuados por la actora...tales gastos no le han beneficiado a mi mandante y fueron realizados sin su autorización...toda vez que los instrumentos arrimados no hacen fe en juicio, no fueron reconocidos por el demandado ni se le corrió traslado...”. Culmina su argumentación solicitando la revocación de la sentencia recurrida y protestando costas.

A fs. 111/114 se presenta el abogado Alberto Arce a contestar el escrito de expresión de agravios del apelante, manifestando que:...en el considerando de la S.D. perfectamente demuestra que el momento de contestar el demandado la acción interpuesta, no negó en forma expresa, el argumento de la parte actora referente a la construcción de la casa. Limitándose exclusivamente a manifestar que la suma solicitada es exagerada y que no se acreditó la inversión de la misma e inclusive reconoció el monto de guaraníes cinco millones, sobre pago de impuestos y pavimento...de todo esto se deduce que el señor Mario Macoritto en aquel entonces reconoció que las mejoras existentes fueron construidas por la actora...Que, ha sido demostrado fehacientemente que la señora Eduarda Espínola Vda. de Zarza, con el correr del tiempo ha realizado toda la construcción que le servía de vivienda junto a su familia...”. Termina su contestación solicitando la confirmación de la resolución apelada.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis de la pretensión de la parte actora, al momento de promover su acción. Es así, que la misma pretende el cobro de las mejoras introducidas en el inmueble Individualizado como Finca N° 1533 del Distrito de Fernando de la Mora. Cabe observar que esta pretensión tiene su causa en el

juicios de usucapión promovido por la misma parte actora y que le fuera adverso en la sentencia dictada y confirmada por la Excma. Corte Suprema de Justicia, consecuentemente, su ejecución con el desalojo correspondiente.

Al momento de contestar la demanda, la contraria, ha cuestionado el monto pretendido por la demandante, en razón, que la posesión que tuviera la actora deviene del ejercicio ilegítimo de la posesión y es de mala fe.

Así entonces se colige, que la cuestión a ser dilucidada se basa en el derecho existente o no de la actora a cobrar las mejoras introducidas en el inmueble que poseyera, o que, la misma no tiene derecho alguno a ser resarcida por ser, su antigua posesión, ilegítima y su ejercicio era de mala fe.

Previo al tratamiento de la cuestión de fondo, se advierte que la parte demandada en su escrito de contestación de la demanda no ha negado expresamente el hecho ni el derecho alegado por la accionante. En ese sentido, el Art. 235 inc. a) del Código Procesal Civil dispone que: *“reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas, telegramas e instrumentos a él dirigidos, cuyas copias se hubieren acompañado. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general, podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren...”* y refuerza la doctrina lo dictado por la ley, diciendo que: *“La contestación a la demanda es el acto mediante el cual el demandado alega todas las excepciones y defensas que intenta hacer valer contra la pretensión procesal. Cualquiera que sea el tipo de proceso de que se trate, dicho acto reviste importancia fundamental por cuanto determina definitivamente los hechos sobre los cuales deberá producirse la prueba y delimita, asimismo, el thema decidendum, pues la sentencia definitiva sólo puede versar sobre las cuestiones planteadas por ambas partes. De allí la afirmación corriente de que con la contestación a la demanda queda integrada la llamada relación jurídica procesal.”* (Lino Enrique Palacio, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Decimoséptima Edición Actualizada, Edit. Abeledo-Perrot, año 2003, Buenos Aires, Argentina, pág. 378). Queda claro entonces, que la decisión del caso debe fundarse expresamente sobre los hechos y derechos pretendidos por la parte actora y sobre las alegaciones en contra de tal pretensión. Lo cual, de lo expuesto por la parte demandada el contestar la demanda, la misma no ha negado expresamente que la actora no ha erogado los gastos que pretende ser resarcida. Más bien, lo ha reconocido, al

expresar que el monto pretendido su devolución es exagerado, que al no negar los gastos realizados, reconoce que fueron hechos esos gastos, pero, exagerados en el monto pretendido.

Aclarada esta posición procesal, la cuestión de fondo, se limita al carácter ilegítimo y de mala fe en la posesión que tuviera la accionante. Dado que estos dos elementos jurídicos son excepcionantes al derecho a ser resarcido por las mejoras introducidas. Es así, que el Art. 1918 del Código Civil Paraguayo, establece que: *“El poseedor será de buena fe cuando el poder que ejerza naciere de un título y por error de hecho o de derecho estuviere persuadido de su legitimidad. El título putativo se equipara al existente, cuando el poseedor tenga razones atendibles para juzgarlo tal o para extenderlo a la cosa poseída. El poseedor será de mala fe, cuando conozca o deba conocer la ilegitimidad de su título”*, en concordancia con el Art. 1920 del mismo ordenamiento legal.

Un elemento probatorio de relevante importancia es el juicio que se encuentra agregado por cuerda separada a estos autos, caratulado: “EDUARDA ESPÍNOLA DE ZARZA C/ MARIO MACORITTO S/ USUCAPIÓN”. En el, se encuentran glosadas tres instrumentales que aclaran suficientemente la cuestión del carácter ilegítimo y a mala fe de la posesión. La primera, es la Escritura N° 92 de fecha 18 de mayo de 1977 (fs. 21/23). Por ella, la parte actora y la demandada han llegado a un acuerdo sobre el juicio de usucapión que entablara la accionante contra el señor Antonio Redondo. En la misma, la actora desiste del proceso de usucapión y la parte demandada se compromete a entregarle a la accionante una cantidad de materiales de construcción. La segunda instrumental, es la agregada a fs. 31 de los autos de referencia. Esta se refiere a la convención arribada entre demandante y accionada sobre una diferencia existente en la Escritura N° 92 (mencionada) y se comprometen a seguir las conversaciones sobre la misma en una fecha posterior. Y la última, la instrumental de fs. 32 (del mismo proceso de usucapión) que es la prosecución de las conversaciones –de la convención anteriormente citada– entre actora y demandado sobre la negociación del precio de las mejoras introducidas por la parte accionante. Es relevante lo contenido en esta instrumental. En ella, la parte demandada reconoce expresamente que la parte actora ha introducido mejoras en el inmueble. Acordando que nombraran peritos tasadores para justipreciar esas mejoras.

Esas pruebas sustentan que efectivamente la parte actora ha introducido las mejoras que hoy pretende su resarcimiento. Tampoco es valorable la tesis de

la ilegitimidad y la mala fe de la posesión, por cuanto, el Acuerdo y Sentencia dictado por segunda instancia en aquel juicio de usucapión, no se sustenta sobre la ilegitimidad y la mala fe de la poseedora, el tribunal llega a su decisión por considerar que la usucapiente ha perdido su derecho, consecuencia de los acuerdos arribados entre las partes. Y esta misma línea sigue el Acuerdo y Sentencia confirmatorio de la Excma. Corte Suprema de Justicia, donde nota, que el derecho prescriptivo que poseía la demandante se ha interrumpido.

Cabe aclarar, que en materia de posesión, aunque sea de buena fe, no siempre es valorable para ser convalidado por el derecho. La posesión se pierde –siendo aún de buena fe– por actos contrarios ejercitados por el poseedor o por actos de interrupción ejercitados en contra del poseedor. Es así, que en el Derecho Civil la buena fe en la posesión se presume y la mala fe en su ejercicio debe ser declarada, tal como lo determina el Art. 1919 del Código Civil Paraguayo y su consecuencia prevista en los Art. 1984, 2422, 2431 y concordantes del mismo cuerpo legal. Lo cual, no existe esta declaración en la demanda de usucapión. Es por ello, que debemos presumir la buena fe de la posesión en la usucapiente, aunque haya perdido el juicio.

Dilucidada así la cuestión sobre el derecho de la actora a ser pagada por las mejoras introducidas en el inmueble que poseía, solo cabe afirmar que el tema se resume a la cuantificación de esos gastos realizados. Pero, este debate, solo fue limitado por el apelante en lo que se refiere a los gastos realizados por la actora en concepto de tributos y pago de pavimento. En lo que aduce el recurrente que esos instrumentos que acreditan dicho pago no fueron reconocidos en juicio, en realidad si fueron reconocidos en el proceso por la parte demandada, al no haberlos cuestionados por los medios idóneos procesales ni arguido de falsos. A más que, aquellos documentos no fueron producidos por las partes, sino, es emanado de un tercero, que en ese caso, se trata de una institución del Estado, consecuentemente se presume su autenticidad. Por otro lado, esos gastos fueron realizados en concepto de carga tributaria y son gastos necesarios y obligatorios para la conservación de la cosa y forman parte de ella. Consecuentemente, en lo demás que se refiere al monto en condena esta se encuentra firme y debe ser confirmada.

En conclusión, de todo lo expuesto por éste Miembro preopinante corresponde que la sentencia recurrida sea confirmada en todas sus partes.

En cuanto a las costas, ellas deben ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo establecido en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DEL DR. MARTÍNEZ PRIETO, dijo: APELACIÓN: En autos de discute pues, la procedencia de una demanda promovida por la Sra. Eduarda Espínola de Zarza contra el Sr. Mario Macoritto, con el fin de cobrar el valor de las supuestas mejoras realizadas por la citada en el inmueble individualizado como finca N° 1533 del Distrito de Fernando de la Mora, anotado bajo el N° 2, folio 4 y siguiente del año 1998, del cual la actora ha sido desalojada por haber salido perdidosa en un juicio de usucapión planteado por su parte contra el ahora demandado.

A los efectos de discernir la solución de este caso, debemos hacer una primera distinción entre las distintas cuestiones que configuran el derecho a la indemnización por mejoras y el derecho de retención. En efecto, puede existir crédito por mejoras sin retención, cuando el acreedor no se halla ya en el inmueble, pero no viceversa, ya que la retención, en los términos del art. 1826 del Cód. Civ., es siempre un derecho subordinado a la existencia efectiva de una acreencia, y que implica además la posesión actual de la cosa. En el caso de autos, la parte actora, en su escrito obrante a fs. 73 de autos, manifestó que en fecha 03 de marzo de 2008 se ha efectivizado el desalojo del inmueble en cuestión, perdiendo así la misma la posesión del inmueble y la posibilidad de retenerlo. En consecuencia en estos autos ha de establecerse exclusivamente la cuestión relativa al crédito por mejoras.

Por otro lado, se debe señalar que ambas partes, actora y demandada, en sus escritos de fundamentación y contestación respectivamente han planteado cuestiones referentes al contrato formalizado por escritura pública número 92 de fecha 18 de mayo de 1977, en virtud del cual la Sra. Eduarda Espínola de Zarza por un lado y los Sres. Antonio Redondo y Mario Macoritto por otro, resolvieron llegar a una transacción sobre el juicio de prescripción adquisitiva de dominio iniciado en aquel entonces por la Sra. Eduarda Espínola de Zarza contra el Sr. Antonio Dimas Redondo. Surge pues, que la parte demandada, en su escrito de expresión de agravios obrante a fs. 97/100 de autos, manifestó que en el citado contrato se halla probado que se han abonado a la Sra. Eduarda Espínola las mejoras realizadas en el inmueble objeto del presente litigio. Por su parte, la parte actora, en su escrito de contestación de agravios, glosado a fs. 111/114, expresó que el contrato ante dicho no ha sido cumplido por el Sr. Mario Macoritto puesto que no consta en autos el cumplimiento de las obligaciones que en virtud de aquél le correspondían. Al respecto, se debe decir que con las cita-

das manifestaciones referidas ante este Tribunal las partes pretenden ampliar los términos de la presente demanda, ya que el contrato antedicho no ha sido materia del presente juicio en la instancia inferior. Se advierte pues, que la parte actora, al tiempo de promover la presente demanda, según se advierte de su escrito obrante a fs. 40 y vlta., se limitó a manifestar que promueve demanda por cobro de las mejoras realizadas en el inmueble en cuestión, identificándolas vagamente y estableciendo el valor de las mismas en cien millones de guaraníes. El Abg. Francisco Centurión Molinas –representante convencional del Sr. Mario Macoritto– en su escrito de contestación de demanda, glosado a fs. 46 y vlta. de autos, expresó únicamente que la suma reclamada por la Sra. Eduarda Espínola de Zarza resulta exagerada por no haber acreditado la inversión de ese monto y que la pretensión misma resulta improcedente puesto que la posesión que la actora tenía sobre el inmueble en cuestión era absolutamente ilegítima, conforme se halla probado en el juicio caratulado: “Eduarda Espínola s/ usucapión”, manifestó además que la mala fé en la posesión de la actora surge con pristina claridad de los Acuerdos y Sentencias dictados por la Cámara de Apelación, Quinta Sala y por la Excma. Corte Suprema de Justicia en los autos antedichos. En esta tesitura se debe decir que de acuerdo al principio dispositivo se confía a la actividad de las partes la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez interviniente, así pues, dicho principio impone que sean las partes, exclusivamente, quienes determinen el tema *decidendum*, debiendo el juez limitar su pronunciamiento a las alegaciones formuladas por aquéllas en los actos de constitución del proceso. En esta tesitura, se debe decir que este Tribunal no puede pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento del contrato de transacción formalizado por escritura pública número 92 de fecha 18 de mayo de 1977 y suscripto por las partes del presente juicio.

Ahora bien, de las constancias de autos se advierte que, la actora, en su escrito de promoción de demanda, manifestó que pretende el cobro de las mejoras correspondientes a toda la construcción de la casa. Así pues, el demandado, al contestar la presente demanda, no negó expresamente el hecho de que la actora haya realizado las mejoras en cuestión, se limitó pues a manifestar que la suma solicitada resulta exagerada y que no se acreditó la inversión de la misma, reconoció inclusive que la actora ha acreditado un desembolso aproximado de cinco millones en cuanto a pago de impuestos y de pavimentación. Al

respecto se debe señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 del Cód. Proc. Civ., el demandado, en la contestación de la demanda, debe reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, pudiendo su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general, ser estimadas como reconocimiento de la verdad de los hechos, pertinentes y lícitos a que se refieren. Se advierte pues un silencio parcial del demandado puesto que al contestar la demanda el mismo omitió formular negativa categórica respecto del hecho de que la actora haya realizado las mejoras en virtud de las cuales pretende ser indemnizada. En esta tesitura se debe decir que el silencio parcial del demandado configura una presunción simple, cuya existencia queda librada a la apreciación que el juez realice en cada caso sobre la base de la conducta observada por las partes en el transcurso del proceso y de los elementos de convicción que éste ofrezca. Así pues, corresponde señalar que a fs. 55 de autos obra el acta librado en la audiencia de absolución de posiciones del demandado, Sr. Mario Macoritto, del cual se advierte que a la primera posición, que reza: “Diga cómo es verdad que las mejoras del inmueble individualizado como finca N° 1533 del Distrito de Fernando de la Mora no las ha hecho usted”, el demandado respondió: “Es cierto, pero él le dio plata, materiales, a la Sra. Eduarda de Zarza”. Surge pues, que en dicho acto el demandado reconoció expresamente que él no realizó las mejoras en cuestión, expresó además que otorgo dinero y materiales de construcción a la actora, sin embargo, no ha probado en autos la supuesta entrega de dinero y de materiales a la Sra. Eduarda Espínola de Zarza. En esta tesitura se debe concluir que las mejoras efectuadas en la finca N° 1533 del Distrito de Fernando de la Mora, anotado bajo el N° 2, folio 4 y siguiente del año 1998, correspondientes a la construcción de la casa, fueron realizadas por la actora –Sra. Eduarda Espínola de Zarza–.

Ahora bien, la regulación de nuestro Código Civil en cuanto el derecho al crédito por mejoras se encuentra contenida en cuatro artículos: 1984, 1986, 2422 y 2431. Sin embargo, estos artículos no se complementan de modo uniforme y congruente entre sí. De todas maneras, como paso previo al análisis y de modo a estructurarlo apropiadamente, deben definirse los factores a ser examinados para determinar la cuantía y existencia del derecho a obtener la indemnización por mejoras; ellos son: a) La buena o mala fe del edificante; b) El tiempo en que ellas se hicieron, es decir, si se efectuaron antes o después de la promoción de la demanda; c) El tipo de mejoras que se realizan; esto es: necesarias, útiles o suntuarias.

Para determinar el primer punto citado debemos recordar que estamos analizando la buena o mala fe en función a las mejoras. El edificante es de mala fe cuando su posesión es de mala fe, porque obviamente si posee de mala fe no puede concebirse que su acto posesorio de edificación sea de buena fe, dado que es regla de derecho que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tanto en lo material como en lo jurídico. Como el art. 1933 del Cód. Civ. califica a las edificaciones como actos posesorios, forzoso resulta definir la buena o mala fe de la edificación en base a los mismos criterios que para la posesión.

En cuanto a este punto, se debe señalar primeramente que el Abg. Francisco Centurión Molinas –representante convencional del Sr. Mario Macoritto– en su escrito de contestación de demanda se limitó a expresar que la pretensión de la actora resulta improcedente porque la posesión que aquella ejercía sobre el inmueble objeto de la presente *litis* era ilegítima y de mala fe, conforme se halla probado en el juicio traído a prueba en el presente juicio, caratulado: “Eduarda Espínola de Zarza c/ Mario Macoritto s/ Usucapión”. Al respecto, se debe decir que en el citado juicio traído a prueba, se ha resuelto, en tres instancias, no hacer lugar a la demanda de usucapión promovida por la Sra. Eduarda Espínola de Zarza contra el Sr. Mario Macoritto. Sin embargo, las sentencias recaídas en el juicio mencionado *supra*, no declaran expresamente la mala fe de la posesión que la Sra. Eduarda Espínola de Zarza ejercía sobre el inmueble en cuestión.

Ahora bien, nuestro Código Civil, en su artículo 1918 del Código Civil dispone: “El poseedor será de buena fe cuando el poder que ejerza, naciere de un título y por error de hecho o de derecho estuviere persuadido de su legitimidad... El poseedor será de mala fe, cuando conozca o deba conocer la ilegitimidad de su título”, en su artículo 1919 establece: “La buena fe se presume, y basta que haya existido en el momento de la adquisición...”. En el caso de autos, la parte actora en su breve escrito de promoción de demanda no hizo referencia alguna al título en virtud del cual poseía el inmueble en cuestión. Sin embargo, de los artículos transcriptos *supra* se advierte que en el derecho civil la buena fe en la posesión se presume, así pues, al no existir, en el juicio de usucapión traído a prueba en estos autos, declaración expresa de la mala fe de la posesión que la Sra. Eduarda Espínola de Zarza ejercía sobre el inmueble objeto del presente juicio, se debe presumir su buena fe.

Así pues, corresponde realizar el análisis del segundo punto determinado *supra*, referente al momento en que se llevaron a cabo las mejoras alegadas. Al

respecto, se debe señalar que, a lo largo del presente juicio, tanto la parte actora, como la demandada en autos, no han hecho manifestación alguna referente al tiempo en que fueron realizadas las mejoras en cuestión. Sin embargo, del acta de constitución judicial de fecha 27 de julio de 2001, librado por el Juez de Paz de Fernando de la Mora, obrante a fs. 68 del expediente de usucapión traído a prueba en estos autos, se advierte que, en respuesta al punto segundo del cuestionario obrante a fs. 67, el citado juez manifestó: “EDIFICACIÓN: Existe una edificación de material cosido, antigua de aproximadamente cincuenta años; una construcción semi-nueva de hormigón armado y otra en construcción también de hormigón armado. Cuenta con instalación eléctrica, agua corriente y una línea telefónica. También existe un oratorio a San Baltasar, edificación nueva. El terreno en mención se encuentra casi totalmente edificado, no teniendo un sistema cloacal pero si contando con un pozo ciego...”. Así pues se advierte que en autos no es posible determinar exactamente el momento en el que fueron realizadas las mejoras, sin embargo, siendo que la presente demanda fue promovida en fecha 11 de octubre de 2005, según consta en el cargo obrante al pie del escrito de promoción de demanda (fs. 40 vlta.), se debe decir que las mejoras en cuestión fueron realizadas antes de la promoción de la presente demanda.

Ahora bien, en lo que respecta al tercer punto de análisis, referente al tipo de las mejoras realizadas, se debe señalar primeramente que el Abg. Francisco Centurión Molina –representante convencional del demandado en autos–, en su escrito de fundamentación de recursos, manifestó que no es procedente el reclamo de gastos supuestamente efectuados por la actora porque ellos fueron realizados sin autorización de su mandante. Al respecto se debe decir que lo expuesto ante esta Alzada no fue planteado por el citado abogado al tiempo de contestar la demanda por lo que tampoco es materia del presente juicio. El recurrente expresó además que las mejoras realizadas no han beneficiado a su mandante. Así las cosas, y atendiendo el exiguo material probatorio aportado por las partes en autos se debe considerar el acta de constitución judicial de fecha 27 de julio de 2001, librado por el Juez de Paz de Fernando de la Mora, transcrito *supra*, a fin de determinar el carácter de las mejoras efectuadas por la actora; se advierte pues que las mejoras realizadas consisten en construcciones de hormigón armado, las cuales no han de considerarse suntuarias, pues todas ellas son, sin duda alguna, útiles, de utilidad manifiesta para cualquier poseedor y que aumentan el valor del inmueble. Son, pues, mejoras que dan

derecho a resarcimiento. Por otro lado, en cuanto a los gastos de pavimentación y pago de impuestos –son estos últimos gastos que en caso de comprobarse su existencia deberán ser abonados de conformidad al principio del enriquecimiento sin causa–, el recurrente expresó que los instrumentos arrimados al respecto no hacen fe en juicio puesto que no fueron reconocidos por su mandante y ni siquiera se le corrió traslado para que se pronuncie sobre la autenticidad de los mismos, sin embargo, de las constancias de autos se advierte que dichos instrumentos fueron presentados por la actora junto con su escrito de promoción de demanda, así las cosas, al no haber, el demandado, impugnado los mismos por los medios procesales correspondientes, se debe decir que los mismos han sido consentidos y reconocidos por su parte.

A continuación, pues, debemos analizar la cuantía, la determinación monetaria y líquida del valor de las mejoras efectuadas. Al respecto el recurrente expresó que, el valor de las mejoras realizadas establecido por el a-quo en la suma de G. 65.100.000 (Guaraníes sesenta y cinco millones cien mil) es una conclusión antojadiza del mismo que riñe con los principios procesales relativos a las pruebas, aduce además que sólo por vía de la pericia pudo haberse informado el sentenciante del valor de las mejoras que dice haber introducido la actora. En esta tesitura se debe decir que ninguna de las partes ha aportado material probatorio suficiente para determinar el valor exacto de las mejoras realizadas, por ello, ante la negligencia procesal de las partes, corresponde establecer como monto de las mejoras realizadas –construcción de la casa–, el valor fiscal de lo edificado establecido en el recibo de pago de impuesto inmobiliario del año 2005, obrante a fs. 10 de autos, correspondiente a la suma de G. 22.106.993 (Guaraníes veintidós millones ciento seis mil novecientos noventa y tres). Ahora bien, en cuanto a los gastos efectuados en concepto de pavimentación y pago de impuesto inmobiliario corresponde analizar los instrumentos obrantes en autos a fin de determinar la cuantía de los mismos. Así pues, en cuanto a gastos de pavimentación se refiere se debe señalar que a fs. 11/30 de autos obran treinta y seis recibos de G. 116.332 (guaraníes ciento dieciséis mil trescientos treinta y dos) emitidos por la firma López Comercial a favor de la Sra. Eduarda Espínola de Zarza, los cuales sumados dan la suma G. 4.187.952 (Guaraníes cuatro millones ciento ochenta y siete mil novecientos cincuenta y dos). Por otro lado, en cuanto a los gastos efectuados en concepto de pago de impuesto inmobiliario se debe apuntar que a fs. 08/10 y a fs. 34 de autos se

encuentran glosados los recibos de dichos pagos, emitidos por la Municipalidad de Fernando de la Mora, correspondientes a los años 1998, 2001, 2003, 2004 y 2005, en los cuales se advierten los siguientes montos: G. 270.200, G. 276.162, G. 361.173, G. 313.649, G. 370.981 respectivamente. De la suma de los montos antedichos resulta la suma de G. 1.592.165 (Guaraníes un millón quinientos noventa y dos mil ciento sesenta y cinco). Así las cosas, sumados los montos referentes a los gastos efectuados en concepto de pavimentación y pago de impuestos inmobiliario, resulta la suma de G. 5.780.117 (Guaraníes cinco millones setecientos ochenta mil ciento diecisiete). En esta tesitura se debe concluir que el demandado debe ser condenado a pagar a la actora la suma de G. 22.106.993 (Guaraníes veintidós millones ciento seis mil novecientos noventa y tres) por las mejoras efectuadas en el inmueble en cuestión, más la suma de G. 5.780.117 (Guaraníes cinco millones setecientos ochenta mil ciento diecisiete) por los gastos efectuados en concepto de pavimentación y pago de impuesto inmobiliario. Resultando un total de G. 27.887.110 (Guaraníes veintisiete millones ochocientos ochenta y siete mil ciento diez).

Por consiguiente, la sentencia apelada debe ser modificada y en consecuencia se debe condenar al demandado al pago de la suma de G. 27.887.110 (Guaraníes veintisiete millones ochocientos ochenta y siete mil ciento diez) a la actora.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición proporcionalmente en un 61% al demandado y en un 39% a la actora.

A SU TURNO EL DR. BAÉZ MAIOLA, dijo: Que se adhiere al voto precedente en cuanto modifica la sentencia de primera instancia por sus mismos motivos y fundamentos, incluida la imposición de costas en la proporción referida.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto.

MODIFICAR la resolución recurrida, en el sentido de condenar al demandado Sr. Mario Macoritto, al pago de la suma de G. 27.887.110 (Guaraníes

veintisiete millones ochocientos ochenta y siete mil ciento diez) a la actora Sra. Eduarda Espínola de Zarza.

IMPONER las costas proporcionalmente en un 61% al demandado y en un 39% a la actora.

ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri Eusebio Villalba Fernández, Arnaldo Martínez Prieto y Gerardo Báez Maiola.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 27

HABEAS DATA

La Ley N° 1969/02 en su art. 1°, al modificar el 5° de la Ley 1682/01 permite la colección de datos personales “...que revelen...”, describan o estimen su situación patrimonial, su solvencia económica o el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras...” lo cual involucra a aquellos datos que refieren a la capacidad de endeudamiento del ciudadano, a su conducta o costumbre respecto de las obligaciones pecuniarias asumidas o, en otras palabras, a su actitud ante el cumplimiento o eventual mora que sobrevendría de su conducta negligente u omisiva o de la administración de su patrimonio.

HABEAS DATA

El art. 1° de la ley modificatoria se expide puntualmente sobre el art. 9°, dejando incólume la concepción original que se expone *ad litteram*, ahora en el literal c: “Pasados tres años del momento en que las obligaciones reclamadas judicialmente hayan sido canceladas por el deudor o extinguidas de modo legal”.

Tapel. Civ. y Com. Sala 3. 12-04-2011. “Adriana Amarilla Zayas c. INFORMCONF S.A. s. habeas Data” (Ac. y Sent. N° 27).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Martínez Prieto, Boungermini Palumbo y Villalba Fernández.

A la primera cuestión planteada el Dr. Arnaldo Martínez Prieto, dijo: La recurrente no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto, y dado que no se advierten en la sentencia recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto. Es mi voto.

A sus turnos los Dres. Boungermini Palumbo y Villalba Fernández, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Arnaldo Martínez Prieto prosiguió diciendo: El a-quo en virtud de la S.D.Nº 929 de fecha 22 de diciembre de 2009, resolvió: “1) Rechazar el recurso constitucional de Habeas Data promovido por la Sra. Adriana Amarilla Zayas en contra de Informconf S.A. por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2) Imponer las costas a la actora. Anotar...” (sic) (fs. 15).

Contra esta sentencia se alza la parte actora y fundamenta sus agravios en los términos de su escrito obrante a fs. 35/36. Así pues expresa que una forma de defender su imagen es evitando la publicación de datos desactualizados, ello en razón que la causa en cuestión ya ha sido finiquitada. Finalmente solicita se revoque la sentencia recurrida y, en consecuencia, se ordene la supresión de tales datos de los registros de la firma demandada por afectar ilegítimamente sus derechos constitucionales.

Corrido traslado a la contraria la misma contesta en virtud de su escrito glosado a fs. 23 de autos, y manifiesta que la sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho y debe ser confirmada, con costas.

Se recurre la S.D. Nº 929 de fecha 29 de diciembre de 2009 que rechazara la Acción Constitucional de Habeas Data planteada por Adriana Amarilla Zayas contra Informconf S.A.

Más allá de estar o no de acuerdo con los términos de las normas aplicables, cuya crítica es admitida, empero no su incumplimiento, debemos pasar a interpretar las mismas en el marco del presente conflicto. En efecto, la Ley Nº 1969/02 en su art. 1º, al modificar el 5º de la Ley 1682/01 permite la colección de datos personales “...que revelen...”, describan o estimen su situación patrimonial, su solvencia económica o el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras...” lo cual involucra a aquellos datos que refieren a la capacidad de

endeudamiento del ciudadano, a su conducta o costumbre respecto de las obligaciones pecuniarias asumidas o, en otras palabras, a su actitud ante el cumplimiento o eventual mora que sobrevendría de su conducta negligente u omisiva o de la administración de su patrimonio.

En el caso, según surge del escrito inicial de fs. 2 y vlto., que la motivación del planteamiento jurisdiccional descansa en el eventual derecho que asiste a la actora en virtud de haber cancelado oportunamente una obligación contraída con anterioridad, pese a lo cual la persona jurídica demandada no ha procedido a la eliminación del mismo. En su oportuno descargo de fs. 12 la representación demandada invoca las leyes sobre la materia en respaldo de su conducta considerada ajustada a las mismas, allanándose a las pretensiones de la accionante así acaso exista justificación alguna que fundare la modificación de los datos existentes en el referido registro privado de carácter público.

Sobre el punto corresponde señalar que se encuentra admitida la circunstancia del finiquito del juicio y del instrumento que lo contiene, empero, tal como se señala a los pies del informe de fs. 11, la misma se halla asentada debidamente para publicidad y conocimiento del interesado en atención al lapso prescripto en la Ley 1969/02 “Que modifica, amplía y deroga artículos de la Ley N° 1682/01, Que Reglamenta la Información de Carácter Personal”. En efecto, el art. 1° de la ley modificatoria se expide puntualmente sobre el art. 9°, dejando incólume la concepción original que se expone ad litteram, ahora en el literal c: “Pasados tres años del momento en que las obligaciones reclamadas judicialmente hayan sido canceladas por el deudor o extinguidas de modo legal”.

A la vista del documento que instrumenta la cancelación de la obligación por parte del deudor y consiguiente finiquito de la acción, el que luce fecha del 31 de agosto de 2009, resta aún por transcurrir tiempo bastante para que dicho registro se halle a disposición del conocimiento de las personas interesadas.

En dichos términos corresponde confirmar la sentencia recurrida, con costas a la perdidosa.

A sus turnos los Dres. Boungermini Palumbo y Villalba Fernández, manifestaron que votaban en igual sentido.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad; rodo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar la sentencia recurrida. Imponer las costas a la perdidosa. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, María Mercedes Boungermini Palumbo y Neri Villalba Fernández.

Ante mí: Abg. Pablo Constantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 33

***Cuestión debatida:** Como se observa, la causa que motiva los agravios de la apelante tiene nacimiento en una acción judicial ejercida en su contra.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Hechos ilícitos.

Es así puesto que el ejercicio de un derecho, de naturaleza legítima como lo es el derecho de accionar judicialmente, de por sí excluye toda ilicitud posible. Sin embargo, esta afirmación siempre debe analizarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Hechos ilícitos.

En este orden las ideas podemos afirmar que el ejercicio de un derecho podría derivar en un actuar antijurídico cuando se efectúa con una finalidad no prevista para ese derecho en particular o extralimitando indebidamente su alcance, su extensión o su sentido. Así, en fallos anteriores este Tribunal ha sostenido que el abuso del derecho se configura por la deformación del contenido que legítimamente pueda corresponder al derecho en su ejercicio concreto, en una situación particular.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad contractual.

Pese a la improcedencia de la demanda original, resuelta por órganos jurisdiccionales competentes, no es posible concluir que la misma haya sido totalmente infundada o injustificada. La cuestión de fondo fue plenamente estudiada, se determinó la relación contractual de las partes, se admitieron varios hechos, y, si bien la acción fue rechazada, no resultaría prudente concluir que ello necesariamente implica la deformación del ejercicio del derecho de la parte accionante. Pues de serlo así, todas las pretensiones y acciones iniciadas, ante su posible desestimación, derivarían en un ilícito generador de responsabilidad civil, lo que resulta inadmisibile.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho de petionar a las autoridades.

Toda persona tiene el ius actionis, o sea el derecho de recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que se eluciden sus derechos y se dicte una decisión oponible y aplicable coactivamente a otro u otros sujetos. Este derecho a accionar es consecuencia del derecho a petionar a las autoridades, contenido en el art. 40 de la Constitución Nacional y del debido proceso, recogiendo en el art. 18 de la Carta Magna, así como la prohibición de hacer justicia por mano propia establecida en el art. 15 y el consiguiente monopolio del estado de dirimir y resolver, con carácter imperativo, los conflictos que pudieran suscitarse o existir entre los sujetos.

Tapel. Civ. y Com. Sala 3. 27-04-2011. “Arnaldo Rubén Silva Varela c. Compañía Cervecera Brahma del Py S.A. s. Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual” (Ac. y Sent..Nº 33)

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resulto el siguiente orden de votación: Villalba Fernández, Boungermini Palumbo y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Neri E. Villalba Fernández dijo: La parte recurrente al no haber fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por los mismos en sustento de este recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse contratado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a este Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los arts. 15 inc. b), 133 y 404 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. Boungermini Palumbo, dijo: De la Nulidad: El recurrente no ha fundamentado el recurso de nulidad por el interpuesto; y dado que no se advierte en la sentencia recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe declararse desierto.

A su Turno el Dr. Martínez Prieto, manifiesta: Que se adhiere al voto precedente.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Villalba Fernández prosiguió diciendo: Por la Sentencia apelada N° 105 de fecha 09 de marzo de 2010, la instancia anterior resolvió: “1. No Hacer Lugar, con costas, a la demanda de autos promovida por el Sr. Arnaldo Silva Varela contra Cervecería Paraguaya S.A., quien absorbió por fusión a la compañía Cervecera Brahma del Paraguay S.A. conforme se constata con la documentación mencionada en la Escritura Pública N° 86 pasada en esta Capital el 28 de junio de 2004, ante la Escribana Publica Ana Ma. Zubizarreta, por improcedente, según lo expuesto ene l considerando de esta resolución. No Hacer Lugar al pedido de litigante de mala fe y de ejercicio abusivo del derecho, formulado por la parte demandada, por improcedente. Anotar...” (fs. 766/768).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravio, que obra a fs. 779/787, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por la a quo. Contra ella argumenta, que su parte ha demostrado la existencia del daño ya que se ha dictado la resolución del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, donde su parte ha salido gananciosa. Alega que su parte ha presentado la acción de indemnización por causa de la promoción indebida de una demanda en su contra por la firma demandada, invocando supuestos hechos que le afectan a su parte. Manifiesta, que su parte ha probado en el juicio la existencia del daño por causa de la injusta demanda entablada en su contra que fue demostrada su falsedad. Expone, que la demanda iniciada por la firma demandada le ha causado graves perjuicios a su persona y a sus bienes. Termina su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte contesta el traslado de los agravios de la parte actora fundando la defensa de la sentencia recurrida en los siguientes argumentos. Rechaza los agravios de la apelante, por cuanto considera, que existen los presupuestos para estimar la presente demanda de indemnización, si bien es cierto que su parte ha presentado una demanda en contra del actor por cobro de la suma de dinero, la misma parte actora en aquella demanda ha reconocido que se encontraba en su poder una suma de dinero que había manifestado que lo compensaría. Afirma, que el hecho de haber su parte ocurrido ante el órgano judicial no constituye un hecho antijurídico. Con relación a la resolución dictada por el Tribunal de Apelación de igual clase y jurisdicción de la Segunda Sala dice, que la misma se encuentra recurrida ante la Corte Suprema de Justicia

por tanto aun no se encuentra firme y no prueba la existencia del daño. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

De las constancias de autos, y a los efectos del preexamen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis de la ocurrencia o no del hecho antijurídico y vínculo causal con la parte demandada. Como se observa, la causa que motiva los agravios de la apelante tiene nacimiento en una acción judicial ejercida en su contra. A ese respecto, este Miembro en caso anterior similar ha pronunciado su voto sobre él.

En primer lugar corresponde estudiar la antijuridicidad. La presente demanda se funda sobre una demanda civil promovida en contra del Sr. Silva Varela, por la accionada. En efecto, la parte demandante, al promover esta acción sostiene que la demanda ordinaria de cobro de guaraníes por su contraparte le produjo perjuicio considerable, ya que el reclamo fue pretendido infundadamente. Cita un conjunto de daños que según él sufrió como consecuencia de esta acción: daños laborales, familiares, morales, etc. Fortalece sus argumentos alegando la improcedencia de la acción primera que fue promovida en su contra.

Ante lo expuesto, y en atención a la premisa en la que se funda esta demanda de resarcimiento, la pregunta que nos conduce a la solución respecto de este primer elemento es la siguiente: ¿Puede una acción civil constituir, en puridad, un hecho antijurídico?

Este Tribunal ya ha establecido en jurisprudencia anterior que el ejercicio legítimo de un derecho no puede, en principio, constituir un antijurídico. Por tanto, prematuramente podemos decir que la respuesta es negativa. Es así puesto que el ejercicio de un derecho, de naturaleza legítima como lo es el derecho de accionar judicialmente, de por sí excluye toda ilicitud posible. Sin embargo, esta afirmación siempre debe analizarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso.

Sabido que la noción de antijuridicidad en el ámbito es más amplia que en la de otras materias, pues involucra no solo conductas típicas del derecho penal, o faltas administrativas, sino toda lesión al orden normativo del derecho concebido como una totalidad, incluyendo no solo sus normas positivas, sino también sus principios rectores. En este orden las ideas podemos afirmar que el ejercicio de un derecho podría derivar en un actuar antijurídico cuando se efectúa con una finalidad no prevista para ese derecho en particular o extralimitando indebidamente su alcance, su extensión o su sentido. Así, en fallos anteriores este

Tribunal ha sostenido que el abuso del derecho se configura por la deformación del contenido que legítimamente pueda corresponder al derecho en su ejercicio concreto, en una situación particular.

En el presente caso, la ilicitud de la demanda se fundaría esencialmente en su alegada improcedencia. Refiere el demandante que no solo considera la acción infundada, sino que también el Juzgado de Primera Instancia competente en entenderla, así como también el Tribunal de Alzada, lo han entendido de esa forma, rechazando la demanda y haciendo lugar a la reconvencción planteada. Además, el demandante manifiesta que la misma acción le produjo varias consecuencias perjudiciales de índole laboral, económica, familiar, psicológica, etc. En resumen, el elemento antijuridicidad se basaría entonces en la improcedencia de la acción civil y en sus dañosas repercusiones.

Ante tales circunstancias debemos cuestionarnos si lo antes señalado podría derivar en un ejercicio abusivo del derecho de litigar, pues, como ya lo expusiéramos, es el único modo ilegítimo de uso del derecho.

Analizadas las constancias de estos autos vemos que fueron agregadas varias copias del anterior juicio en cuestión. Surge de estas instrumentales que la hoy demandada promovió una acción ordinaria de cobro de guaraníes en contra del señor Arnaldo Silva Varela. Este habría recibido anticipos de pagos por trabajos nunca realizados, como se constata de alegaciones de la firma demandante. El señor Silva Varela por su parte planteó la reconvencción, manifestando haber realizado las labores para las cuales se les contrato, y exigiendo el pago de sus correspondientes honorarios. Finalmente se rechazó la demanda principal y se hizo lugar a la reconvencción planteada por el demandado.

Pese a la improcedencia de la demanda original, resuelta por órganos jurisdiccionales competentes, no es posible concluir que la misma haya sido totalmente infundada o injustificada. La cuestión de fondo fue plenamente estudiada, se determinó la relación contractual de las partes, se admitieron varios hechos, y, si bien la acción fue rechazada, no resultaría prudente concluir que ello necesariamente implica la deformación del ejercicio del derecho de la parte accionante. Pues, de serlo así, todas las pretensiones y acciones iniciadas, ante su posible desestimación, derivarían en un ilícito generador de responsabilidad civil, lo que resulta inadmisibile.

Independientemente del sentido del fallo jurisdiccional en la susodicha acción civil, argumento varias veces señalado por el apelante, lo verdaderamen-

te relevante es, repetimos, que el derecho del que gozan todos los sujetos de derecho –personas físicas y jurídicas– no desemboque en un abuso del mismo. Ello en nada altera la existencia de un abuso del derecho a accionar, en el cual deben revertir diferentes características para su configuración.

Bien sabido es que en un conflicto de derechos, el órgano estatal es el único que concentra el ejercicio del poder coactivo y puede determinar el reconocimiento de los derechos puestos en disputa. Es en este sentido que los particulares tienen derecho a obtener una declaración de la procedencia de su derecho ante la administración de justicia, a fin de obtener certeza y coercibilidad al respecto y evitar las incertidumbres, las dilaciones y las oposiciones que por tal motivo podrían presentarse. Es decir, en otras palabras, toda persona tiene el *ius actionis*, o sea el derecho de recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que se eluciden sus derechos y se dicte una decisión oponible y aplicable coactivamente a otro u otros sujetos. Este derecho a accionar es consecuencia del derecho a peticionar a las autoridades, contenido en el art. 40 de la Constitución Nacional y del debido proceso, recogiendo en el art. 18 de la Carta Magna, así como la prohibición de hacer justicia por mano propia establecida en el art. 15 y el consiguiente monopolio del estado de dirimir y resolver, con carácter imperativo, los conflictos que pudieran suscitarse o existir entre los sujetos.

En mérito de las consideraciones expuesta, podemos concluir que la demanda promovida por la firma accionada no constituye un ejercicio ilegítimo del *ius actionis* o derecho de accionar judicialmente. En consecuencia, no se ha configurado el primer elemento necesario de la responsabilidad civil, cual es el ilícito. El análisis de los demás requisitos entonces deviene superfluo e innecesario. Y, por tanto, la demanda promovida es improcedente. La resolución debe ser confirmada.

Las costas deben ser impuestas a la parte perdidosa, de conformidad con el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A su turno el Dr. Martínez Prieto, dijo: Que se adhiere al voto de la Magistrada que le antecede con sus mismos fundamentos.

Con lo que se terminó el acto, firmando los señores Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

Declarar Desierto el recurso de nulidad.

Confirmar la sentencia recurrida.

Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Boungermini Palumbo, Neri E. Villalba Fernández y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Constantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 3

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Procedencia de la excepción de falta de acción.

Corresponde hacer lugar a la excepción de falta de acción opuesta por los demandados en razón que la actora ha individualizado en forma equivocada como vehículo siniestrado uno que no lo fue y no corrigió dicho error en tiempo oportuno conforme el art. 217 del CPC

PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial.

Si bien el informe pericial fue presentado en tiempo debemos coincidir con el Juez inferior, que el mismo no contiene asideros científicos así como tampoco presentó fotografías ni del lugar ni de los vehículos protagonistas del suceso, si bien las señaló en su informe, las mismas no fueron presentadas resultando así el informe pericial pobre y carente de sustentos objetivos como para llegar a la verdad real de lo sucedido y producir así una sentencia justa.

REPETICIÓN DE PAGO. SEGURO. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro.

Se rechaza la demanda por repetición de pago incoada por la aseguradora considerando que no se ha probado debidamente como acaeció el accidente de tránsito ni quien ha sido el responsable del mismo.

Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 22-02-2011. "El Sol del Paraguay Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. c. Chacoré S.A. y Transportes y construcciones S.A. s. Repetición de lo pagado" (Ac. y Sent. Nº 3)

Asunción, 22 de febrero de 2011

Previo estudio de los antecedentes del caso, se resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a los efectos de establecer el orden de votación, resultó que debían votar los señores Miembros en el orden siguiente: Basilio García Ayala, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel y Dr. Oscar Paiva Valdovinos.

A la primera cuestión planteada, el preopinante García Ayala dijo: El recurrente, al expresar agravios en su escrito de fs. 296/301 de autos, nada dice respecto al recurso de nulidad; y como no se observan vicios en el procedimiento que motiven la procedencia de este recurso, conforme a lo dispuesto por el Art. 404 del Código Procesal Civil, corresponde declararlo desierto. Es mi voto.

A sus respectivos turnos, los Miembros, Dres. Melgarejo Coronel y Paiva Valdovinos manifiestan que se adhieren al voto del Miembro Preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Miembro preopinante García Ayala prosiguió diciendo: El representante convencional de la parte actora abogado Horacio García Barros, se alza contra la referida resolución y al expresar agravios en el mencionado escrito de fs. 296/301, manifiesta que el A-quo ha efectuado un insuficiente análisis de las constancias de autos y una errónea interpretación de la normativa aplicable, lo que conlleva a una injusta solución al caso. Manifiesta además que si bien en el escrito inicial de demanda se observa un error involuntario en cuanto al número de matrícula o chapa del vehículo asegurado, asegura que posteriormente fue rectificado y agrega: "... Vale decir, los demás datos del vehículos fueron correctamente denunciados por la actora y, ni aún en el hipotético y negado caso de que no lo hubieren sido, igual los mismos surgen de las constancias obrantes en autos que aparentemente el juez ha notado, ya que hace mención a esas piezas procesales en las páginas 9 y 11 de la sentencia recurrida, por lo que no se comprende la admisión de la defensa de falta de acción".

Más adelante el referido profesional señala: "... En conclusión, la parte que represento ha denunciado correctamente al vehículo asegurado. Su individua-

lización era y es posible no sólo a través del número de chapa o matrícula, sino a través del número de chasis y las demás características del vehículo, como marca, modelo, año, etc.”.

Sobre el rechazo de la demanda, el abogado Horacio García Barros expresa que el juez ha manifestado “orfandad probatoria convincente sobre la mecánica del accidente” y sobre el particular, el profesional dice que su parte ha probado fehacientemente los extremos del juicio, lo cual asegura que se puede verificar de las constancias del expediente.

Finalmente, el profesional abogado manifestó lo siguiente: “...En conclusión: Estando probado en autos que ocurrió un siniestro, respecto del cual ambas partes se hallan de acuerdo en cuanto a los elementos temporales (fecha, hora, etc.), estando además perfectamente individualizado los vehículos que se vieron involucrados en el percance; estando acreditado que la camioneta marca Nissan con matrícula AGV 882 se encontraba asegurada por mi representada y que en cumplimiento de los términos contractuales, El Sol del Paraguay Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., procedió a reparar integralmente los daños sufridos, corresponde que VV.EE. revoken el fallo recurrido, al haber rechazado indebidamente la demanda, máxime cuando la culpabilidad del conductor del camión tumba, propiedad de la demandada, Transportes y Construcciones S.A., ha quedado demostrada acabadamente a través de los términos de la pericia accidentalológica llevada a cabo en autos, la cual irregularmente no ha sido tomada en consideración por el A-quo, ya que no ha dado razones científicas para ello, por lo que corresponde que el Excmo. Tribunal rectifique dicho error in iudicando y revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a la presente acción ordinaria y condenando a abonar a la empresa Transportes y Construcciones S.A., la suma de guaraníes treinta y nueve millones ochocientos veintitrés mil cuatrocientos setenta y tres (Gs. 39.823.473), con más intereses y costas en el plazo de diez días de quedar firme el fallo respectivo”.

En los términos del escrito de fojas 303-308 el abogado Desiderio Francisco Sanabria Torres contestó el escrito de expresión de agravios del apelante, donde manifiesta lo siguiente: “... Respuesta: La verdad de las afirmaciones del inferior surge del escrito de demanda y de los documentos presentados adjuntos. Por tanto, afirmar que es falso lo agregado por el A-quo, conforme está transcrito, es una felonía procesal”.

Más adelante sigue manifestando: “... Como puede apreciarse, el actor no solo se equivocó en el número de matrícula o chapa, sino en los demás datos del

vehículo supuestamente asegurado, porque efectivamente citó los números de chasis y motor que corresponden a la camioneta con chapa AAA 821 (ver fojas 79, tercer apartado del escrito de demanda), no así a los datos que corresponden a la camioneta con chapa AGV 882. Consecuentemente, no es falso lo señalado por el A-quo en el considerando de su sentencia”.

Más adelante expresa: “... Vuestra Excelencia podrá observar y valorar los análisis efectuados por el A-quo, tanto de los ‘argumentos’ como de las ‘pruebas’ aportadas por el recurrente para arribar a la conclusión a la que llegó en su sentencia definitiva. En especial con respecto a la excepción de falta de acción (activa) opuesta por las demandadas. Pero he aquí, que el inferior no se pronunció sobre la subrogación legal invocada como emergente del Art. 1616 de nuestro Código Civil, lo cual no se produjo, porque en estos autos habiéndose negado categóricamente este derecho y por ende el supuesto hecho de los pagos, la subrogación no se produjo al no ser demostrado los pagos. Sin embargo, el A-quo dejó de lado este importantísimo instituto para adentrarse directamente al estudio de las pruebas en cuanto a la culpabilidad de los conductores, lo cual bajo ningún sentido puede darse, y mucho menos por el Honorable Tribunal de Apelaciones...”.

Del estudio de estos autos y de sus constancias se advierten que la firma El Sol del Paraguay Seguros y Reaseguros S.A. promovió demanda de repetición de pago por subrogación en contra de las firmas Chacoré S.A. y Transportes y Construcciones S.A., reclamando la suma total de Gs. 39.823.473, esto, con motivo del accidente acaecido en fecha 18 de diciembre de 2002 entre la camioneta de marca Nissan, entonces asegurado por la accionante perteneciente a “La Gaouloise Campos y Haciendas S.A.” y el camión tumba Mercedes Benz propiedad de las firmas demandadas.

De acuerdo con los términos del escrito de demanda, el accidente protagonizado por los vehículos citados en el párrafo precedente, ocurrió a la altura del Km. 65 de la Ruta Transchaco en el establecimiento ganadero denominado “Franco Paraguay S.A.”, lugar donde la camioneta Nissan AX guiada por el chofer Leoncio Ojeda Galeano fue embestida por el camión tumba, vehículo este conducido por el señor Sixto Brítez, quien luego del percance no se detuvo a prestar los primeros auxilios al conductor del vehículo siniestrado.

Efectuado el traslado de la demanda, el abogado Desiderio Francisco Sannabria Torres, representante convencional de las dos firmas demandadas “Cha-

core S.A.” y “Transportes y Construcciones S.A.”, dedujo Incidente de Redargución de Falsedad y en dicha oportunidad reconoció como ciertos el día, hora y lugar del percance automovilístico, así como el tipo de vehículos y conductores protagonistas del mismo, negando sí la forma en que sucedieron los hechos, manifestando en ese sentido que el percance se produjo por culpa exclusiva del conductor de la camioneta Nissan AX, quien al adelantarse en forma imprudente, colacionó en forma frontal con el camión tumba guiado por el señor Sixto Brítez.

Así mismo, el abogado Sanabria Torres opuso al progreso de la acción la Excepción de Falta de Acción (Pasiva), señalando que el vehículo asegurado no es el mismo que sufrió el accidente, y en ese sentido afirma que el vehículo asegurado es la camioneta Nissan AX, doble cabina, color verde, año 1996, con chapa AAA821; y el vehículo siniestrado según se observa en el parte policial fue la camioneta Nissan AX 4x4, color plateada, año 2001, con chapa AGU 882.

El representante convencional de la parte actora contestó la Excepción opuesta señalando que en efecto ocurrió un error en el contenido del Parte Policial, sin embargo, verificadas puntualmente las constancias de este expediente se puede observar que la actora además de equivocarse con el número de matrícula del rodado, también ha consignado en forma errada los demás datos del vehículo en cuestión.

En cuanto a este punto, cabe señalar que la parte actora ha incumplido con lo preceptuado en el artículo 217 del Código Procesal Civil, que dispone: “*Modificación de la Demanda. Antes de ser notificada la demanda, el actor podrá modificar el escrito inicial y ampliar o restringir sus pretensiones*”. Es así que, conforme con los términos del referido artículo del Código de forma, la actora ha individualizado en forma equivocada como vehículo siniestrado a uno que no lo fue y no lo corrigió en el tiempo oportuno, por ello, tal circunstancia hace que se haga lugar a la Excepción de Falta de Acción (activa) opuesta por los demandados.

Por otra parte, la firma demandada Chacoré S.A. solicitó se le desvincule de este juicio, puesto que asegura que no es propietaria del camión tumba Mercedes Benz y tampoco empleadora del chofer Sixto Brítez. Es así que ante este pedido se constató la Escritura Pública N° 185 pasada ante el escribano público Canuto Rasmussen, donde se observa que por la misma se deja asentada la compraventa y transferencia a favor de la firma “Transporte y Construc-

ciones Sociedad Anónima” del camión tumba Mercedes Benz, por lo que corresponde hacer lugar a la Excepción de Falta de Acción (pasiva) opuesta por la firma Chacoré S.A. desvinculándola del presente juicio.

Por otro lado, corresponde que este Tribunal se pronuncie en relación al Incidente de redargución de Falsedad Ideológica también opuesta por el representante convencional de la empresa Chacore S.A., abogado Desiderio Sanabria. En cuanto a la fecha en que ocurrió el accidente, ha quedado claro que el mismo se produjo el día 18 de diciembre de 2002 aproximadamente a las 16:00 horas, y también se ha señalado que la chapa de la camioneta Nissan AX siniestrada es AGU 882. Los demás datos consignados en el Parte Policial, labrado por el oficial Ulpiano Orlando Monges deben ser considerados válidos, pues se hallan revestidos de todas las formalidades necesarias para ello, no adoleciendo de vicios para atacar de nulidad dicho instrumento público, motivo por el cual considero correcto lo resuelto por el juez al respecto.

Constatados ya los datos sobre el lugar, el día y la hora en que tuvo lugar el percance automovilístico, las partes no coinciden en la forma en que ocurrió el accidente, es así que para abundar más en este tema nos remitimos al Informe del Perito en Accidentología Vial, señor Washington A. Baliero, quien a fojas 231/240 presentó un detallado informe, en el que señaló la descripción del terreno donde se produjo el accidente, y que de acuerdo a los datos obtenidos de las fotografías tomadas a los vehículos en cuestión ha verificado *“impacto fronto lateral izquierdo para ambos vehículos”*, posteriormente en cuanto a la trayectoria e impacto en ambos vehículos, en el informe agrega: *“... exhibe la maniobra que debió hacer el camión tumba para darle paso al camión trasganado, que iba delante de la camioneta siniestrada. Al querer insertarse nuevamente en la huella, el camión tumba expone su frente lateral izquierdo en la senda de circulación en la que impacta con la camioneta, porque debido al polvo intenso, ambos conductores no se vieron. En ningún momento estos vehículos chocaron de frente...”*.

Si bien el Informe Pericial fue presentado en tiempo, debemos coincidir con el juez inferior, que el mismo no contiene asideros científicos, así como tampoco presentó fotografías ni del lugar ni de los vehículos protagonistas del suceso, si bien las señaló en su informe, las mismas no fueron presentadas, resultando así el Informe Pericial bastante pobre y carente de sustentos objetivos como para llegar a la verdad real de lo sucedido y producir así una sentencia justa.

Es así que ni del Informe técnico pericial ni de las demás pruebas aportadas en este juicio se puede obtener algún extremo que indique fehacientemente

JURISPRUDENCIA

como en efecto se produjo el accidente que involucró a la camioneta Nissan AX guiada por Leoncio Ojeda Galeano y al camión tumba Mercedes Benz, conducido por el señor Sixto Brítez; consecuentemente, considerando todo lo expuesto, reiteramos que no se ha probado debidamente cómo acaeció el accidente ni quién ha sido el responsable del mismo, corresponde que la demanda deducida por el accionante sea rechazada.

Por los motivos expuestos, este Tribunal debe confirmar sentencia recurrida, en todas sus partes, imponiendo las costas al apelante perdedor, tal como surge de la Regla General dispuesta en el artículo 192 del Código Procesal Civil.

Conforme a las constancias de autos, y a las consideraciones que anteceden, llego a las conclusiones expuestas precedentemente. Voto pues en el sentido expuesto en los mismos.

A sus respectivos turnos, los Miembros Dres. Melgarejo Coronel y Paiva Valdovinos manifiestan que se adhieren al voto del Miembro preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los señores Miembros, quedando acordada la Sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, la S.D. N° 495 de fecha 7 de julio de 2008 dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Basilio García Ayala, Eusebio Melgarejo Coronel y Oscar A. Paiva Valdovinos.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 4

ACCION PAULIANA. Acción Revocatoria.

El art. 312 del C.C. es bien claro al establecer que el crédito en virtud del cual se intenta la acción revocatoria, debe ser anterior al acto fraudulento.

COMPRAVENTA. Precio de la compraventa.

Los precios emitidos por las firmas representantes de las marcas de los ómnibus no pueden tenerse como valores a tomarse en cuenta para tasar vehículos usados comprados en el estado en que se encontraban por un particular y no adquiridos por una concesionaria, por lo que debe desestimarse la existencia de una venta de bienes por debajo del valor real.

CONTRATO. Efectos del contrato.

Las cláusulas de un contrato conforme el art. 715 del C.C. tienen fuerza legal para las partes, independientemente que el precio estipulado se ajuste o no al valor que los bienes pudieran tener en el mercado.

LITISCONSORCIO. ESCRIBANO.

La integración de la litis con la escribana autorizante ha sido correcta y necesaria en razón de la naturaleza de la acción ejercida, revocatoria de actos jurídicos, donde indefectiblemente deben ser citados a juicio todas las personas que ha participado en los actos impugnados, para una correcta integración de la litis, sin ello, sin la participación en el proceso de las personas, no se podría haber dictado la sentencia válidamente.

COSTAS. Costas en el orden causado.

Las costas deben imponerse en el orden causado en razón de la existencia de un caso de litis consorcio necesario.

Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 23-02-2011. “Pedro Leonor Andino Méndez c. Sudamericana SRL y otros s. Acción revocatoria” (Ac. y Sent. N° 4).

Asunción, 23 de febrero de 2011

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, dio el siguiente resultado: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Dr. Oscar Paiva Valdovinos.

Cuestión previa: Antes de proceder al estudio del tema sometido a consideración de esta Magistratura, debemos señalar que el apelante, Abog. César Zelada Valinotti, representante convencional de los co-demandados Boquerón S.A. y de la Esc. Pública María Dorila Velazco, no ha interpuesto recurso alguno contra la S.D. N° 848 de fecha 24 de octubre de 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, Aclaratoria de la Sentencia apelada (S.D. 774 de fecha 09 de octubre de 2008). Si bien el actor, Abog. Pedro Andino Méndez, solicita se declaren desiertos los recursos interpuestos por la demandada, no podemos soslayar el hecho que en la Sentencia recurrida se hace mención a las co-demandadas Boquerón S.A. y la Esc. Pública María Dorila Velazco, y teniendo en cuenta que la S.D. 848 de fecha 24 de octubre de 2008 pasa a formar parte de la S.D. 774 de fecha 09 de octubre de 2008, la estudiaremos en su conjunto, por ser aquella parte integrante de ésta.

A la primera cuestión planteada, el magistrado preopinante, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel dijo: El Abog. César G. Zelada Valinotti, en representación de la firma Boquerón S.A., en rigor jurídico, no ha fundado debidamente en su escrito de fs. 338/343, el recurso de nulidad, que está destinado únicamente a invalidar resoluciones judiciales afectadas por vicios de forma o por violación de solemnidades que prescriben las leyes, conforme lo dispone el Art. 404 del CPC. En este caso, el recurrente se limitó a formular una serie de manifestaciones que no guarda relación con este recurso, por lo tanto corresponde desestimar el recurso de nulidad interpuesto.

Por otro lado, el mismo abogado, pero en representación de la Esc. Pública María Dorila Velazco, no interpuso este recurso en su escrito de fs. 330, pero el juez de la causa lo concedió por providencia de fecha 4 de noviembre de 2008, conforme a lo dispuesto por el Art. 405 del CPC, pero como no se observan vicios o errores de procedimiento en la resolución apelada que motiven la nulidad, corresponde declararlo desierto. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos los miembros García Ayala y Dr. Paiva Valdovinos manifiestan que se adhieren al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el magistrado preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, prosiguió diciendo: Por la S.D. apelada, el juez de Primera

Instancia resolvió: “... Desestimar la petición de confesión ficta de la demandada Sulamericana SRL, por las razones señaladas en el exordio. Hacer lugar a la excepción de falta de acción opuesta por la escribana María Dorila Velazco Romero. Imponer las costas de la excepción en el orden causado. Hacer lugar a la demanda que promueve Pedro Andino Méndez contra Sulamericana sobre revocatoria de actos jurídicos, individualizadas como Escrituras Públicas N°s 3 y 6 del 28 de abril de 2005, pasadas ante la escribana pública María Dorila Velazco Romero. Ordenar la cancelación de su inscripción en el Registro Nacional del Automotor. Imponer las costas a la parte demandada. Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

El recurrente, Abog. César G. Zelada Valinotti, en representación de la firma Boquerón S.A., se agravia contra la sentencia apelada, fundamentando este recurso a fs. 338/343 de autos. Primeramente menciona los fundamentos de la S.D. 774 para posteriormente, y resumiendo, señalar: 1) Que, la S.D. 774 es inadmisibile, ruin, arbitraria e injusta; 2) que, no cabe duda que el nacimiento del crédito del actor contra Sulamericana SRL es posterior al acto que se pretende impugnar, por cuya consecuencia no procede la revocación a tenor de la exigencia y requisito establecido en el art. 312 del CC; 3) solamente para favorecer en forma parcialista a una de las partes, puede caber en la mente de un juzgador que una doctrina chilena obsoleta extraída de don Luis Claro Solar, puede servir de sustento a una decisión judicial contrariando expresas disposiciones de la ley; 4) que, efectivamente existió una demanda de obligación de hacer escritura pública contra Sulamericana SRL, y que coincidentemente su notificación se efectuó la misma fecha de las transferencias de los ómnibus que se impugnan por medio de este juicio, pero para los representantes de Sulamericana SRL, era materialmente imposible conocer que se les iba a notificar dicha demanda; 5) que, las escrituras de transferencias de los ómnibus fueron firmadas en horas de la mañana y la notificación de la demanda fue practicada en horas de la tarde (16:00 hs.), según informe del ujier notificador que obra a fs. 37 del expediente sobre obligación de hacer escritura pública; 6) que, el A-quo insinúa que el acto de transferencia es simulado, cayendo doblemente en error, desde que la firma Boquerón SA es un contratante de buena fe que no conocía ni conoce el estado patrimonial de Sulamericana SRL, por lo tanto no se le puede perjudicar a Boquerón SA en sus derechos con semejante sentencia. 7) Agrega otras consideraciones por las cuales su parte se agravia contra la sentencia en

revisión y finaliza solicitando al Tribunal dictar resolución revocando los puntos 4, 5 y 6 de la sentencia apelada, por no encontrarse la misma ajustada a derecho.

A fojas 349/355 de estos autos, se halla agregado el escrito de contestación del traslado de la expresión de agravios presentada por la parte actora, solicitando al Tribunal el rechazo de los recursos interpuestos y la confirmación con costas de la sentencia recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

El recurrente, Abog. César G. Zelada Valinotti, pero esta vez en representación de la Esc. Pública María Dorila Velazco, se alza contra el punto 3 de la sentencia recurrida, y en el escrito de fs. 344/345 fundamenta sus agravios, que en resumidas cuentas señala: 1) Que, su parte se agravia contra lo resuelto pro el Juzgado de Primera Instancia en el tercer punto, referente a la imposición de las costas en el orden causado, ya que la escribana pública María Dorila Velazco Romero nunca incurrió en ningún acto por la cual se la deba incluir como codemandada. 2) Que, al prosperar la falta de acción, incoada por su parte, el A-quo comete una grave injusticia al soslayar el principio general sobre costas que consagra el Art. 192 del CPC. 3) Que, la condición del actor queda revelada como parte vencida con relación a la codemandada y por consiguiente debe aplicársele la condenación en costas de conformidad al Art. 192 del CPC. 4) Finaliza solicitando al Tribunal dictar resolución, revocando, con costas, el apartado tercero de la sentencia en revisión, imponiendo las costas a la parte actora, por corresponder en estricto derecho.

A fojas 348/348 de estos autos, se halla agregado el escrito de contestación del traslado de la expresión de agravios presentada por la parte actora, solicitando al Tribunal el rechazo del recurso interpuesto contra el apartado tercero de la resolución apelada y la confirmación con costas de la sentencia recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

Por una cuestión de mejor orden, empezaremos el estudio de la apelación planteada por el representante convencional de la Empresa de Transporte Boquerón SA.

En este orden, observamos que la parte actora, Pedro Andino Méndez, promueve demanda ordinaria de Revocatoria de Acto Jurídico, contra la firma Sulamericana SRL, Boquerón SA y la Esc. Pública María Dorila Velazco Romero por la transferencia fraudulenta de dos ómnibus, realizada por la Empresa Sulamericana SRL a la Empresa de Transporte Boquerón SA, a través de las escrituras públicas N°s 3 y 6 de fecha 28 de abril de 2005, pasada ante la escri-

bana pública mencionada. El actor señala que el acto de transferencia de los dos ómnibus fue en fraude a su persona, ya que es acreedor de la demandada, conforme al crédito nacido en la tramitación del expediente caratulado “Empresa Nueva Asunción SA (NASA) c/ Sulamericana SRL s/ obligación de hacer escritura pública”, y en la cual se condenó a pagar las costas a la perdidosa (Sulamericana), por la suma de Gs. 60.000.000 (guaraníes sesenta millones).

El Art. 312 del Código Civil dispone: “... *Serán igualmente revocables los actos onerosos practicados por el deudor insolvente, cuando la insolvencia fuere notoria, o hubiese fundado motivo para ser conocida del otro contratante, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción sea anterior al acto fraudulento.*

“Si por virtud del acto se tratare de eludir la responsabilidad derivada de al comisión de un delito penal, no hará falta que el crédito sea anterior a dicho acto”.

Primeramente debo mencionar que comparto lo expuesto por el juez de grado inferior, en cuanto a que los señores Rodrigo Filisberto Vargas y Armando Ribeiro Prata, están habilitados para representar a la firma Sulamericana SRL, conforme consta a fs. 140/144 la Escritura Pública de Modificación de Estatutos de la firma La Paraguaya de Transporte en la cual se dispone el cambio de nombre a Sulamericana SRL y se ratifica la cláusula séptima de la Escritura Pública N° 10 de fecha 28 de enero de 1994, por la cual las citadas personas fueron designadas Gerentes Únicos de la firma para la dirección, administración, representación y uso de la firma social.

Para establecer si corresponde o no la revocación de las Escrituras Públicas N°s 3 y 6 del 28 de abril de 2005, pasadas ante la escribana pública María Dorila Velazco Romero, debemos indagar en las pruebas aportadas por ambas partes, y del atento examen de ellas vemos que por A.I. N° 3.487 de fecha 27 de diciembre de 2005, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, reguló los honorarios profesionales del actor, Abog. Pedro Andino Méndez en el juicio “Empresa Nueva Asunción SA (NASA) c/ Sulamericana SRL s/ obligación de hacer escritura pública”, en la suma de Gs. 60.000.000.

Ahora bien, el Art. 312 del Código de fondo es bien claro al establecer que el crédito en virtud del cual se intenta la acción revocatoria, debe ser anterior al acto fraudulento. En este sentido, el juez de la causa correctamente ha establecido como nacimiento del crédito de la parte actora, la S.D. N° 1.247 de fecha 18 de noviembre de 2005, en la cual se condenó en costas a la empresa Sulameri-

cana SRL. Sin embargo, no se puede pasar por alto el hecho de que en este caso en particular, el crédito es muy posterior al acto que se pretende revocar, ya que la fecha de las enajenaciones de los ómnibus datan del 28 de abril de 2005 y el crédito se originó en fecha 18 de noviembre de 2005.

Si bien, en fecha 28 de abril de 2005 la empresa Sulamericana SRL fue notificada de la demanda de obligación de hacer escritura pública iniciada por la empresa NASA y que en esa misma fecha fue realizado el acto de transferencia de dos ómnibus de la empresa demandada a la empresa de transporte Boverón SA, no podemos soslayar el hecho que la demanda por obligación de hacer escritura pública pudo haber terminado por varias vías, como ser la caducidad de instancia, allanamiento, o un resultado desfavorable a la parte actora, por lo tanto, en ese entonces era incierto el resultado del juicio, y no por ello el juez de la causa puede realizar una especie de futurología al establecer que “... *no es difícil de imaginar y comprender que ante una demanda incoada, posteriormente se establezca un crédito a favor del demandante, o los gastos del juicio en caso de ser condenado en costas...*” (sic).

Ante esta posición, esta Magistratura claramente observa que no se da el requisito establecido por el Art. 312 del Código Civil, ya que el crédito es posterior al acto que se pretende impugnar.

Por otro lado, en cuanto al precio de venta por debajo de la cuantía real, el juez se ha basado en informes de empresas del ramo referente al valor real del vehículo y la carrocería. Sin embargo, los ómnibus fueron transferidos en estado de usados, o sea, fueron vendidos en el estado en que se encontraban, por el propietario particular, Sulamericana SRL y no adquiridos de una concesionaria. Los precios emitidos por la firma Rieder SACI y la Compañía Imperial del Paraguay SRL no pueden tenerse como valores a tomarse en cuenta para tasar vehículos usados, como es el caso de autos. Siendo así, debe desestimarse la existencia de una venta de bienes por debajo del valor real.

Además, las cláusulas de un contrato, conforme al Art. 715 del Código Civil, tienen fuerza legal para las partes, independientemente que el precio estipulado se ajuste o no al valor que los bienes pudieran tener en el mercado, materia que no es objeto de estudio de este Tribunal y que, de cuestionarse, debe ser por la vía y en las instancias que correspondan y no por simples presunciones.

Conforme a lo expuesto precedentemente, no resulta viable la figura de la acción revocatoria, por tratarse de un acto de transferencia normal, sin perjui-

cio de terceros, por lo que corresponde revocar, con costas, los apartados 4 y 5 de la sentencia en revisión por no estar ajustado a derecho.

En cuanto a la apelación del apartado tercero de la sentencia recurrida, que impone las costas en el orden causado, debemos remitirnos al Artículo 192 en concordancia con el Art. 193 del CPC, principio general y exención de las costas.

De la constancia de autos, se desprende que a la parte actora le asistía un derecho para litigar, debido a que el mismo tenía la intención de revocar sendos actos jurídicos celebrados por las firmas Sulamericana SRL y Boquerón SA, compraventas de vehículos, ómnibus, escrituras públicas que fueron autorizadas y perfeccionadas por ante la Esc. Pública María Dorila Velazco, de acuerdo consta en los antecedentes.

Que, conforme a lo precedentemente expresado, de las constancias de autos, surge que la integración de la litis con la escribana pública María Dorila Velazco ha sido correcta y necesaria, en razón de la naturaleza de la acción ejercida, revocatoria de actos jurídicos, donde indefectiblemente deben ser citados a juicio todas las personas que han participado en los actos impugnados, para una correcta integración de la litis, sin ello, sin la participación en el proceso de las personas, no se podría haber dictado la sentencia válidamente. Existió un caso de litis consorcio necesario, por lo que el inferior consideró aplicar las costas del procedimiento en el orden causado, que a mi criterio es correcto y debe ser confirmado en esta instancia, donde igualmente las costas deben ser impuestas en el mismo sentido.

Por los fundamentos expuestos, llego a la conclusión expuesta en los párrafos que anteceden. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos, los miembros García Ayala y Dr. Paiva Valdovinos manifiestan que se adhieren al voto del Miembro preopinante, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

RESUELVE: Desestimar el recurso de nulidad interpuesto por el representante convencional de la empresa Boquerón SA. Declarar desierto el recurso

de nulidad interpuesto por el representante convencional de la Esc. Pública María Dorila Velazco Romero. Confirmar los puntos 1), 2) y 3) de la S.D. N° 774 de fecha 9 de octubre de 2008, dictada por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución. Imponer las costas en el orden causado. Revocar el apartado 4) y 5) de la S.D. N° 774 de fecha 9 de octubre de 2008, dictada por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno; y en consecuencia rechazar la demanda que promueve Pedro Andino Méndez contra Sulamericana SRL y Boquerón SA sobre revocatoria de actos jurídicos, individualizados como Escrituras Públicas N°s 3 y 6 del 28 de abril de 2005, pasadas ante la escribana pública María Dorila Velazco Romero, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas a la parte actora en ambas instancias en relación a la apelación de Boquerón SA.

Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Dr. Oscar Paiva Valdovinos.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 7

Cuestión debatida: *Del análisis de las probanzas de autos, las alegaciones de las partes, podemos puntualizar que la cuestión se refiere especialmente a los cheques presentados y base de la presente ejecución, y que no fue reclamado en tiempo oportuno para la efectivización del cobro correspondiente ante la entidad bancaria, circunstancia que originó el planteamiento de la Excepción de Inhabilidad de Título, por el accionado en autos.*

CHEQUE. Protesto del cheque.

Cabe advertir que tratándose de cheque, constituye un instrumento privado, que por sí solo no trae aparejada ejecución alguna, se requiere previamente proceder a la preparación de la acción ejecutiva, con el reconocimiento de firma y otras diligencias propias para llegar a la ejecución.

CHEQUE. Protesto del cheque.

El cheque es un documento-instrumento obligacional de carácter privado por el cual el librador asume el compromiso de satisfacer al tenedor del cheque, se trata de un derecho que tiene el portador, que por el solo hecho de no haberse presentado en tiempo oportuno, o no haya hecho reclamo alguno, no le hace perder su derecho al portador, tiene facultad de reclamar el cobro por la vía judicial preparando previamente la acción ejecutiva.

CHEQUE. Efectos del cheque

El art. 1104 del Código Civil resulta clara y expresamente que, el tenedor conserva su derecho contra el librador, por lo que de esa manera los cheques presentados son hábiles para la acción preparatoria y posteriormente la acción ejecutiva, lo que indica que la resolución dictada por la jueza es correcta y se ajusta a derecho.

Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 04-03-2011. “Pablo Vidal Ayala c. Carlos F. Rozzano Klekoc s. Acción Prep. De Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 7).

Asunción, 4 de marzo de 2011

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, a fin de determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Abog. Basilio D. García Ayala y Dr. Linneo Ynsfrán.

A la primera cuestión planteada, el Miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo dijo: El recurrente, Carlos F. Rozzano Klekoc, no interpuso este recurso, sin embargo, la jueza lo concedió por providencia de fecha 28 de octubre de 2009, pero como no se observan vicios o errores de procedimiento que motiven su tratamiento de oficio, corresponde declararlo desierto. Es mi voto.

A sus respectivos turnos, los Miembros Abog. Basilio García Ayala y Dr. Linneo Ynsfrán manifiestan adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo prosiguió diciendo: El recurrente Sr. Carlos F. Rozzano Klekoc, por

derecho propio se alza contra la Sentencia en revisión y fundamenta su apelación en su escrito de fs. 48/50, en el que manifiesta: "... El Juzgado inferior al hacer manifestaciones sobre la excepción que he interpuesto en la etapa procesal oportuna, ha analizado parcialmente nada más el expediente de marras, efectivamente lo hizo haciendo más profundo el planteamiento de la parte actora, pues en el escrito que opuse excepciones he solicitado pruebas o diligencias que deberían de haberse efectuado en sede del mismo Banco Emisor de los cheques en cuestión, es decir, el Banco Nacional de Fomento, lo que sin embargo no se ha hecho pie, pues el Juzgado de Origen ha manifestado vía providencia, de fecha 20 de julio de 2009, 'Autos para Resolver...', conforme se lee a fs. 39 de autos. Con dicha providencia (mal notificada) me ha cercenado mi defensa en juicio, y obviamente me ha dejado en estado de indefensión de demostrar que la obligación reclamada en autos NO CORRESPONDE. En este mismo escrito atacaré de nulidad dicha cédula obrante a fs. 40 de autos. Posteriormente a este acto comentado, lógicamente se ha dictado la S.D. N° 1104 de fecha 13 de octubre de 2009, en evidente estado de indefensión a mi parte, por no estudiarse la prueba que he ofrecido oportunamente, y no ha argumentado en ningún momento el motivo real o jurídico de la no producción de pruebas solicitada por la parte demandada".

Culmina su presentación en los siguientes términos: "Tener por fundado el recurso interpuesto, en los términos del escrito que antecede, oportunamente, dar curso a la apelación interpuesta y modificando la misma".

En el escrito de fs. 51, el representante convencional de la parte actora, abogado Luis A. Fernández, contesta el traslado de la fundamentación de la parte demandada en el que manifiesta: "...Que el abogado Carlos Francisco Rozzano Klekoc, demuestra poco conocimiento en materia de cheque y de procedimiento en juicio ejecutivo, al aseverar que en la interposición de la excepción de inhabilidad de título ha solicitado pruebas o diligencias que deberían haberse efectuado en la sede del mismo Banco emisor de los cheques en cuestión, es decir, el Banco Nacional de Fomento, prueba totalmente improcedente por objeto solicitado, que no corresponde en un proceso ejecutivo".

"... Que para empezar el emisor o girador del cheque es el demandado Carlos Francisco Rozzano Klekoc, tal como se desprende de los documentos (cheque) obrante a fs. 1 de autos, y no el Banco Nacional de Fomento, cuya responsabilidad termina con la entrega del talonario del cheque al titular de la

cuenta, y deriva cualquier responsabilidad sobre el uso de las hojas de cheque al cuentacorrentista”.

Concluye su presentación solicitando al Tribunal dictar resolución confirmando con costas la S.D. N° 1104 del 13 de octubre de 2009.

Del análisis de las probanzas de autos, las alegaciones de las partes, podemos puntualizar que la cuestión se refiere especialmente a los cheques presentados y base de la presente ejecución, y que no fue reclamado en tiempo oportuno para la efectivización del cobro correspondiente ante la entidad bancaria, circunstancia que originó el planteamiento de la Excepción de Inhabilidad de Título, por el accionado en autos.

Cabe advertir que tratándose de cheque, constituye un instrumento privado, que por sí solo no trae aparejada ejecución alguna, se requiere previamente proceder a la preparación de la acción ejecutiva, con el reconocimiento de firma y otras diligencias propias para llegar a la ejecución que se observa en este juicio. En autos se ha procedido previamente a la preparación, dándose así cumplimiento a los requisitos establecidos por nuestra ley de forma, cuestionamiento alguno ya no cabe a los actos procesales cumplidos en estos autos.

El cheque es un documento-instrumento obligacional de carácter privado por el cual el librador asume el compromiso de satisfacer al tenedor del cheque, se trata de un derecho que tiene el portador, que el hecho por solo de no haberse presentado en tiempo oportuno, o no haya hecho reclamo alguno, no le hace perder su derecho al portador, tiene facultad de reclamar el cobro por la vía judicial. Preparando previamente la acción ejecutiva y es lo que se da en estos autos, al respecto el Art. 1104 del Código Civil dispone: “... *El portador conserva sus derechos, contra el librador, aunque el cheque no haya sido presentado oportunamente, o no se haya formalizado el protesto o la comprobación equivalente*”.

En consecuencia, esta disposición legal resulta clara y expresa, el tenedor conserva su derecho contra el librador, por lo que de esa manera los cheques presentados son hábiles para la acción preparatoria y posteriormente la acción ejecutiva, lo que indica que la resolución dictada por la jueza es correcta y se ajusta a derecho.

Los otros argumentos del demandado-apelante no corresponde su tratamiento en esta instancia, teniendo en cuenta que no ha sido objeto de discusión en la debida oportunidad, y que el apelante no ha hecho uso de los resortes procesales, como cuestionar la no-apertura de la causa a prueba, el llamamiento

JURISPRUDENCIA

de autos para resolver, la supuesta indefensión que invoca y otros, lo que nos conduce a determinar que hubo aceptación y consentimiento del recurrente, porque no interpuso los recursos pertinentes en debido tiempo.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la perdedora, conforme a lo dispuesto por los Arts. 192 y 203 del CPC. Es mi voto.

A sus respectivos turnos, los señores Miembros Abog. Basilio García y Dr. Linneo Ynsfrán manifiestan adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando conmigo los señores Miembros de conformidad, quedando acordada la sentencia que sigue, todo por ante mí de que certifico.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

RESUELVE:

Declarar desierto el recurso de nulidad.

Confirmar, con costas, la S.D. N° 1104 de fecha 13 de octubre de 2009, dictada por la Jueza de Justicia Letrada del Primer Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la parte resolución.

Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Linneo Ynsfrán Saldívar.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 18

Cuestión debatida: *Del análisis de los autos principales surge que en los términos del escrito de demanda el actor, promueve demanda ordinaria por Cumplimiento de Contrato y Cobro de Guaraníes contra la empresa Real Paraguaya de Seguros SA, pretendiendo que la demandada le abone la suma de Guaraníes ciento ochenta y dos millones (Gs. 182.000.000), más intereses y costas, teniendo en cuenta la pérdida de un vehículo asegurado bajo los términos del*

contrato de seguro instrumentado en la Póliza, emitida a su favor por la demandada. El siniestro, conforme a los términos de la demanda, ocurrió encontrándose en plena vigencia la cobertura de la referida póliza, por lo que el eje central del problema gira indudablemente en torno a la determinación de si dicha causal puede ser o no aplicada en los casos en que no sea el asegurado quien conduzca el vehículo asegurado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. SEGURO.

La obligación de indemnizar por parte de la Compañía Aseguradora admite excepciones, vale decir, casos en los cuales la empresa queda exenta de la obligación de tener que reparar el daño sufrido por el asegurado, por motivos que pueden ir desde la denuncia tardía del siniestro hasta la culpa grave del asegurado.

SEGURO. Acción directa contra el asegurador. DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

La culpa grave prevista como causal de eximición debe ser personal del asegurado, ya que su gravedad se equipara al dolo y porque se trata de una limitación subjetiva del riesgo, vale decir, solo la culpa personal del asegurado puede liberar a la Aseguradora y no la de terceros por quienes aquél no debe responder.

SEGURO. Acción directa contra el asegurador. DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

Se exige una conducta lindante con el dolo, o sea, una verdadera culpa con representación (dolo eventual) que denoten una conducta personalísima del agente, que debe identificarse con la voluntad consiente del asegurado, en el sentido de que ocasionó voluntariamente el hecho para que la empresa aseguradora quede exenta de la obligación de reparar.

SEGURO. Acción directa contra el asegurador. DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

En nuestra legislación el tema se halla expresamente previsto en el artículo 1609 del Código Civil, que prescribe que “el asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro, dolosamente o por culpa grave”.

CONTRATO. Cumplimiento de contrato. SEGURO.

Indudablemente que un tercero que se encontraba conduciendo en forma ocasional el vehículo asegurado y siniestrado, no reviste jurídicamente el carácter de tomador o beneficiario en el contrato de seguro, (art. 1609 del C.c.) por lo

que la causal de exclusión de la cobertura alegada por la empresa aseguradora no puede ser aplicada al caso de autos por lo cual corresponde hacer lugar a la demanda ordinaria por cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes.

INTERESES. Tasa de interés.

Los intereses han sido establecidos a una tasa del 2,5% mensual, desde la fecha en que incurrió en mora la aseguradora, hasta la fecha de pago efectivo. De modo que la decisión apelada se encuentra ajustada a derecho, por lo que debe ser confirmada.

PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial.

En ningún caso el informe pericial puede concluir sobre la culpabilidad de los sujetos ni mucho menos juzgar los hechos, porque esa es una facultad exclusiva del juzgador.

PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial. Apreciación de la prueba pericial.

Los informes periciales deben ceñirse al estudio pormenorizado de las piezas que fueron partes del siniestro y el estado en que quedaron luego del accidente, los rastros materiales y la configuración de las artes en las cuales se produjo el hecho como así también abocarse al estudio de las cuestiones de física en relación con el impacto sufrido por las masas y la velocidad que llevaban las mismas.

INSTRUMENTO PÚBLICO. Requisitos para su validez.

Un acta o parte policial solo alcanza en su fección a los actos acontecidos o pasados directamente ante el oficial interviniente, no a los referidos por otros, es decir, si bien éste constituye un instrumento público a tenor del art. 375 inc. b) del Código Civil y por tanto hace plena fe, solo reviste tal carácter de fección en aquellos hechos o sucesos que el funcionario constató o en los que intervino personalmente.

INSTRUMENTO PÚBLICO. Requisitos para su validez.

Solo lo constatado personalmente por el oficial tiene plena fe, en tanto que los hechos que no fueron constatados o presenciados por el mismo, no lo tendrán

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente de tránsito. CONTRATO. Cumplimiento de contrato.

Al estar asegurado el vehículo como tal, independientemente de quien haya sido su conductor, corresponde a la empresa aseguradora indemnizar al actor, puesto que no se ha podido comprobar con certeza la existencia de culpa

grave o dolo que se necesita para que la aseguradora alegue el inc. a) de los casos no indemnizables, correspondientes a las condiciones particulares especiales del seguro de automóviles y finalmente dar cumplimiento al objeto del contrato de seguros, cual es –como bien lo dijéramos *ad initio*– mantener indemne al asegurado por los daños que se registren en el vehículo de su propiedad.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

El Código Civil permite que sean indemnizables solo los perjuicios morales causados a los herederos forzosos, no a otros deudos, parientes o amigos que, si bien pudieran también de hecho sentirse afectados moralmente por el hecho, son excluidos expresamente por la ley como legitimados activos al cobro de una indemnización civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

En el presente caso, quien reclama el daño moral no tiene relación alguna con la que resultara víctima fatal del accidente y tampoco ha demostrado haber abonado a los legitimados activos suma alguna en tal concepto.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

No corresponde admitir la indemnización en concepto de daño moral, dado que en autos no consta que algún heredero de la fallecida haya reclamado esta suma al asegurado.

INTERESES. Tasa de interés.

El agravio referido al porcentaje de interés aplicado por la jueza inferior – 2,5% mensual–, el cual el apelante considera usurario, no puede tener acogida favorable, ya que la tasa de interés otorgado por la jueza inferior se halla dentro de los parámetros establecidos por reiterada jurisprudencia correspondiente a la normativa del art. 475 del Código Civil y sus leyes modificatorias, que las determina en base a las establecidas por el Banco Central del Paraguay.

Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 22-03-2011. “Arturo Vladimir Urunaga Olmedo c. Real Paraguaya de Seguros S.A. s. Cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes ordinario” (Ac. y Sent. N° 18).

Asunción, 22 de marzo de 2011

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: Eusebio Melgarejo Coronel, Valentina Núñez González y María Mercedes Buongermini Palumbo.

A la primera cuestión planteada, el Miembro preopinante Dr. Melgarejo Coronel dijo: El recurso de nulidad no ha sido interpuesto ni fundado por el recurrente, además no se observan vicios en el procedimiento ni en la sentencia misma que motiven la nulidad, por lo que corresponde desestimar este recurso. Es mi voto.

A su respectivo turno, la magistrada Valentina Núñez González manifiesta adherirse al voto precedente, por sus mismos fundamentos.

Opinión de la magistrada Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo.

Nulidad: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto; y dado que no se advierten en la sentencia recurrida vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A la segunda cuestión planteada, el Miembro preopinante Dr. Melgarejo Coronel prosiguió diciendo: El representante convencional de la parte demandada, Abog. Hassel Aguilar Sosa, se alza contra la referida sentencia a través del escrito glosado a fs. 381 a 396 de autos, que resumidamente expresa: "... Análisis del fallo apelado: Entrando ahora al análisis del fallo apelado, reconoce la jueza: "teniendo en cuenta los desperfectos sufridos por el vehículo asegurado, resulta el mismo era conducido a una velocidad superior a los 60 km/h..."; sin embargo, le resta importancia a esta circunstancia porque "existe divergencia en la opinión de los peritos". Y a continuación, la sentencia ya se ocupa directamente de la S.D. N° 51 de fecha 28 de agosto de 2006, dictada por el Juzgado Municipal de Faltas, en la que se declaró como responsable del accidente al conductor Emigdio Rolón Caballero, y absolvió al conductor, Luis Alberto Dávalos y ahondando más en el análisis –dice la sentencia de la A-quo– tenemos que de conformidad a los términos de la Ordenanza Municipal N° 31/04, el ómnibus que se vio involucrado en el percance tenía prohibido circular por la Ruta Internacional N° 7 desde el Km. 1 hasta el km. 10, ya sea que se encuentre en línea o fuera de servicio, por lo que el origen del siniestro –según la juzgadora– se encuentra en el hecho de que el ómnibus de propiedad de la empresa Ciudad Jardín SRL se haya encontrado circulando por un lugar que tenía absolutamen-

te prohibido, en total contravención a lo que dispone la Ordenanza Municipal N° 31/04 (sic). Que, en relación a las precedentes consideraciones contenidas en el fallo apelado, es dable manifestar y afirmar a su respecto que, en primer lugar, es falsa y tendenciosa la afirmación del Juzgado, de que la Ordenanza Municipal N° 31/04, glosada a fs. 79/83 de autos, ha establecido –como se afirma en la sentencia apelada– que existiera una prohibición absoluta a la empresa Ciudad Jardín SRL para circular por la Ruta N° 7, desde el km. 1 hasta el km. 10, y que el origen del siniestro se encuentra en el hecho de que el ómnibus citado se encontraba en total contravención a lo que se disponía en la aludida ordenanza. Tal prohibición, Excmo. Tribunal, en efecto, no existe ni existió nunca, pues la Ordenanza N° 31/04 se dictó sola y únicamente para establecer los itinerarios de las empresas de servicios de transportes de pasajeros, tal como fácilmente VV.EE. podrán advertir, leyendo la mencionada Ordenanza N° 31/04 JM, glosada a fs. 79/83 de autos”.

En otro apartado del escrito, el apelante afirma: “... Pero, aún suponiendo que tal disposición de prohibición absoluta exista, cosa que el tribunal podrá advertir que no existe, así y todo, el hecho de estar el ómnibus circulando por la ruta N° 7 a las 4:30 de la madrugada, solo podría haber constituido una infracción puramente administrativa, que a lo más podría merecer una sanción de multa, esto es, tal circunstancia no podría significar que el conductor de la camioneta, Sr. Luis Alberto Dávalos, pudiera tener licencia para circular por la misma ruta a velocidad tal como para que viniera a chocar violentamente en la parte trasera del ómnibus que circulaba por delante de aquella, provocando de esta manera, por culpa grave en el manejo, por desatención e imprudencia total, un accidente que motivó la destrucción total de la camioneta, lesiones al conductor y la muerte de su acompañante. Esta es, Excmo. Tribunal, una realidad que es imposible desconocer, toda vez que aquí, el hecho ocurrió porque el conductor de la camioneta ocasionó el accidente, el que chocó violentamente contra el ómnibus de Ciudad Jardín SRL, de donde se deduce en forma clara y sin discusión posible, que la jueza que dictó la sentencia ahora recurrida, evidentemente no ha considerado las pruebas relevantes que mi parte aportó al proceso. Definitivamente, por lo tanto, mi parte sostiene que la jueza que dictó el fallo apelado, erró de cabo a rabo, al sostener en su sentencia que el conductor del ómnibus de Ciudad Jardín SRL es el responsable del accidente, cuando la verdad real y la verdad jurídica dicen todo lo contrario”.

En otro apartado del escrito presentado ante esta instancia, el apelante afirma: "... Que, en este orden de ideas, la supuesta prevalencia del Art. 1609 del CC en este caso es inadmisibile, en primer lugar porque el citado artículo del CC no es de orden público y, en segundo lugar, porque las pólizas emitidas por las aseguradoras en nuestro país, en muchos aspectos no son iguales a las emitidas en la República Argentina, como en este caso sucede, en que si bien el artículo 1609 es copia del artículo 70 de la Ley de Seguros N° 17.418 de dicho país, no obstante lo cual la póliza de seguro tiene una redacción bien precisa y la misma se rige por la Ley 827/96 de Seguros, vigente en la República del Paraguay y se halla registrada y admitida por la Superintendencia de Seguros de nuestro país, por lo que no se puede discutir su validez y aplicabilidad en nuestros tribunales, lo cual no constituye causal de nulidad ni cosa por el estilo..."

El escrito culmina con la petición de que se tenga por presentado en tiempo y forma el escrito de expresión de agravios, se corra traslado a la parte actora y en su oportunidad se dicte Acuerdo y Sentencia disponiendo la nulidad de la sentencia dictada en estos autos y/o revocando la resolución apelada, con costas.

A fs. 400/404 obra el escrito presentado por el abogado Horacio García Barros, en representación del actor, Sr. Arturo Vladimir Urunaga Olmedo, que resumidamente expresa: "... En conclusión: en la sentencia definitiva N° 778 de fecha 11 de setiembre de 2008, la jueza ha aplicado correctamente el derecho, previo análisis de las constancias de autos y del material probatorio producido por ambas partes. Estando vigente la cobertura extendida por la póliza de seguros N° 16.0501.038790 emitida por la firma Real Paraguaya de Seguros SA a favor del Sr. Arturo Vladimir Urunaga Olmedo, ocurrió un accidente de tránsito del cual resultó la pérdida del bien asegurado. La denuncia a la empresa de seguros fue efectuada en tiempo y forma y la misma decidió no honrar el contrato de seguros alegando "culpa grave", sin haber realizado ninguna pericia previa. A través de las constancias de autos, evaluadas correctamente por la señora Jueza, el accidente de tránsito fue ocasionado por culpa exclusiva de un ómnibus de la empresa Ciudad Jardín SRL, que se encontraba circulando por la Ruta Internacional VII en total contravención a la Ordenanza Municipal N° 31/04. En ese administrativa fue investigado el accidente de tránsito y declarada la culpa exclusiva del conductor del ómnibus, siendo absuelto el conductor de la camioneta Toyota (asegurada). La adversa ha alegado que la camioneta era guiada a una velocidad superior a la permitida, sin embargo, ese extremo no ha

sido acreditado fehacientemente en autos y, es más, ni aún en el hipotético caso de que así hubiera sido –que no lo fue– ese hecho no puede serle imputado al asegurado, Sr. Arturo Urunaga, ya que no era él quien guiaba el vehículo asegurado. Por lo tanto, la causal de eximición indemnizatoria alegada por la demandada (culpa grave) no resulta aplicable al caso de autos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil. El accidente ocurrió porque un “despreocupado” conductor de ómnibus, que era una verdadera chatarra ambulante (modelo 1975, ¡sin luces!), circulaba por una ruta internacional, pese a una prohibición legal, en sentido contrario. Mi parte ha probado todos y cada uno de los extremos que tornan viable el presente reclamo indemnizatorio, considerados debidamente por la A-quo al sentenciar, incluidos los rubros y cifras establecidos. La adversa, a través de triviales argumentos busca burlar el cumplimiento de la obligación legal y contractual que posee, en el sentido de indemnizar a mi representado”, concluye el escrito presentado ante instancia por la actora y apelada.

Del análisis de los autos principales surge que en los términos del escrito de demanda (fs. 103/117), el actor, Sr. Arturo Vladimir Urunaga Olmedo, promueve demanda ordinaria por Cumplimiento de Contrato y Cobro de Guaraníes contra la empresa Real Paraguaya de Seguros SA, pretendiendo que la demandada le abone la suma de Guaraníes ciento ochenta y dos millones (Gs. 182.000.000), más intereses y costas, teniendo en cuenta la pérdida de un vehículo asegurado bajo los términos del contrato de seguro instrumentado en la Póliza N° 16.0501.038790, emitida a su favor por la demandada. El siniestro, conforme a los términos de la demanda, ocurrió encontrándose en plena vigencia la cobertura de la referida póliza.

La parte demandada, Real Paraguaya de Seguros SA, a través de su representante convencional, Abog. Hassel Aguilar Sosa, ha contestado la demanda en los términos del extenso escrito de fs. 133/147 de autos. La posición jurídica de la demandada gira en torno a que el siniestro fue rechazado, teniendo en cuenta la cláusula contractual, prevista en la póliza de seguros, Condiciones Particulares Específicas, Casos no Indemnizables, dada la “culpa grave” del conductor del vehículo asegurado.

Ahora bien, del análisis de la sentencia recurrida surge que la Jueza, haciendo una síntesis de los argumentos expuestos por las partes, manifiesta que éstas se hallan de acuerdo en relación a la existencia del contrato de seguro,

instrumentado en la Póliza N° 16.0501.38790, así como a su vigencia al momento de ocurrir el siniestro que motivó la presente demanda.

Por medio de la referida póliza de seguros se aseguró la camioneta marca Toyota, tipo Hilux, modelo 2006, con vigencia desde el 07 de junio de 2006 hasta el 07 de junio de 2007. Dentro de ese lapso de tiempo, específicamente en fecha 14 de julio de 2006, ocurrió un accidente de tránsito, que derivó en la pérdida del bien asegurado.

Al momento de ocurrir el siniestro, el vehículo asegurado no era conducido por el asegurado, sino por un tercero, Sr. Luis Alberto Dávalos, con autorización de aquél. Este aspecto resulta trascendental a los efectos de la resolución de este caso, ya que la demandada ha alegado “culpa grave” del conductor de la camioneta asegurada como causal de eximición de la cobertura, por lo que el eje central del problema gira indudablemente en torno a la determinación de si dicha causal puede ser o no aplicada en los casos en que no sea el asegurado quien conduzca el vehículo asegurado.

El contrato de seguro es un instrumento que promueve para el asegurado la garantía o cobertura en punto a la eventualidad de producción de eventos dañosos (riesgos). Como contrato de previsión, tiende a neutralizar las consecuencias desfavorables que puede producir un acaecimiento futuro e incierto. Básicamente, la esencia del contrato se puede resumir en la obligación primaria que posee el asegurador, cual es, para Stiglitz, “la de efectuar la prestación de reparación en caso de siniestro”.

Empero, como acertadamente lo señala la Jueza de la instancia inferior, esa obligación de indemnizar por parte de la Compañía Aseguradora admite excepciones, vale decir, casos en los cuales la empresa queda exenta de la obligación de tener que reparar el daño sufrido por el asegurado, por motivos que pueden ir desde la denuncia tardía del siniestro hasta la culpa grave del asegurado.

En el caso de autos, precisamente ha sido la culpa grave del conductor de la camioneta asegurada, la causal de eximición que invocó la empresa aseguradora para no atender el reclamo indemnizatorio, por supuesto exceso de velocidad.

Ahora bien, el eje central del presente caso, como se afirmara más arriba, se centra en decidir si esa culpa grave invocada por la Aseguradora resulta aplicable, ya que el conductor del vehículo siniestrado no era el asegurado, sino

un tercero. Al respecto, la A-quo se ha pronunciado negativamente y la decisión tomada es acertada.

En efecto, la culpa grave prevista como causal de eximición debe ser personal del asegurado, ya que su gravedad se equipara al dolo y porque se trata de una limitación subjetiva del riesgo, vale decir, solo la culpa personal del asegurado puede liberar a la Aseguradora y no la de terceros por quienes aquél no debe responder.

Ello es así, por cuanto que se exige una conducta lindante con el dolo, o sea, una verdadera culpa con representación (dolo eventual) que denoten una conducta personalísima del agente, que debe identificarse con la voluntad consciente del asegurado, en el sentido de que ocasionó voluntariamente el hecho.

Dicho en otros términos, la cláusula de exoneración por culpa grave solo puede funcionar entre los contratantes del seguro, ya que se excluye de la cobertura a aquellos siniestros que encuentran su causa en el arbitrio del asegurado, para evitar que por hechos dolosos de éste se altere el estado del riesgo asumido por el asegurador.

En nuestra legislación el tema se halla expresamente previsto en el artículo 1609 del Código Civil, que prescribe que “el asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro, dolosamente o por culpa grave”. Indudablemente que un tercero que se encontraba conduciendo en forma ocasional el vehículo asegurado y siniestrado, no reviste jurídicamente el carácter de tomador o beneficiario en el contrato de seguro, por lo que la causal de exclusión de la cobertura alegado por la empresa aseguradora no puede ser aplicada al caso de autos y la conclusión a la que arribara la jueza de la instancia inferior se halla ajustada a derecho.

En cuanto al monto fijado en primera instancia, también resultado acertado. La Jueza estableció la suma de guaraníes ciento sesenta y dos millones (Gs. 162.000.000), en base a lo establecido en la póliza de seguros N° 16.0501.038790, en el acápite de “Coberturas Básicas” II, Accidentes, y la suma de guaraníes veinte millones (Gs. 20.000.000), teniendo en cuenta lo previsto en el capítulo de “Coberturas para los ocupantes del vehículo asegurado”, donde se fijó la suma de guaraníes veinte millones (Gs. 20.000.000), en caso de muerte por cada ocupante del vehículo asegurado. El pago de la suma de Gs. 20.000.000, el cual correspondería a los “ocupantes del vehículo asegurado” a criterio de este Tribunal es acertado, debido a que el contrato de seguro fue suscripto por el propie-

tario de la camioneta, sin perjuicio, claro, que posteriormente los herederos de la fallecida reclamen al demandante señor Arturo Vladimir Urunaga dicha suma.

Los intereses han sido establecidos a una tasa del 2,5% mensual, desde la fecha en que incurrió en mora la aseguradora, 26 de octubre de 2006 hasta la fecha de pago efectivo. De modo que la decisión apelada se encuentra ajustada a derecho, por lo que debe ser confirmada.

En cuanto a las costas, conforme al principio general consagrado en el artículo 192 del CPC, deben ser impuestas a la parte apelante perdedora.

Después de realizar un análisis minucioso de los autos y de la sentencia apelada, llego a la conclusión expuesta en los párrafos que anteceden y, en consecuencia, voto en el sentido expuesto en los mismos.

A su respectivo turno, la magistrada Valentina Núñez González manifiesta adherirse al voto precedente, por sus mismos fundamentos.

Opinión de la magistrada Dra. María Mercedes Buonghermini Palumbo:

Apelación: En primer lugar diremos que la pretensión del demandante es efectivamente por incumplimiento del contrato de seguros, como claramente se indica en el escrito de demanda, primero en el planteamiento inicial (fs. 103) y luego en el petitorio final (fs. 116/117). Y es en tales términos como se corre traslado de la demanda, por providencia de fecha 20 de febrero de 2007 (fs. 117 vlta.), y como se notifica al demandado (fs. 126/127). Es claro, pues, que la demanda ha sido trabada en razón del contrato de seguros concertado con la entidad aseguradora demandada. La pretensión resarcitoria se basa, precisamente, en el cumplimiento de este contrato, cuya función primera y prestación principal es mantener indemne –dentro del límite de la cobertura– al asegurado, asumiendo sus riesgos por actos propios o de terceros. En el presente caso el hecho generador de la obligación de mantener indemne es un accidente de tránsito. Así, la compañía aseguradora al indemnizar al tomador por este hecho, no hace sino cumplir la prestación a la que se obligó contractualmente.

Aquí se discute si corresponde o no a la compañía aseguradora indemnizar al Sr. Arturo Vladimir Urunaga Olmedo por los daños que fueron producto de un accidente de tránsito ocurrido en fecha 14 de julio de 2006, en virtud de lo dispuesto en la correspondiente póliza de seguro. Estos daños se refieren a aquellos registrados en el vehículo automotor del asegurado –camioneta Toyota Hilux– y en una persona que iba como pasajera en el mismo a la hora de regis-

trarse el siniestro –muerte de la esposa del conductor, quien a su vez es un tercero autorizado por el propietario para conducir su vehículo–.

La compañía aseguradora sostiene que el Sr. Arturo Vladimir Urunaga Olmedo no tiene derecho a percibir la indemnización correspondiente al cumplimiento del contrato de seguros celebrado entre ambos, en razón de que el accidente de tránsito fue consecuencia del exceso de velocidad por parte del conductor del vehículo asegurado, lo que constituye una causal de exclusión de responsabilidad de la aseguradora a los efectos de indemnizar. Dice además que la mentada causal se halla inserta dentro de las cláusulas previstas para los casos no indemnizables, correspondientes a las condiciones particulares del seguro de automóviles. Por su parte, el actor –y asegurado– alega que la colisión en la cual participara el Sr. Luis Alberto Dávalos –autorizado por documento obrante a fs. 91 de autos para manejar el rodado– se produjo exclusivamente por culpa del ómnibus de la empresa Ciudad Jardín SRL, que intempestivamente atrasó del carril izquierdo –por donde circulaba– al carril derecho, maniobra que hizo imposible que el conductor de la camioneta frenara sin embestir a aquel, pese a que la velocidad que mantenía el vehículo no superaba los 60 km/h.

Está, pues, en disputa, así como la imputación de la culpa a la par que se cuestiona uno de los tipos de daños reclamados por la actora. Hemos de empezar por lo primero y, en este tren, debemos establecer si el accidente involucró alguna transgresión de las reglas de tránsito y a quién debe atribuirse dicha circunstancia, para luego –como ya se dijera *supra*– analizar si corresponde o no a la parte demandada cumplir con el contrato de seguro celebrado con el actor en estos autos.

En cuanto a la forma como sucedieron los hechos y por ende la atribución de responsabilidad a una de las partes, debemos decir que si bien a fs. 85/87 de autos obra la resolución dictada por el Juzgado de Faltas y Contravenciones Regional N° 4, en virtud del cual se declaró como responsable del accidente al conductor del ómnibus, Sr. Emigdio Rolón Carballo y se absolvió de culpa de pena al conductor del vehículo de la parte actora, Sr. Luis Alberto Dávalos, esa resolución municipal de faltas no constituye prejudicialidad respecto de los factores mencionados *ad initio*, y que es facultad del órgano jurisdiccional examinar *ex novo* la ocurrencia, pertinencia y fundabilidad de los mismos, como lo haremos en autos, sin perjuicio de considerar el juzgamiento administrativo como un indicio o una prueba más entre las rendidas en juicio legal.

Por ende, lo único concreto, desde el punto de vista probatorio objetivo que tenemos para analizar esta causa es la mecánica de colisión que surge de las fotografías agregadas a autos y los daños surgidos de éstas. En cuanto a la eficacia probatoria de la prueba pericial, sabemos que este tipo de prueba es un dictamen no vinculante, previo estudio de los eventos controvertidos en juicio, realizado por un experto en el tema a fin de aclarar los hechos al juez para que éste pueda llegar a sus propias conclusiones. En ningún caso el informe pericial puede concluir sobre la culpabilidad de los sujetos ni mucho menos juzgar los hechos, porque esa es una facultad exclusiva del juzgador. Así pues, al pretender dar eficacia a un peritaje basado en una especie de reconstrucción de los hechos o de una inspección en el mismo horario en que haya sucedido los hechos y con la velocidad que alegaron las partes no puede tener el sustento científico que caracteriza a la labor de los peritos, ya que los mismos deben ceñirse al estudio pormenorizado de las piezas que fueron partes del siniestro y el estado en que quedaron luego del accidente, los rastros materiales y la configuración de las arterias en las cuales se produjo el hecho como así también abocarse al estudio de las cuestiones de física en relación con el impacto sufrido por las masas y la velocidad que llevaban las mismas. Cabe mencionar que las pericias fueron practicadas once meses después de ocurrido el siniestro en cuestión, lo que hace suponer que las aseveraciones “... se pudo constatar la presencia de ‘huellas de hendiduras’ [...]. Estas huellas de hendidura fueron ubicadas en la pista derecha del carril lado Norte, con sentido de dirección hacia el Oeste...”, que se presentarían como indicativas de la ocurrencia del accidente que nos ocupa – evidencias físicas de arrastre post-impacto–, y de las cuales el perito concluye que la imputabilidad del accidente recae sobre el conductor de la camioneta Toyota Hilux por exceso de velocidad, resultan poco creíbles dado el tiempo transcurrido, la posibilidad de perdurabilidad de tales elementos y de la posible ocurrencia de otros siniestros o circunstancias ajenas al accidente de tránsito objeto de la pericia en dicho lapso y no esclarece causas que dieron lugar al mismo. En definitiva, no es poco relevante la circunstancia de que el análisis pericial fue realizado en el año 2007, vale decir, prácticamente un año después del siniestro. Las pericias devienen insuficientes para esclarecer los hechos, lo que implica que no lograron probar de forma fehaciente la tesis de cómo sucedieron los hechos o cómo presumiblemente se produjeron los daños.

Luego, corresponde decir que los relatos existentes en autos son los sinte-

tizados por el liquidador de siniestros, Víctor Filippini Bogado en su informe obrante a fs. 42/77 que se basa en informes provenientes de la Policía Caminera y de lo declarado por unos testigos en el expediente penal existente en contra del conductor del ómnibus, Sr. Emigdio Rolón Carballo, de que solo se hallan ciertas partes y fojas agregadas a este expediente civil. En este punto debemos recordar igualmente que, de todos modos, un acta o parte policial solo alcanza en su fedación a los actos acontecidos o pasados directamente ante el oficial interviniente, no a los referidos por otros, es decir, si bien éste constituye un instrumento público a tenor del art. 375 inc. b) del Código Civil y por tanto hace plena fe, solo reviste tal carácter de fehaciencia en aquellos hechos o sucesos que el funcionario constató o en los que intervino personalmente. De la supuesta transcripción del parte policial surge que el inspector de la Policía Caminera se constituyó en el lugar del accidente a las 04:30 hs. y al mismo tiempo consta que el accidente ocurrió el día 14 de julio de 2006 a las 04:30 hs. aproximadamente, no puede precisarse si fue redactado inmediatamente luego del accidente o con un intervalo de tiempo mayor. En efecto, el siniestro se produjo en fecha 14 de julio de 2006 a las 04:30 hs., sin embargo, la Nota N° 47/2006 de la Comisaría N° 23 (fs. 41), según el cargo obrante al pie de la misma, fue expedida el mismo día en que ocurrió el accidente pero a las 10:50 hs. De ello surge que no todas las circunstancias del accidente fueron apreciadas directamente por el funcionario público y, por tanto, en resumidas cuentas solo lo constatado personalmente por el oficial tiene plena fe, en tanto que los hechos que no fueron constatados o presenciados por el mismo, no lo tendrán. Por ello debemos tomar en especial consideración las otras constancias del expediente para poder determinar el grado de culpabilidad de los protagonistas de la colisión.

Respecto del punto mencionado *supra*, referente a la velocidad de circulación del vehículo embistente, cabe puntualizar que independientemente de conocer la velocidad exacta con la que circulaba el vehículo asegurado—camioneta Toyota Hilux, guiada por el Sr. Luis Alberto Dávalos— es imposible que lo haya hecho con la velocidad que dice haber llevado, puesto que de las documentales obrantes a fs. 101/102 surgen que el mentado vehículo sufrió un gran impacto, de ahí los extensos daños que se produjeron en su parte delantera, al igual que lo ocurrido con el lado izquierdo de la parte trasera del ómnibus demuestra que si el Sr. Luis Alberto Dávalos hubiera circulado a 60 km/h, al haber visto al ómnibus de la Empresa Ciudad Jardín SRL, debería haber podido aminorar su

velocidad, de haber guardado las distancias de circulación entre vehículos, como lo manda el Reglamento de Tránsito. Ello crea la convicción de que la velocidad no era la prudencial alegada por el actor.

Luego de lo expresado debemos concluir que efectivamente hubo un exceso de velocidad por parte del conductor de la camioneta asegurada, lo cual no implica necesariamente culpa grave de éste. Ahora bien, respecto del agravio que el ómnibus tiene una prohibición para circular por la ruta donde se registró el accidente de tránsito es preciso mencionar que el itinerario que deben seguir los ómnibus de cada empresa de transporte público de pasajeros está contenido en la Ordenanza N° 31/2004, que obra a fs. 79/83 de autos. De la misma surge que a la Línea 1 de la Empresa de Transporte Ciudad Jardín SRL –ómnibus involucrado en el accidente– corresponde el tramo Mercado de Abasto - Km. 8,500 Caaguay Rory; salida de Enfermeras del Chaco, Avda. Bernardino Caballero-Pioneros del Este hasta Avda. San Blas - hasta Avda. Estados Unidos (ex calle 8,500 Acaray) hasta la fracción Caaguay Rory hasta Km. 2,500 de la ruta VII y luego doblando a la izquierda hasta salir en la calle Rca. de Venezuela (ex calle 9) y viceversa (retorno)”. El oficio N° 1.210 de fecha 18 de agosto de 2006, en virtud del cual la jueza de faltas de la Cuarta Sala - Tránsito, abogada Liz María Magnolia Pereira Florentín manifiesta que “ningún colectivo de transporte del área urbana está autorizado a circular sobre la ruta N° 07 Dr. Francia, desde el km. 1 hasta el km. 10, en línea o fuera de servicio”, ello implica que el hecho de que el ómnibus haya circulado por la Ruta Internacional N° 7, Gaspar Rodríguez de Francia, a la altura del Km. 5 1/2, constituye una violación a la normativa municipal mencionada más arriba.

Igualmente, la parte accionante atribuye al ómnibus de la Empresa Ciudad Jardín SRL de haber causado el accidente, basado en que el conductor de la camioneta asegurada no lo pudo visibilizar al realizar el cambio de carril, ya que no contaba con las luces traseras reglamentarias. En relación con este punto debemos decir que ni las pericias realizadas en autos ni el parte policial nada dicen al respecto. Y por tanto no podemos tener este hecho como cierto.

En consecuencia, al estar asegurado el vehículo como tal, independientemente de quien haya sido su conductor, corresponde a la empresa aseguradora indemnizar al Sr. Arturo Vladimir Urunaga Olmedo, puesto que no se ha podido comprobar con certeza la existencia de culpa grave o dolo que se necesita para que la aseguradora alegue el inc. a) de los casos no indemnizables, correspon-

dientes a las condiciones particulares especiales del seguro de automóviles y finalmente dar cumplimiento al objeto del contrato de seguros, cual es –como bien lo dijéramos *ad initio*– mantener indemne al asegurado por los daños que se registren en el vehículo de su propiedad.

Ahora, entrando al análisis de los rubros cuya reparación pretende la actora sustentado en la póliza de seguro, primeramente reclama la suma de Gs. 162.000.000 por los daños sufridos por el vehículo asegurado en ocasión del accidente de tránsito, siniestro previsto específicamente en las “coberturas básicas” de la póliza: “... ACCIDENTES. Por los daños o roturas sufridas por el automóvil que sean el resultado único y directo de un accidente hasta la suma equivalente al valor del automóvil en el momento del siniestro, la que no podrá exceder de Gs. 162.000.000...” (sic fs. 09). La *iudex a quo* concedió el monto petitionado por la actora –Gs. 162.000.000–, sin embargo, la demandada no expresó agravios puntualmente respecto de este rubro, razón por la cual la sentencia de primera instancia es inmodificable en relación con este punto, en virtud de lo dispuesto por el art. 420 del Cód. Proc. Civ. Por lo demás, en lo que hace al monto estipulado por los daños sufridos por el vehículo, esta circunstancia no fue objeto de contradicción en la contestación de la demanda, por parte de la accionada, en la instancia inferior. En efecto, el actor estableció en su demanda la cuantificación precisa de su pretensión –Gs. 162.000.000– que es también el valor asignado al vehículo siniestrado. El demandado tiene la carga procesal de contestar todas las pretensiones, so pena de admitirlas, art. 235 inc. a) del Cód. Proc. Civil. No habiéndolo hecho así en la etapa procesal correspondiente, le precluye el derecho de hacerlo en la instancia superior. Máxime considerando que, al no oponerse, no resultó un hecho controvertido y por consiguiente objeto de actividad probatoria. Por último, tomando como parámetro el tipo de vehículo siniestrado –camioneta Toyota Hilux CD, año 2006–, así como el estado del vehículo posterior al accidente de tránsito, según se aprecia de las fotografías de fs. 101, la suma solicitada no resulta tampoco desmesurada.

En cuanto a la suma monetaria reclamada por el accionante –Gs. 20.000.000– en concepto de indemnización por el daño moral producto de la muerte de la esposa del conductor de la camioneta asegurada, quien iba como acompañante del mismo. El daño moral admitido por nuestro Cód. Civ. es fundamentalmente *iure proprio*, vale decir, no se encuentran aquí en juego las afecciones del difunto, sino las de aquellos que han sentido su pérdida. En este

sentido, el Código Civil permite que sean indemnizables solo los perjuicios morales causados a los herederos forzosos, no a otros deudos, parientes o amigos que, si bien pudieran también de hecho sentirse afectados moralmente por el hecho, son excluidos expresamente por la ley como legitimados activos al cobro de una indemnización civil.

En el presente caso, quien reclama dicho rubro no tiene relación alguna con la que resultara víctima fatal del accidente y tampoco ha demostrado haber abonado a los legitimados activos suma alguna en tal concepto.

Así pues, ese monto reclamado en tal concepto no corresponde que sea pagado por la aseguradora. En efecto, el actor no tenía relación de parentesco alguno con la víctima ni es heredero forzoso de ésta, tanto en virtud de lo mencionado *supra* como según lo establecido en la póliza de seguros que dispone que en caso de muerte se pagará Gs. 20.000.000 a los herederos legales que reclamen. Por lo tanto, no corresponde admitir la indemnización en concepto de daño moral, dado que en autos no consta que algún heredero de la fallecida haya reclamado esta suma al asegurado, Sr. Arturo Vladimir Urunaga Olmedo.

Finalmente, el agravio referido al porcentaje de interés aplicado por la jueza inferior –2,5% mensual–, el cual el apelante considera usurario, no puede tener acogida favorable, ya que la tasa de interés otorgado por la jueza inferior se halla dentro de los parámetros establecidos por reiterada jurisprudencia correspondiente a la normativa del art. 475 del Código Civil y sus leyes modificatorias, que las determina en base a las establecidas por el Banco Central del Paraguay.

Por lo tanto, corresponde modificar la sentencia apelada y, en consecuencia, condenar a la firma Real Paraguaya de Seguros SA a pagar a la actora, Sr. Arturo Vladimir Urunaga Olmedo, la suma de ciento sesenta y dos millones de guaraníes (Gs. 162.000.000), más un interés mensual de 2,5% mensual a devengarse desde el 26 de octubre de 2006, hasta la fecha del pago efectivo; en el plazo de diez días de quedar la presente resolución firme y ejecutoriada.

En cuanto a las costas, conforme con lo dispuesto por los arts. 203 y 105 del Cód. Proc. Civil, corresponde su imposición proporcional, en ambas instancias, en un 11% a la parte actora, y un 89% a la parte demandada. Así voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando conmigo los señores Miembros de conformidad, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí que certifico.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

RESUELVE:

Declarar desierto recurso de nulidad.

Confirmar la S.D. N° 778 de fecha 11 de setiembre de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

Imponer las costas a la apelante perdedora.

Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Valentina Núñez González y María Mercedes Buongermini Palumbo.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 20

EXCEPCIÓN DE FALSEDAD

El art. 526 del Código Procesal Civil, en sus incisos a) y b) dispone: “... *Excepciones admisibles. Solo serán admisibles las siguientes excepciones: a) falsedad de la ejecutoria; b) prescripción decenal de la ejecutoria*”. El artículo es claro al disponer que la Excepción de Falsedad de la Ejecutoria debe fundarse en la adulteración o falsificación de la sentencia, en todo o en parte.

Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 25-03-2011. “Sexto Raúl Fretes Olmedo c. Carlos Alberto Ruffinelli A. s. Juicio Ordinario de Cobro de Guaraníes y Rendición de Cuentas” (Ac. y Sent. N° 20)

Asunción, 25 de marzo de 2011

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso negativo, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley a los efectos de establecer el orden de votación, resultó que debían votar los señores Miembros en el orden siguiente: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Dr. Juan Carlos Paredes Bordón y Dr. Linneo Ynsfrán Saldívar.

A la primera cuestión planteada, el preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel dijo: El recurrente fundamenta este recurso en su escrito de fs. 214/217 de autos, pero los agravios del mismo pueden ser estudiados conjuntamente con el recurso de apelación también interpuesto, no encontrando esta alzada vicios o errores en la Sentencia apelada que pudieran invalidarla como acto jurisdiccional. Corresponde desestimarlo. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos, los Miembros Dres. Juan Carlos Paredes Bordón y Linneo Ynsfrán Saldívar manifiestan: Que se adhieren al voto del Miembro preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el preopinante Dr. Melgarejo Coronel prosiguió diciendo: El apelante Abog. Carlos Alberto Ruffinelli se alza contra la sentencia apelada y pasa a fundamentar sus agravios en los términos del escrito de fs. 214/217 ya mencionado, y expresa: "... Que, en el impensado caso de que V.E. no considere viable la nulidad planteada seguidamente paso a fundamentar el Recurso de Apelación de conformidad a las expresiones a ser vertidas en esta parte del escrito y en contra de la S.D. N° 130 de fecha 10 de marzo de 2009".

"... Creemos firmemente que las expresiones de la jueza no se adecuan a las constancias de autos, la misma sostiene y hace hincapié en que bajo concepto alguno se puede volver a revisar sentencias tales como las indicadas y resueltas en su oportunidad por un lado y por el otro, también sostiene que la falsedad planteada por mi parte no se refiere a la falsedad propia de la sentencia tal cual exige la norma contenida en el art. 526 del CPC, como tampoco el título que sirve de base a la presente ejecución".

A continuación agrega: "... Que, en esta parte es que las expresiones del Juzgado no condicen en primer lugar con las constancias de autos y en segundo lugar con el espíritu de las normas contenidas en el art. 526, pues ha sostenido que la sentencia dictada en autos no adolece de una falsedad material propiamente dicha y que por tal razón la falsedad de la ejecución de sentencia por tal motivo promovida no puede tener amparo legal, negamos enfáticamente tal posición, por lo que mi parte sostuvo y sostiene es que la sentencia atacada por

la vía de la falsedad de la ejecutoria resulta ser una sentencia con una falsedad ideológica y sí originada de una falsedad material como resulta ser el informe del actuario judicial Gustavo Martínez”.

“... Que, esa posición es la que produce un gran agravio a mi parte, pues no es lo mismo hablar de la falsedad material de una sentencia que la falsedad ideológica, y en ese contexto creemos que la norma del art. 526 cuando habla de la falsedad de la ejecutoria bajo concepto alguno expresamente indica que la sentencia debe contener una adulteración material que le permitiría al juez que entiende en la ejecución de dicha sentencia ver la viabilidad de la Excepción planteada tal como con absoluta certeza pretende sostener la jueza de grado inferior, no resulta ser el caso de autos, pero no por ello impide que la falsedad planteada por mi parte sustentada en una norma legal como lo exige el art. 526 incs. a) y c) que le autorizan debidamente al juez a hacer lugar a la Excepción de Falsedad”.

“... Que, si bien es cierto la doctrina, como lo indica en el considerando la jueza, ver. fs. 204 y vlto. de autos, hacen referencia a que la falsedad únicamente debe estar fundada en la parte material o adulteración de la sentencia, no es menos cierto que el art. 526 obliga al juez a observar otros elementos y que en conjunto permitirían concluir que la sentencia resulta ser falsa, tal como el caso que nos ocupa, y con meridiana claridad se puede observar que la Sentencia N° 739 de fecha 19 de julio de 2001 resulta ser una sentencia que contiene una falsedad ideológica, y que así lo debe decretar V.E. al momento de dictar resolución”.

Seguidamente el recurrente transcribe una opinión doctrinaria y a continuación finaliza con estos términos: “... Que, en atención a todos estos argumentos expuestos por mi parte, y en especial a la prueba ofrecida en el Acta Notarial N° 41 ha sido plenamente demostrado de la existencia del Tomo II de la Regulación de los Honorarios extrajudiciales en el juicio Carlos Alberto Ruffinelli c/ Sixto Fretes, y que consta de dos tomos, y precisamente en ese tomo es donde se origina el Informe del Actuario fraudulento, y sin embargo no se halla agregado en el expediente no obstante siempre ha formado parte del presente proceso, como se indica en el Acta notarial y en el Tomo II que consta de 59 fs., que van desde el 201 al 257, y el 205 bis, que necesariamente deben ser ingresados en el presente juicio, de modo que pueda dictarse una sentencia acorde a derecho y a las constancias de autos inclusive, está en la facultad de los jueces disponer sea

traído a la vista tanto de la escribana como del actuario que detenta en su poder dicho tomo, Art. 18 inc. b) del CPC”.

A fs. 218/224 de autos, el representante convencional de la parte actora, abogado Fernando Zárate Melgarejo contesta el traslado de la fundamentación del apelante en el que refuta lo expuesto por el mismo, solicitando la confirmación de la sentencia apelada, con costas a la adversa.

Entrando al análisis de autos y de la resolución recurrida se observa que el apelante se agravia en razón de que las expresiones de la jueza de grado inferior en el considerando de la sentencia recurrida, no condicen con las constancias de autos y segundo lugar con el espíritu de las normas contenidas en el art. 526 del CPC, sosteniendo que la Sentencia dictada en autos no adolece de una falsedad material propiamente dicha y que por tal razón la falsedad de la ejecución de sentencia no puede tener amparo legal.

En autos se observa que a fs. 177/182 el demandado Carlos Alberto Ruffinelli opone contra el progreso de la acción Excepción de Falsedad, conforme al artículo 526 incisos a) y c) del Código Procesal Civil. La referida excepción va dirigida contra la Sentencia N° 739 de fecha 19 de julio de 2001 y el Auto Interlocutorio N° 698 de fecha 16 de noviembre de 2005, ambas dictadas en esta causa.

A fs. 189/191 de autos, el representante convencional de la parte actora, contesta el traslado de la Excepción opuesta, en donde refuta los argumentos del demandado, solicitando su rechazo por improcedente. Seguidamente a fs. 203/205 la jueza interviniente dicta la Sentencia en revisión, resolviendo rechazar la Excepción de Falsedad y llevar adelante la ejecución hasta el pago íntegro de lo adeudado.

El art. 526 del Código Procesal Civil, en sus incisos a) y b) dispone: “... *Excepciones admisibles. Solo serán admisibles las siguientes excepciones: a) falsedad de la ejecutoria; b) prescripción decenal de la ejecutoria*”.

El artículo de referencia es claro al disponer que la Excepción de Falsedad de la Ejecutoria debe fundarse en la adulteración o falsificación de la sentencia, en todo o en parte. En este sentido, el excepcionante fundamenta su defensa en que el dictamiento de la S.D. N° 739 de fecha 19 de julio de 2001 y el A.I. N° 1129 de fecha 19 de junio de 2001, originaron la falsedad ideológica de la S.D. N° 739 de fecha 19 de julio de 2001, que tuvo a su vez la falsedad material producida por el informe del actuario judicial Gustavo Martínez, el cual fue consignado en la

Sentencia de referencia el informe del actuario de contenido falso, originando a su vez la falsedad ideológica de la S.D. N° 739 del 19 de julio de 2001.

Para esta Magistratura, la jueza de grado inferior obró en forma correcta al establecer que la petición realizada por el excepcionante ya fue objeto de revisión por este Tribunal, al momento de ser estudiados los recursos de apelación y nulidad interpuestos en contra de la S.D. N° 739 de fecha 19 de julio de 2001 y resuelto por el A.I. N° 698 de fecha 16 de noviembre de 2005 (ver foja 159), quedando con esto firme y ejecutoriada la primera resolución mencionada.

En suma, los mismos fundamentos de las Excepciones de Falsedad articulados por el recurrente ya fueron expuestos en el escrito de agravios de fs. 148/153. Un nuevo análisis de los planteamientos no haría otra cosa que ventilar cuestiones que gozan de autoridad de cosa juzgada (A.I. N° 698 de fecha 16 de noviembre de 2005 de fs. 159, dictado por esta Sala). Las excepciones de falsedad de la ejecutoria y falsedad de título planteadas solo procederían si la S.D. N° 739 de fecha 19 de julio de 2001 dictada por el inferior haya sido adulterada o falsificada.

La jurisprudencia de nuestros tribunales es conteste y uniforme referente a este tema, al expresar: "... La excepción de falsedad de la ejecutoria debe fundarse en la adulteración o falsificación de la sentencia" (A.I. N° 327, 18 dic. 953, "Código Procesal Civil con repertorio de Jurisprudencia - Ampliado y Actualizado", Ricardo A. Pane).

Los fundamentos expuestos, las consideraciones que anteceden y la jurisprudencia citada, me llevan a la conclusión de que la sentencia recurrida se encuentra plenamente ajustada a derecho, debiendo ser confirmada en todos sus puntos. En cuanto a las costas, deben ser impuestas al apelante perdedor, por el hecho objetivo de la derrota (Arts. 192 y 203 del CPC). Voto en el sentido expuesto en los párrafos que anteceden.

A sus respectivos turnos, los Miembros Dres. Juan Carlos Paredes Bordón y Linneo Ynsfrán Saldívar manifiestan: Que se adhieren al voto del Miembro preopinante por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los señores Miembros de conformidad por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

JURISPRUDENCIA

RESUELVE:

Desestimar el recurso de nulidad. Confirmar en todas sus partes la S.D. N° 130 de fecha 10 de marzo de 2009 dictada por la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

Imponer las costas al apelante perdedor.

Anotar, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Juan Carlos Paredes Bordón y Linneo Ynsfrán Saldívar.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 23

NOMBRE. Rectificación de nombre.

Teniendo en cuenta para el caso específico de la inversión de apellidos, la norma es clara al disponer la opción por única vez al llegar a la mayoría de edad y hasta los veinte y un años. En este sentido, el juez de grado inferior no hizo otra cosa más que aplicar la norma de referencia, ya que el recurrente ha sobrepasado la edad requerida para la inversión de apellidos haciendo lugar a la demanda que por rectificación de instrumento público, promueve el actor y en consecuencia ordenar la rectificación del acta de nacimiento en el sentido de adicionarle el apellido paterno, pero en segundo lugar.

Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 01-04-2011. “A. A. R. s. Rectificación de Acta de Nacimiento e inversión de Apellido” (Ac. y Sent. N° 23).

Asunción, 01 de abril de 2011

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, dio el siguiente resultado: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Raúl Gómez Frutos.

A la primera cuestión planteada, el Miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, dijo: El recurrente desiste expresamente de este recurso y no encontrando este Tribunal vicios o errores de procedimiento que invaliden la sentencia apelada como acto jurisdiccional, corresponde tenerlo por desistido. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos los miembros García Ayala y Gómez Frutos manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, prosiguió diciendo: Contra la referida Sentencia se alza el actor Sr. Andrés Avelino Rojas, quien fundamenta sus agravios en el escrito de fs. 28/34. Los mismos se pueden resumir en: 1) Que solicita la revocatoria de la Sentencia recurrida, ya que han sido mal aplicadas por el A-quo, las normas que regulan las garantías de rango constitucional. 2) Que la aplicación de la Ley N° 985/96 que modifica exclusivamente el artículo 12 de la Ley N° 1/92, modificatoria del Código Civil, ha sido aplicada a la persona del recurrente en forma arbitraria y parcial, siendo que esta ley modifica un solo artículo de la ley modificatoria del Código de fondo. 3) Que jamás se debió aplicar en forma retroactiva la Ley 985/96 que expresa taxativamente que en todos los casos se estará a lo dispuesto en el Art. 42 del Código Civil. 4) El A-quo ha fundado su decisorio en normas parciales que jamás pueden estar, para el juzgador como integrante del órgano jurisdiccional, por encima de la Constitución Nacional que salvaguarda el derecho a la dignidad y a la igualdad. 5) Culmina su presentación solicitando al Tribunal dictar resolución revocando la Sentencia recurrida por no estar ajustada a derecho.

A fojas 35/36 de estos autos obra el dictamen fiscal N° 2614 de fecha 17 de diciembre de 2007, presentado por la Agente Fiscal en lo Civil y Comercial del Primer y Segundo Turno, Abog. Verónica Velázquez de Ocampos, contestando la vista corrídole a su parte y en el cual solicita la confirmación de la sentencia apelada, por estar dictada conforme a derecho.

Así planteada la cuestión, deben examinarse las constancias de autos y los elementos de pruebas producidos, a fin de determinar si la resolución recurrida, se ajusta o no a derecho.

En autos el recurrente se agravia en razón de que la decisión del A-quo va contra el principio constitucional de igualdad, dejando de lado la aplicación del

Art. 42 del Código Civil. Para el apelante, el juez de grado inferior debió ordenar el cambio en el orden de sus apellidos, colocando en primer lugar el apellido paterno, y no remitirse a la Ley 985/96, sosteniendo que de esta manera se lesiona el principio de irretroactividad de la ley.

El Art. 42 del Código Civil en su segundo párrafo dispone: “... Solo el juez podrá autorizar, por justa causa, que se introduzcan cambios o adiciones en el nombre y apellido”.

Por su parte, el Art. 1º de la Ley 985/96, “Que modifica el artículo 12 de la Ley Nº 1 del 15 de julio de 1992, De Reforma Parcial del Código Civil”, dispone claramente: “... *Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido de cada progenitor en el orden decidido de común acuerdo por sus padres. No existiendo acuerdo, llevarán en primer lugar el apellido del padre. Adoptado un orden para el primer hijo, el mismo será mantenido para todos los demás.*

Los hijos extramatrimoniales reconocidos simultáneamente por ambos progenitores llevarán el primer apellido de cada uno de ellos. El orden de los apellidos será decidido de común acuerdo por los progenitores. No existiendo acuerdo se aplicará la solución dispuesta en el párrafo anterior.

El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores llevará los dos apellidos del que lo reconoció y si éste a su vez llevase uno solo, podrá duplicar dicho apellido. Si ulteriormente fuera reconocido por el otro progenitor, llevará el primer apellido de cada progenitor, en el orden que ellos determinen de común acuerdo. Si no hubiere acuerdo llevará en primer lugar el apellido del progenitor que lo hubiere reconocido en primer término.

Los hijos, al llegar a la mayoría de edad y hasta los veintiún años, con intervención judicial y por justa causa, tendrán opción por una sola vez, para invertir el orden de los apellidos paternos o para usar sólo uno cualquiera de ellos.

En todos los casos de cambio o adición de apellidos se estará a lo dispuesto por el Artículo 42 del Código Civil”.

De los artículos expuestos se observa que nuestra ley vigente sobre la materia que nos ocupa, impone el cumplimiento de ciertas condiciones, requisitos a que debe limitarse un juicio de este tipo.

En este caso el Sr. A. A. R. solicitó rectificación de acta de nacimiento, acta de reconocimiento y rectificación de nombre (fs. 9/11 de autos) en fecha 7 de noviembre de 2006, a la edad de 25 años, conforme se puede comprobar en el

acta de nacimiento que obra a fs. 6, cuya fecha de nacimiento data del 22 de febrero de 1981.

Teniendo en cuenta para el caso específico de la inversión de apellidos, la norma es clara al disponer la opción por única vez al llegar a la mayoría de edad y hasta los veinte y un años. En este sentido, el juez de grado inferior no hizo otra cosa más que aplicar la norma de referencia, ya que el recurrente ha sobrepasado la edad requerida para la inversión de apellidos.

Conforme a las constancias de autos, se llega a la conclusión que el accionante al momento de presentar la demanda no reunió los requisitos indispensables para la procedencia de la inversión de sus apellidos, debiendo ser confirmada la sentencia de Primera Instancia por estar ajustada a derecho. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos los miembros García Ayala y Gómez Frutos manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los señores Miembros por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

RESUELVE:

Tener por desistido el recurso de nulidad.

Confirmar la S.D. N° 606 de fecha 10 de agosto de 2007, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 28

NOMBRE. Rectificación de nombre.

Conforme a las constancias de autos, se llega a la conclusión que la accionante debió recurrir a la vía ordinaria para pretender el cese del uso del apellido de casada, por lo que no queda otra que la confirmación de la sentencia de Primera Instancia que no hace lugar a la demanda por cesación de uso indebido de apellido y del estado civil de casada.

Tapel. Civ. y Com. Sala 4. 01-04-2011. “F. R. P. Z. s. Cesación de uso indebido de apellido y estado civil” (Ac. y Sent. N° 28).

Asunción, 01 de abril de 2011

Previo análisis del caso sometido a estudio, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, dio el siguiente resultado: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Raúl Gómez Frutos.

A la primera cuestión planteada, el Miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel dijo: El recurrente no interpuso este recurso, pero el juez de la causa lo concedió conforme a lo dispuesto por el Art. 405 del CPC, por lo que el Tribunal puede estudiarla de oficio si existiere motivo para ello, pero como no se observan vicios o errores de procedimiento que invaliden la sentencia apelada como acto jurisdiccional, corresponde declararlo desierto. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos los miembros García Ayala y Gómez Frutos manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, prosiguió diciendo: Contra la referida Sentencia se alza la actora Sra. F. R. P.Z, quien fundamenta sus agravios en el escrito de fs. 39/40, presentado por derecho propio, bajo patrocinio de abogado. Los mismos se pueden resumir en: 1) Que, ha recurrido a la instancia judicial a plantear acción a los efectos de la cesación del uso indebido del apellido de casada, sosteniendo que no figura en los registros del archivo del Departamento de Identificaciones

de la Policía Nacional. 2) Manifiesta que ha sido una de las tantas víctimas del Oficial General del Estado Civil de las Personas, sede Stma. Trinidad, quien supuestamente ha realizado el acto de matrimonio civil con el Sr. C. C. M. C. en fecha 23 de setiembre de 1995, pero que sin embargo nunca se suscribió en el libro de la Dirección General del Registro Civil de las Personas. 3) Señala que teniendo en cuenta que no puede pedir la nulidad de un acto inexistente ni tampoco inscribir un hipotético divorcio vincular sin la existencia de un matrimonio inscripto, lo único que le queda es solicitar la cesación del uso indebido del apellido de casada y del estado civil de casada. 4) Culmina su presentación solicitando al Tribunal dictar resolución revocando la sentencia recurrida por no estar ajustada a derecho.

A fojas 41/42 de estos autos, obra el dictamen fiscal N° 2938 de fecha 18 de diciembre de 2007, presentado por el agente fiscal en lo Civil y Comercial, Abog. Claudia Liliana Köhn, contestando la vista corrídole a su parte y en el cual aconseja la confirmación de la sentencia apelada, por estar dictada conforme a derecho.

Así planteada la cuestión, deben examinarse las constancias de autos y los elementos de pruebas producidos a fin de determinar si la resolución recurrida se ajusta o no a derecho.

La recurrente se agravia en razón de que el A-quo no hizo lugar a su pedido de cesación de uso indebido de apellido y estado civil, en atención a que no tuvo en cuenta que el acto de su matrimonio es nulo, ya que no fue inscripto en el registro respectivo, no quedándole otra vía que la presente acción invocada por su parte.

De las pruebas aportadas por la parte actora, se observa que la misma diligenció las siguientes: Testificales (fs. 20/2); pruebas de informe de la Dirección General del Registro del Estado Civil de las Personas (22/23). De las mismas se pueden extraer que, efectivamente, el acto de matrimonio realizado entre C. C. M.C.y F. R. P.Z nunca fue inscripto en el Registro de referencia, por lo que es nulo el acto realizado entre ambos, conforme lo dispone el Art. 21 de la Ley 1.266/87.

Sin embargo, esta Alzada comparte lo expuesto por el juez de grado inferior, en cuanto a que la Sra. F. R. P.Z nunca acreditó en forma fehaciente el uso del apellido marital. Por otro lado, si la apelante pretende el cese del uso del apellido marital, debe recurrir por la vía ordinaria, en donde intervengan las

JURISPRUDENCIA

partes que realizaron el acto matrimonial y se abra un debate más amplio a fin de dilucidar la nulidad planteada en este caso en particular.

Conforme a las constancias de autos, se llega a la conclusión que la accionante debió recurrir a la vía ordinaria para pretender el cese del uso del apellido de casada, por lo que no queda otra que la confirmación de la sentencia de Primera Instancia por estar ajustada a derecho. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos los miembros García Ayala y Gómez Frutos manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acodada la sentencia que sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala,

RESUELVE:

Declarar desierto el recurso de nulidad.

Confirmar la S.D. N° 393 de fecha 2 de julio de 2007, dictada por el juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Letizia Pereira, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 291

Cuestión debatida: Los presupuestos básicos sostenidos por las que dedujeron el incidente de exclusión de los derechos hereditarios de la esposa del causante, se reducen a la disposición del Art. 2587 del Código Civil, que en el inc. c) dispone lo siguiente: “La sucesión entre esposos no tendrá lugar: ... a)... b)... y c) si estuviesen (separados) por mutuo consentimiento, o de hecho, sin voluntad de unirse”. Se discute si la esposa no divorciada se encuentra excluida o no de los derechos hereditarios.

INCIDENTE. SUCESIÓN. Declaratoria de herederos.

Apartir de la vigencia de la Ley N° 45/91, de Divorcio Vincular, se incorpora como otra causal de exclusión de la herencia la prevista en el Art. 19, que establece que “El divorcio disuelve de pleno derecho la comunidad conyugal y extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados”. El texto de la ley no admite dudas: “Porque el divorcio... extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados. No se toma en consideración la culpa o inocencia de los esposos, en cualquiera de los casos del divorcio vincular los cónyuges carecen de vocación hereditaria recíproca”.

INCIDENTE. Prueba

Como se puede observar, conforme el art. 183 del CPC, es deber y obligación del que promueve el incidente, acompañar todos los elementos probatorios que disponga prima facie, de los que intentare valerse para la admisión del incidente deducido.

MATRIMONIO. Efectos del matrimonio.

“Ante todo, corresponde anticipar que la mera circunstancia de estar separados de hecho los esposos, durante un tiempo prolongado, no debe interpretarse, indefectiblemente, en sentido que la separación era sin voluntad de unirse, pues se correría el riesgo de ir más allá de los hechos, atribuyéndoles un significado que no corresponde a la realidad, dado que, en ciertos casos, dicha separación se impone por diversas circunstancias o por las necesidades de la vida, sin que medie el propósito de no reanudar la vida matrimonial”

Tapel. Civ. y Com. Sala 5. 12-05-2011. “Incidente de exclusión hereditaria de la señora M.J. de M. en los autos: “L. M. L.s/ sucesión” (A.I. N° 291).

Asunción, 12 de mayo de 2011

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por la señora M. J. de M., bajo patrocinio del abogado A. M. G., así como los señores J. L. M. A., P. M. A. y L. B. A. H., bajo patrocinio del abogado arriba citado, contra el A.I. N° 1.287 de fecha 30 de setiembre del 2010, dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial del 13er. turno, de esta Capital, y CONSIDERANDO:

Nulidad: Este recurso no fue fundamentado por los recurrentes. Por lo demás, no se observan vicios, errores, defectos u omisiones graves de carácter procesal que hagan viable la declaración de nulidad de oficio del Interlocutorio

recurrido, conforme lo señalan los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, el mismo debe ser declarado desierto.

Apelación: Agravia a las apelantes el Interlocutorio arriba citado que resolvió “Hacer lugar al Incidente de Exclusión Hereditaria promovida por la representante convencional de la Sra. R.M. P. M. contra la señora M. J. de M., por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. Costas, a la parte perdidosa”.

Sostienen las recurrentes en su memorial de fs. 64 y 71 y sgtes. de autos, que “... con la lectura del escrito de exclusión hereditaria deducido en autos, los profesionales intervinientes pretenden, a través del referido resorte procesal, cuestionar mi vocación hereditaria y, en consecuencia, intentan excluirme del presente juicio sucesorio”. Expone luego los fundamentos fácticos del citado incidente señalando que dicho argumento está configurado por el hecho que los esposos L.M. L. y M.J. de M. desde hace más de 18 años se hallaban separados sin voluntad de unirse, pues, desde entonces hasta el día del fallecimiento del Sr. M. L. jamás se volvieron a unir hasta el día del fallecimiento de este último, viviendo separados y peleados en interminables pleitos judiciales que se iniciaron mucho antes que el año 1997, hasta el día de su muerte, acaecido el 24 de abril del año 2010...”. El otro argumento es el fundamento jurídico que está basado en la disposición del Art. 2.587, inc. c) del Código Civil que estipula que la sucesión entre esposos no tendrá lugar... c) Si los mismos se hallaren separados *“por mutuo consentimiento, o de hecho, sin voluntad de unirse”*. Sostienen las apelantes que la que promovió el citado incidente de exclusión hereditaria no acreditó prima facie los extremos sostenidos, es decir, que no probó los hechos alegados como causal de la exclusión de bienes solicitada. Admite que ha existido esa separación desde el año 1997, hasta el día del fallecimiento de su esposo el Sr. L. M. L., pero que sin embargo, a pesar de dicha separación marital, la misma siempre ha mantenido fluidas relaciones comerciales con el mismo, teniendo en cuenta que son socios comerciales en la Tienda “L.R.SA” e Inmobiliaria “S. Q. SA”.

Por otra parte, y en líneas generales, sostienen las recurrentes que ella nunca tuvo la intención de no volver a reunirse con su esposo lo que a contrario sensu ocurrió con él, en el sentido de que él fue quien inició una demanda por divorcio contra la misma, conforme surge de las actuaciones del citado proceso tramitado ante el Juzgado en lo Civil y Comercial del 5° Turno, Secretaría N° 10

a cargo del actuario Gustavo Giménez, presupuesto sostenido por la esposa del causante de la sucesión al contestar el traslado del incidente a fs. 15 de autos. Alegan además otras consideraciones y en base a las mismas piden a este Tribunal dictar resolución revocando, con costas, la resolución dictada en autos.

Corrido traslado a las demás partes, el memorial presentado por la señora M. J. Vda. de M., éstas contestaron en tiempo hábil en la siguiente forma: los señores J.L.M.A., P.M.A. y L.B.A.H., en los términos del escrito agregado a fs. 71/76, coincidentes con los fundamentos expuestos por la Sra. M. J.de M., quienes solicitaron la revocatoria del interlocutorio recurrido por no haber sido acreditado los hechos sostenidos en el incidente de exclusión promovido. Los abogados H. C. de V. y A. G. B.B.: éstas en representación de la Incidentista, contestaron el traslado corriólos en los términos de su escrito de fs. 81/94, negando y objetando los extremos sostenidos por los apelantes, así como el abogado R F. O. en representación de la Sra. M. M. G.M.I., a través del escrito agregado a fs. 99 y el abogado J. V. en representación de la Sra. C. M. I., en la forma expuesta en su presentación de fs. 110/111, todas éstas pidiendo la confirmación con costas del interlocutorio recurrido, por hallarse el mismo ajustado a derecho, según sostienen.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrojados al presente proceso, así como a las alegaciones fácticas y jurídicas de los litigantes y más la aplicación de las reglas de la sana crítica prevista en el Art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, soy de criterio que el Interlocutorio en alzada debe ser revocado con costas, en base a los fundamentos que seguidamente paso a exponer.

Antes de entrar al estudio de la cuestión de fondo planteada en autos, conviene señalar algunas aclaraciones respecto a las objeciones efectuadas por la abogada H. C. de V. y su patrocinante A.B-B, al contestar el traslado del memorial respectivo, relativo a los trámites cumplidos en esta instancia, en la sustanciación del recurso de apelación interpuesto por la parte perdedora del presente incidente de exclusión de bienes.

En efecto, sostienen los mismos que es importante señalar a este Tribunal la improcedencia del recurso de apelación interpuestos por los recurrentes, los cuales deben ser declarados desiertos. Señalan “que la única agraviada en estos autos es la señora Mercedes Jiménez de Morga”, y no así las demás recurrentes, refiriéndose a los señores J. L. M A., P.M. A. y L. B. A. H., porque a los mismos

la resolución que hizo lugar a la exclusión de los derechos hereditarios de la esposa del causante, no les causa agravios. Y seguidamente a fs. 84, manifiestan igualmente refiriéndose a estas mismas personas que “por el contrario, sólo les trae beneficios en cuanto a la petición de los bienes relictos”. En estas condiciones, no caben dudas que las citadas personas tienen interés en el presente incidente de exclusión de bienes, según los mismos impugnantes, razón por la cual la citada resolución les causa agravios. Y deben tener intervención en estos autos.

Asimismo, luego de reconocer que la única agraviada en esta cuestión es la Sra. M. J. de M., para quien también piden declarar desierto el recurso, en atención a que la misma no ha fundado su apelación en la oportunidad procesal debida. Sin embargo, en todo el procedimiento diligenciado en segunda instancia, no existe en autos un pedido ni presentación en el estadio procesal adecuado, en el sentido de pedir el acuse de rebeldía de la misma. Tampoco existe incidente de nulidad de actuaciones que tiendan a obtener la subsanación de las irregularidades mencionadas. En estas condiciones, los mismos han aceptado y consintieron el procedimiento en forma tácita, no siendo la oportunidad procesal correcta la instancia en que se encuentra el proceso, para poner a conocimiento del tribunal estos hechos en forma tardía, luego de estar preclusa la etapa en que debían legalmente reclamarla.

En este sentido cabe recordar el inc. b) del Art. 114 del Código Procesal Civil al legislar sobre la subsanación de las nulidades al disponer que “Las nulidades quedan subsanadas por la confirmación expresa o tácita del respectivo litigante... Se entenderá que media confirmación tácita cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco días siguientes al conocimiento del acto viciado”, y el inc. c) igualmente establece que estas diligencias quedan subsanadas por la cosa juzgada.

Sobre este punto también se ha pronunciado la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales al consagrar que “no resulta procedente cuestionar actuaciones procesales supuestamente viciadas cuando la resolución que ha sido su consecuencia ha sido consentida por el propio afectado, quien, luego de la notificación dejó transcurrir con exceso el plazo de cinco días para promover el pertinente incidente de nulidad de actuaciones, omisión que ha producido la convalidación o subsanación de los eventuales vicios que hubieran podido afectar a las actuaciones del proceso y a la misma sentencia definitiva, conforme

al Art. 114, inc. b) del Código Procesal Civil” (“Código procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia”, edición del año 2001, Dr. Ricardo A. Pane, pág. 98, N° 203).

Ahora bien, entrando al estudio de los fundamentos del incidente deducido, haciendo abstracción de las largas citas doctrinarias efectuadas por las partes, tenemos que los presupuestos básicos sostenidos por las que dedujeron el incidente de exclusión de los derechos hereditarios de la esposa del causante, se reducen a la disposición del Art. 2587 del Código Civil, que en el inc. c) dispone lo siguiente: “La sucesión entre esposos no tendrá lugar: ... a)... b)... y c) si estuviesen (separados) por mutuo consentimiento, o de hecho, sin voluntad de unirse”.

Como se puede observar, la normativa citada está constituida de dos partes: una, si los esposos estuvieren separados por mutuo consentimiento, y dos, si lo estuvieren separados de hecho, sin intención o voluntad de volverse a unir.

En este sentido, entendemos que el primer supuesto se refiere a la separación de los esposos por mutuo consentimiento, que en este caso se produce con intervención judicial, situación prevista en el Art. 167 del Código Civil, que establece que “los esposos pueden, cualquiera sea el país donde celebraron su matrimonio, separarse judicialmente de cuerpos por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, después de transcurridos dos años de vida marital...”. Evidentemente, este no es el caso contemplado en el fundamento del presente incidente de exclusión, conforme así lo reconocen expresamente ambas partes.

El segundo caso, referente a la separación de hecho, sin voluntad o intención de volverse a unir, ha provocado profundas discrepancias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En el sub-exámine, debemos considerar que ante una separación de hecho existe un aspecto objetivo: la separación misma, la que sería fácil demostrar. Pero, por otro lado, existe también la cuestión de quién ha provocado la separación; es decir, que pueden presentarse casos de que ambos cónyuges sean culpables del hecho, o uno solo de ellos. Si ambos son culpables, no existiría dificultad alguna, pues cualquiera de ellos sería excluido de la herencia del causante. Pero la cuestión y la dificultad surge cuando uno solo de los esposos resulta culpable de la separación; en este caso, ¿hereda o no el cónyuge inocente?

Sobre el tema existen criterios dispares al respecto. Porque los argumentos de quienes sostienen una y otra posición son elocuentes y persuasivos.

Así, Bibiloni, hablando de la separación de hecho, expresa: “Establecido como principio que el divorcio por sí solo no causa pérdida del derecho hereditario, sino en relación al cónyuge culpable, la misma condición debe existir que el divorcio en los casos del art. 3575”. Y agrega: “La esposa abandonada, que se ha resignado en silencio, por motivos religiosos, en obsequio de sus hijos, o cediendo a influencias de familia, sigue siendo una víctima aunque sus reclamos no hayan llegado hasta el juez. Es indigno de sucederle el marido que la abandonó. Y en el caso de ser la esposa la que huyó, tampoco es digna de invocar su título de esposa para recoger la herencia”. Por ello, en el Art. 3146 de su Anteproyecto se lee: “Tampoco hereda el cónyuge culpable en el caso de separación de hecho, sin voluntad de unirse...”.

En cambio, nuestro gran maestro Dr. Luis De Gásperi, no participa de semejante criterio, a cuyo respecto señala: “Según este sistema, la herencia recogida por el cónyuge supérstite, sería el precio de la resignación a la grave ofensa inferídale en vida por el difunto, ejemplo nada edificante para los hijos, si los hay, tempranamente así instruidos por su padre o su madre, de cómo es posible sacar ventaja de la sumisión. Tan poca dignidad hay en que el culpable herede al inocente, como éste recoja la herencia del culpable”.

En la Argentina triunfó la tesis de que sólo el cónyuge culpable de la separación de hecho está excluido de la herencia, de acuerdo con el nuevo texto del Art. 3575 del Código Civil, según la Ley N° 17.711, que dice: “Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente. Si la separación solo fuere imputable a uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria...”. Nuestro Código no aceptó la innovación introducida en el Art. 3575 del Código argentino, siguiendo el pensamiento del Prof. De Gásperi, quien en el Art. 3294, inc. 3° de su Anteproyecto, se mantiene fiel a su postura, que sólo imputaba consecuencias a la falta de voluntad de unirse. A este criterio debemos ceñirnos en nuestro país. La jurisprudencia nacional así también lo entendió (A.I. N° 1.104 del 31 de diciembre del 2008, dictado por el Tribunal de Apelación, Civil y Comercial, 3ª Sala).

Sin embargo, luego de la publicación de la Ley N° 17.711 se produjo nuevamente actividad legislativa en la República Argentina, dando un nuevo enfoque a la cuestión. Así, fue sancionada la Ley N° 23.515, que si bien no introdujo grandes modificaciones al Art. 3575, sí lo hizo respecto al Art. 3574, en la cual

se vio sustancialmente reformada en materia de separación personal y divorcio vincular, estableciendo que “En caso de decretarse separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro”. “Aquí, en materia probatoria, la cuestión ciertamente varió, aunque en la actualidad no está cerrado el debate sobre a quién correspondería probar la culpabilidad o inocencia en la separación de hecho, para excluir de la sucesión al cónyuge supérstite” (del voto de la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo en el A.I. N° 1.104 del 31 de diciembre del 2008, arriba citado).

Ahora bien, a partir de la vigencia de la Ley N° 45/91, de Divorcio Vincular, se incorpora como otra causal de exclusión de la herencia la prevista en el Art. 19, que establece que “El divorcio disuelve de pleno derecho la comunidad conyugal y extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados”. El texto de la ley no admite dudas: “Porque el divorcio... extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados. No se toma en consideración la culpa o inocencia de los esposos, en cualquiera de los casos del divorcio vincular los cónyuges carecen de vocación hereditaria recíproca” (Código Civil de la República del Paraguay Comentado, Tomo VIII, 228/230).

Sin embargo, esta última causal no es la prevista en el presente incidente desde el momento que en el caso que nos ocupa no existe pronunciamiento del órgano jurisdiccional, contrariamente a lo sostenido por uno de los solicitantes de la exclusión hereditaria, ni se acreditó por los litigantes la existencia de juicio de divorcio.

Estos mismos antecedentes registra el Dr. Eladio Wilfrido Martínez en su libro “Derecho Sucesorio en la Legislación Paraguaya”, en la pág. 353 y sgtes., al comentar el inc. c) del Art. 2587, de modo que no existen mayores consideraciones que formular.

Por su parte, la actora en el incidente, al contestar el traslado del memorial presentado por la demandada, se refiere a estos mismos conceptos, ampliando un poco más los antecedentes arriba expuestos, al traer a colación algunas versiones del Dr. Wilfrido Eladio Martínez en su obra arriba citada, sobre la historia y evolución del derecho hereditario, más los antecedentes del Art. 3575 del Código Civil argentino modificado por la Ley N° 17.711, a más de las opiniones de otros tratadistas como el caso Maurí y diversos comentarios, tendientes a resolver el punto debatido en autos, entre ellos la opinión de la magistrada

preopinante del A.I. N° 1.104 de fecha 31 de diciembre del 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, ofrecida como prueba por una de las incidentistas, que fue rechazada como prueba por providencia del Juzgado de fecha 14 de setiembre del 2010, agregada a fs. 48 vlto. de autos, providencia que no ha sido recurrida por la parte oferente de la citada prueba.

Asimismo, en el rubro señalado por los actores como “nuestro análisis”, al contestar el traslado del memorial de la parte apelante, sostienen que corresponde la confirmación de la resolución recurrida, partiendo de la base que la vocación hereditaria de la Sra. M. J. de M. se halla obstaculizada por la circunstancia prevista en el inc. c) del Art. 2587 del Código Civil. Dicha afirmación apoyada por la jurisprudencia de nuestros tribunales –sostienen– es conteste en que la manifestación de la voluntad concretada en la dura separación de los cónyuges es objetivamente una demostración de voluntad de no volver a unirse, siendo ello el requisito legal del Código Civil paraguayo. Hallándose dicho requisito cumplido con la separación sin voluntad de volver a unirse que duró 18 años, extremo que no sólo no fue negado, sino expresamente reconocido por la incidentada. Igualmente reconocen los representantes de la exclusión de herencia promovida, que el punto controvertido en autos que debe ser dilucidado, constituye determinar si la norma legal arriba citada requiere para su aplicación, además del factor objetivo de la separación de hecho, la consideración y estudio de elementos subjetivos e internos de cada consorte.

En este sentido, el elemento objetivo de la separación de hecho de los cónyuges, no existe ninguna duda, conforme así lo manifiestan las partes, y además está reconocido expresamente por la Sra. M. J. de M., al sostener a fs. 65 de autos que “Es cierto que estuvo separada de hecho del Sr. L. M. L. desde el año 1997 hasta la fecha en que el mismo ha fallecido el 24 de abril del año 2010”. De este modo queda configurado el primer requisito de la norma del Art. 2587, inc. c) del Código Civil, consistente en la separación de hecho de los cónyuges.

Sin embargo, no es menos cierto que la misma había manifestado a este Tribunal, a fs. 65, que “no es cierto que hasta los últimos días que el Sr. Lázaro Morga Lacalle estuvo vivo, no haya tenido la voluntad de volver a unirme con este último”. Asimismo, al contestar el incidente promovido en su contra por exclusión de sus derechos hereditarios, a fs. 16 ha sostenido que “desde nuestra separación, no imputable a mi persona, nunca he vuelto a tener relación de

pareja con otra persona, en el afán de volver a tomar mi relación matrimonial con el Sr. L. M. Lacalle...”. Como resulta evidente, esta última afirmación constituye la faz subjetiva de la cuestión planteada, que pertenece al fuero interno de la persona que la manifiesta. En estas condiciones, lo sostenido por la parte incidentista en el sentido que la Sra. M. J. de M. no tuvo la voluntad de volver a unirse con el causante, constituye un hecho negado por la misma, que debió haber sido probado por la incidentista en la etapa procesal oportuna, y cuya prueba no fue aportada durante el periodo respectivo a que fue sometido el presente incidente.

Sobre este punto, el procesalista compatriota Dr. Hernán Casco Pagano, en su conocido libro sobre Derecho Procesal Civil, sostiene que por regla general “en el régimen dispositivo que rige nuestro proceso civil la formación del material del conocimiento en el proceso constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del juez, en razón de que no puede en la sentencia referirse a otros hechos que no sean los alegados y probados por aquellos *secundum allegata et probata*, o sea que cada parte debe probar el presupuesto de hecho de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o defensa”.

La opinión doctrinaria arriba citada está de acuerdo con la disposición del Art. 249 del Código Procesal Civil, que dispone respecto a la carga de la prueba que “incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido, o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tengan el deber de conocer...”. Por eso, en atención a los hechos invocados por la incidentista en el sentido que fue la Sra. M. J. de M. la cónyuge que no tuvo la intención o voluntad de volver a unirse, ella debió acreditar este presupuesto, que si bien constituye una cuestión subjetiva o del fuero interno de la misma, no existe en autos prueba alguna que acredite esta conducta, o por lo menos que acerque algunos indicios reveladores que era ella la que no tenía la voluntad de volver a unirse a su esposo.

Sobre este punto, el Dr. Miguel Ángel Pangrazio, al comentar el Art. 2587 del Código Civil, inc. c) de la citada norma, manifiesta: “Y por último, si estuvieren separados por mutuo acuerdo o de hecho, sin voluntad de unirse, ¿cuál es la situación del cónyuge que quiere unirse al marido y no ha incurrido en falta y el otro cónyuge o la esposa no acepta la reconciliación? Entendemos que el cónyuge que no tuviere culpa y con voluntad de unirse *no pierde la vocación hereditaria tratándose de separación de hecho*” (“Código Civil paraguayo. Comentado, Libro Quinto, Editora Intercontinental, pág. 158, año 1995).

En esta oportunidad, resulta ilustrativo consignar también la disposición del Art. 183 del Código Procesal Civil, que establecen los requisitos que deben ser llenados para la promoción de un incidente al disponer que “el que plantear el incidente deberá fundarlo clara y concretamente en los hechos y en el derecho y ofrecer toda la prueba de que intentare valerse. La prueba documental deberá acompañarla, y si no la tuviere, deberá individualizarla, indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentre”.

Como se puede observar, conforme a la disposición arriba citada, es deber y obligación del que promueve el incidente, acompañar todos los elementos probatorios que disponga prima facie, de los que intentare valerse para la admisión del incidente deducido. Estos presupuestos no fueron llenados en el subexámine, constituyendo otro fundamento más para la revocatoria de la resolución en alzada.

Por otro lado, en un fallo de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el libro del Dr. Miguel Ángel Pangrazio titulado “El Divorcio Vincular. Sus efectos jurídicos”, en la pág. 277 y sgtes., en un caso similar, no análogo por sus fundamentos porque se refiere al Art. 3575 del Código Civil de Vélez, vigente en la época del Acuerdo y Sentencia de fecha 4 de setiembre de 1964, relativo a los mismos presupuestos previsto en el Art. 2587 de nuestra legislación, que son: a) el elemento objetivo, o sea, la separación de hecho de los esposos; y b) el elemento subjetivo o intencional, o la ausencia de voluntad de unirse, deben ser declarados o determinados como existentes en cada caso en particular, por el criterio independiente, decisivo y justo de los jueces, sobre la base de la exposición y demostración durante la secuela del juicio, de las situaciones de hecho creadas por los cónyuges, de modo que esa determinación judicial sea el reflejo de una convicción firme del magistrado, de que, en la separación de hecho, se tuvo o no el propósito de reanudar la vida en común o de dar por terminado definitivamente el vínculo matrimonial que había unido hasta entonces a los esposos”.

Entre otros fundamentos del citado fallo se puede apreciar el concepto que “Ante todo, corresponde anticipar que la mera circunstancia de estar separados de hecho los esposos, durante un tiempo prolongado, no debe interpretarse, indefectiblemente, en sentido que la separación era sin voluntad de unirse, pues se correría el riesgo de ir más allá de los hechos, atribuyéndoles un significado que no corresponde a la realidad, dado que, en ciertos casos, dicha separación se impone por diversas circunstancias o por las necesidades de la vida, sin que

medie el propósito de no reanudar la vida matrimonial. Finalmente, como corolario de este Acuerdo y Sentencia, se resolvió revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, no hacer lugar a la exclusión de la Sra. M. J. vda. De M. en la herencia de su esposo..., tal como ocurre en el caso de autos.

En consecuencia, atento a las consideraciones precedentemente expuestas, soy de criterio que el Interlocutorio recurrido debe ser revocado, en todas sus partes, con costas, por corresponder así a estricta justicia al no haberse acreditado los hechos en que se fundan el incidente de exclusión hereditaria promovido por la Sra. R. M. P. M. L., contra su madre la Sra. M. J. Vda. de M., por los fundamentos expuestos más arriba.

Opinión del Dr. Linneo Ynsfrán Saldívar: Respecto a la controversia, objeto de estudio por este Tribunal, debo expresar que luego de analizar puntillosamente los argumentos del preopinante, llegué a la conclusión que la opinión del colega se ajusta a derecho.

No obstante lo expuesto, considero oportuno aclarar que no me inhibí ni me excusé de entender en esta causa, a pesar de intervenir en este proceso la Sra. C. M. Y. Y ello se debe a la reciente resolución de la Excma. Corte Suprema de Justicia (A.I. N° 1.878, de fecha 30 de diciembre del 2010), dictada por haberme excusado intervenir en un juicio donde actuaba la abogada V. Y. y por decisión del Alto Tribunal que hizo lugar a la impugnación promovida por el prof. Dr. Marcos Riera Hunter se argumentó que con la referida letrada estoy comprendido dentro del 5° grado de consanguinidad, parentesco similar a la aludida Sra. C. M. Y..

POR TANTO, atento a las manifestaciones arriba citadas, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 5ª Sala,

RESUELVE:

1°) Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto en estos autos.

2°) Revocar, con costas, el A.I. N° 1.287 de fecha 30 de setiembre del año 2010, dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial del 13er. Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente Resolución.

3°) Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfrán Saldívar.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 77

PATRIA POTESTAD. Derecho del menor a ser oído.

Los padres deberán procurar la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la autoridad, ante el esquema de organización familiar surgido después del divorcio (arts. 5, 9.3, 18,1 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; 53 de la Constitución Nacional; 3, 70 del C.N. y A. Efectivizar el mejor grado de desarrollo personal de los niños (art. 6.2 y preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño y 3° del C.N. y A.). respetar las diferentes etapas evolutivas de los niños con sus propios requerimientos y expectativas (arts. 5, 14.2 y 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Garantizar que los niños, por la madurez alcanzada, puedan expresar sus opiniones y ser escuchados (sin presiones), art. 5 y 12 (primer párrafo) de la Convención de los Derechos del Niño; art. 3° del C.N. y A.

PATRIA POTESTAD.

El Supremo Interés del Niño, exige ser atendido y protegido por los progenitores a lo largo de la existencia del menor. En este caso se abre paso a una idea cardinal: Compartir, lo que implica participar en la vida de relación del hijo, colaborar, apoyar, sugerir e incluso decidir en conjunto ambos progenitores. (Cecilia Grosman. Arg. En su libro: “La tenencia compartida después del Divorcio”).

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia.

“Mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener, en la conciencia de los progenitores, la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; y, además, preserva el fin querido por la ley, de que no sea uno sino ambos

padres quienes tomen las decisiones expresa o tácitamente atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos”.

PATRIA POTESTAD.

Por el rol instrumental que la ley encarga a los progenitores, pese a la separación, éstos deben actuar procurando un sano equilibrio entre ambos, y las decisiones relacionadas con la vida de sus hijos tienen que ser tomadas en un marco de diálogo **solamente por los progenitores** y no por la pareja que éstos tengan, presidido por la aspiración del máximo bienestar de los hijos.

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia. Régimen de convivencia compartida.

La Convivencia compartida en forma efectiva quedará a cargo de la madre, teniendo en cuenta que los mencionados niños residieron siempre en la casa de sus abuelos maternos desde que nacieron, con su madre e inclusive con el padre, hasta que éste se retiró del hogar a raíz de la separación conyugal que sobrevino. El vínculo de los niños es muy fuerte y afectuoso con la madre y los abuelos maternos. Éstos niños viven y se desenvuelven en un ambiente de contención en ese hogar, extremos corroborados a través de las distintas actuaciones y así mantener el status quo preexistente.

SENTENCIA. Sentencia contradictorias.

Se Insiste en el principio de congruencia, establecido en el art. 15 inc. “b” del C.P.C., porque infringiéndose esta preceptiva del ritual, la sentencia deviene irrita. (Voto en disidencia del Dr. Aguirre)

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia.

En el caso de las piezas de convicción que hacen a la causal invocada por la parte actora no se ha probado el hecho principal invocado para la convivencia impetrada (trastornos psicológicos) la madre de las menores es una persona perfectamente normal, según los resultados obtenidos por los profesionales del sector privado como del público por lo cual corresponde no hacer lugar a la acción de régimen de convivencia articulada por el padre de los menores. (Voto en disidencia del Dr. Aguirre)

Tapel. Niñez y Adoles. 11-05-2011. “A.C.P.V y otro s. Regimen de convivencia” (Ac. y Sent. N° 77).

Previo estudio de los antecedentes del caso el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Silvio Rodríguez y Arnaldo Samuel Aguirre.

A LA ÚNICA CUESTIÓN planteada la Miembro Preopinante Núñez de Vera y Aragón, dijo: El Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, por S.D. N° 67 de fecha 09 de febrero de 2011, Resolvió: “1) No Hacer Lugar a la acción de Régimen de Convivencia articulada por el Sr. N. W. P.G. contra la Sra. L.V.V.C. en relación a los hijos en común la niña A. C. y el infante F. A. P. V., de conformidad a los fundamentos explicitados en el exordio de la presente resolución, en consecuencia; 2) Otorgar la convivencia de la niña A. C. y el infante F.A. P. V. a su progenitora la Sra. L.V.V.C. ...” (fs. 158/162).

Contra la referida resolución se alza el Sr. N. W. P.G., y en lo medular de sus agravios expresa (fs. 165/172): “Del considerando de la sentencia apelada se desprende que para asumir la decisión recurrida la A. Quo tuvo en consideración pruebas tales como: a) Estudio Psicológico obrante a fs. 131; b) Perfil Psicológico de la niña A. C. P. V., que fuera apreciado de manera aislada; c) Informe del médico Dr. Víctor Godoy, de fs. 112 de autos; d) Situación laboral de la Sra. L.V.V.C. ”. Sigue diciendo que “por otro lado la A-quo no valoró otras pruebas que lógicamente harían que la conclusión sea otra y cita: a) Antecedentes judiciales relacionados al Régimen de Relacionamiento; b) A.I. N° 058 del 10 de marzo de 2009, recaído en el juicio sobre Régimen de Relacionamiento; y, hace mención de la “Apreciación Subjetiva de los Informes Psicológicos y alega que los argumentos esgrimidos por el juzgado son incongruentes, carecen de sustento constitucional y legal y la decisión de la A-Quo expone a sus hijos a toda clase de violencia, principalmente psicológica y solicita sea revocada la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda promovida y protesta costas”.

Los abogados O.L.T (h) y R.R., en representación de la Sra. L.V.V.C., contestan el traslado corriendo en los términos del escrito obrante a fs. 177/183 de autos y solicitan la confirmación de la S.D. N° 67 de fecha 09 de febrero de 2011, con costas.

CUESTIÓN PREVIA: Los argumentos esgrimidos por la actora para promover la demanda de Régimen de Convivencia contra la Sra. L.V.V.C. : a) que la misma se halla padeciendo un severo trastorno psicológico por lo que conforme a las manifestaciones de sus familiares (padres, hermano) y la del profesional que la atiende, vive bajo influencia farmacológica; b) “Que, efectivamente

numerosos eventos desafortunados se han dado en el transcurrir de estos últimos dos meses debido al deterioro de la salud mental de la progenitora...”c) “Está afectando de manera absolutamente negativa y destructiva en el desarrollo de la personalidad de sus hijos A. C. y F.”; d) “Deterioro de la salud mental que envuelve a la progenitora”.

La demandada articuló su defensa al contestar la demanda a fs, 71/78.

Del estudio de las constancias de autos se tiene:

A fs. 83, se halla glosado el certificado de trabajo expedido por NEXO Paraguay, en el consta que la Sra L.V.V.C. cumple funciones de Gerente Comercial de la empresa.

Al respecto de su desempeño laboral, con posterioridad al referido certificado no existe informe alguno.

A fs. 119, obra el acta de la audiencia para ser oída ante el Juzgado la niña A.C., quién manifestó en dicha ocasión: “que en principio hasta los 7 años de edad convivía con su padre el Sr. N.P.y la Sra. L. V., a partir de la separación conyugal entre sus padres quedó a convivir con su progenitora y los abuelos maternos en el domicilio de éstos hasta la fecha, asimismo refiere que se siente a gusto conviviendo con su progenitora y sus abuelos maternos...siguió diciendo que un hecho que le disgustó y le causó desagrado es la conducta del progenitor cuando compartiera con el mismo una semana de las vacaciones de invierno del presente año en la que se sintió desplazada e ignorada por la presencia de la nueva pareja de su padre, la Sra. M. E.”, y formula reclamos para mejorar el relacionamiento.

A fs. 129, obra el informe psicológico de A.C.P. V., de 12 años de edad en ese entonces, durante la entrevista mantenida con la psicóloga manifestó: “quiero vivir con mamá porque no me quiero separar de mis abuelos. Mamá es mi mejor amiga. Me siento bien a su lado. Mamá es cariñosa, protectora, comunicativa. Papá también es comunicativo, cariñoso, protector. Yo lo amo igual que a mamá. Donde no estoy de acuerdo con él es que él da más atención a su novia que a mí en el aspecto material. Le compró cosas y hace todo lo que ella quiere. Si yo le pido que me compre algo me dice que no tiene plata o que es muy caro. A su novia y a su hijo le compra más juguetes que a mi hermano y a mí. Cuando estoy con los familiares de su novia no me hace caso. Me lastima la diferencia que hace entre su novia y su hijo y, yo en el aspecto material”.

De las Conclusiones y Recomendaciones de la Psicóloga Forense se tiene: “que la niña A. C. se siente perteneciente a su grupo familiar. Ama a su padre

y a su madre y a su hermano y presenta dificultades por la falta de resolución del duelo de la separación de sus padres y del complejo de Electra (celos con respecto a su progenitor)”.

A fs. 131, obra el Informe Psicológico de la Sra. L.V.V.C. . En los resultados obtenidos refiere: a) Aspecto Mental: Buena adecuación a la realidad...en el b) Aspecto Emocional: falta de resolución del duelo de su separación matrimonial...”. En las Conclusiones y Recomendaciones se lee: “Presenta personalidad normal. Las dificultades psicológicas que tiene necesita resolverlas de dos modos: a) Psicoterapia individual; b) Sesiones psicológicas de acompañamiento familiar”.

A fs. 132, obra el informe de la Asistente Social Forense sobre el estudio socio ambiental realizado en el domicilio donde reside la niña A. C.P. V.z y el niño F. P. V.

Por proveído de fecha 06 de abril de 2011, este Tribunal, ordenó medidas de mejor proveer y que se hallan explicitadas a fs. 188 de autos.

En ese contexto ordenó la Constitución del Tribunal en el domicilio donde residen los niños y su progenitora.

A fs. 202 de autos, obra el Acta de la Constitución del Tribunal en el domicilio de la Sra. L.V.Vy los niños A.C.y F. P. V., que resultó ser de propiedad de los abuelos maternos, donde viven los mismos. Es una vivienda muy acogedora, cómoda y funcional. Los niños poseen el espacio suficiente para desenvolverse en armonía, calidez y bienestar.

A fs. 204, obra el Acta de Constitución del Tribunal en el domicilio del progenitor, quién reside con su actual pareja. Es una construcción nueva, muy bonita y bien equipada. Se observan dos ambientes separados: la vivienda principal hacia la entrada, donde habitan la pareja y el hijo de la pareja y en el fondo del inmueble, se tiene un coqueto departamento, donde residen las hijas de la pareja del Sr. P. y un dormitorio que ocupa cuando va a la casa A. C.. Con respecto al niño F., el Sr. P. manifestó que una de las piezas que aún no se encuentra amoblada, está reservada para F..

A fs. 208, obra el Acta de la Audiencia llevada a cabo para oír al niño F. A. P. V.. En la ocasión mencionada, el niño F. de 5 años de edad, presentó una carpeta de artes plásticas y explica cómo se realizan esos trabajos. En la carpeta, a través de los trabajos expresa belleza, pulcritud, armonía, buena motricidad y serenidad. Manifestó al ser oído que juega con su mamá, que es cariñosa

y duerme con su mamá, que le cuida y que su abuela R. le lleva al colegio y le retira...los días de descanso se va con su papá, le gusta estar en la casa de su papá, se baña en la pileta, se queda a dormir, juega con su papá con los juguetos Play Steishon, manifiesta que su papi también es cariñoso y bueno, que duerme con su papá...”.

La Psicóloga Forense, Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez, dio su impresión diagnóstica en los siguientes términos: “...el niño comenzó a expresarse libremente de manera abierta y colaboradora. También presentó su carpeta de trabajos, lo cual evidencia una buena motricidad, sentido del orden, etc. Concluyendo puedo decir que en el niño se evidencia buen relacionamiento afectivo tanto con su madre como con su padre”.

A fs. 209, se observa el Acta labrada en ocasión de ser oída la adolescente A.C. P. V., quien manifiesta: “yo quiero quedarme con mi mamá porque ella es mi amiga y le conoce a todas mis amigas y ella conoce mucho a mis amigas y a la mamá de mis amigas. Vivo en la casa de mis abuelos maternos desde que nací y mi papá también vivía allí hasta el año 2006 y justo cuando nació mi hermanito y tenía unos meses se separaron mis padres y nosotros nos quedamos con mi mamá en la casa de mis abuelos maternos... Sigue manifestando con respecto a su papá, “yo le quiero mucho a mi papá pero mi mamá me cuenta que mi papá le quiere fundir la vida y eso a mí me preocupa”. Manifiesta que está a gusto en la casa de su papá. “En la casa principal donde habita su papá con su pareja y Lucas, el hijo de “M.”, muy de vez en cuando me voy a ese lugar porque me parece que molesto... que su papá le invita a compartir solamente la cocina comedor en la casa principal cuando va su abuela paterna de visita... mi papá nunca tiene tiempo para mí... me dice que está ocupado y no puede ir junto a mí, me hace poco caso... me siento muy mal cuando le pido dinero para ir al cine, para comprar ropa y me dice que no tiene plata... hace diferencias con respecto a los hijos de M., en relación a su hermanito y ella. Manifiesta: “que para ser feliz quiere que su padre le dé más tiempo de atención, que no le discrimine con respecto a los hijos de M. y que les asista económicamente más de lo que está dando porque él puede... de acuerdo al nivel que el se desenvuelve... que cuando estamos en casa de papá mi hermano F. duerme en la misma cama con mi papá y M. y eso a mí me molesta porque mi hermanito no asimila que mi papá y mi mamá están separados”.

La Psicóloga Forense, Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez, en su impresión diagnóstica dijo: “En la adolescente A. se evidencia afecto hacia su

padre, sin embargo le duele la falta de atención proveniente de su progenitor hacia ella y su hermanito y las discriminaciones que hace entre ellos y su otra familia”.

Al ser oídos los progenitores (fs. 216/218): El Sr. N. P. se mostró preocupado por ejercer el control sobre sus hijos en la educación, en la crianza e hizo alusión a una personalidad dual de la Sra. L. V. V. La Sra. L., al respecto aclaró “en relación a mi vida personal o a mi salud mental creo que si yo presentaba algún trastorno mental o emocional, el principal espejo serían mis dos hijos, por una cuestión de tiempo de cantidad de horas que pasan mis hijos conmigo a esta altura tendrían que haber presentado algún síntoma similar a los que describe el padre N. P., mi mayor logro es mi desempeño como madre...”.

En el presente juicio se evidencia que el conflicto gira y gira alrededor de la falta de diálogo entre los progenitores, de la no coordinación de las tareas asignadas por la ley natural y del derecho positivo, en cuanto a los roles que les son adjudicados por la Constitución Nacional en los arts. 53 y 54; en los arts. 3º; 70 y 71 del C.N. y A.

En efecto, me permito transcribir en la parte pertinente lo dispuesto en el art. 53 de la C.N.: “Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimenticia... Todos los hijos son iguales ante la ley...”; art. 54 de la C.N.: “Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”.

Asimismo, lo preceptuado por el art. 70 del C.N. y A. que dice: “*El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos...*” y el art. 71 del mismo cuerpo legal que reza: “...La patria potestad implica además los siguientes deberes y derechos: a) velar por su desarrollo integral; b) proveer su sostenimiento y su educación; c) dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes...”.

El Código de la Niñez y la Adolescencia, claramente nos da la solución al planteamiento que nos ocupa, en los arts. 3º; 92 y 93 del C.N. y A., en armonía con lo establecido en la Constitución Nacional (art. 54, última parte); y en el art. 3º de la Convención de los Derechos del Niño.

Así las cosas, oídos los niños A. C. y F., claramente se visualiza que aman

a sus progenitores, se sienten a gusto con ellos y que reclaman algunos ajustes, que son atendibles por los padres para lograr el bienestar que se merecen.

Oídos también los progenitores, se observa que ambos padres aman a sus hijos y desean brindarles amor, protección, cuidado y seguridad para permitir así a sus hijos el desarrollo integral, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías.

Los padres deberán procurar la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la autoridad, ante el esquema de organización familiar surgido después del divorcio (arts. 5, 9.3, 18.1 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; 53 de la Constitución Nacional; 3, 70 del C.N. y A. Efectivizar el mejor grado de desarrollo personal de los niños (art. 6.2 y preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño y 3º del C.N. y A.). respetar las diferentes etapas evolutivas de los niños con sus propios requerimientos y expectativas (arts. 5, 14.2 y 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Garantizar que los niños, por la madurez alcanzada, puedan expresar sus opiniones y ser escuchados (sin presiones), art. 5 y 12 (primer párrafo) de la Convención de los Derechos del Niño; art. 3º del C.N. y A.

Pietra María (argentina) en su obra, “El Interés Superior del Niño”, apunta: “Si el nuevo paradigma en las organizaciones familiares es construir nuevos ciudadanos, respetar los derechos del niño no implica ir en detrimento de los padres, existiendo un equilibrio entre su libertad educativa y representación, con la posibilidad de ejercer sus derechos de acuerdo a su edad. Se trata de una educación hacia la responsabilidad. Dentro de un grupo familiar cada miembro debe saber respetar los derechos de los demás. La familia no puede defender su estabilidad sobre la base de la degradación de sus integrantes. Debe lograrse una mayor integración, fomentándose la participación y solidaridad de cada miembro del grupo familiar de acuerdo con su rol”.

El Supremo Interés del Niño, exige ser atendido y protegido por los progenitores a lo largo de la existencia del menor. En este caso se abre paso a una idea cardinal: Compartir, lo que implica participar en la vida de relación del hijo, colaborar, apoyar, sugerir e incluso decidir en conjunto ambos progenitores (Cecilia Grosman. Arg. En su libro: “La tenencia compartida después del Divorcio”).

“Mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener, en la conciencia de los progenitores, la responsabilidad que sobre ambos pesa

respecto del cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; y, además, preserva el fin querido por la ley, de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones expresa o tácitamente atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos”.

Por el rol instrumental que la ley encarga a los progenitores, pese a la separación, éstos deben actuar procurando un sano equilibrio entre ambos, y las decisiones relacionadas con la vida de sus hijos tienen que ser tomadas en un marco de diálogo solamente por los progenitores y no por la pareja que éstos tengan, presidido por la aspiración del máximo bienestar de los hijos.

Los niños A.C. y F. A. P. V. deben vivir en iguales condiciones y el mismo status quo que tienen los progenitores y, por ende, el Sr. N. P. deberá sostener el mismo bienestar económico y social que brinda a su actual pareja con respecto a sus hijos A. C. y F. A. P. V., en cuanto las quejas y reclamos de éstos últimos se relacionan a supuestas discriminaciones que en ese sentido sufren.

Por imperio de la Constitución Nacional Art. 54 “Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”, en esa convicción sin que signifique incongruencia (Art. 15, inc. “d”), por las diligencias ordenadas por este Tribunal, la vivencia que tuve con los niños, con los progenitores, con la familia ampliada de una de las partes, la visita a los hogares, me permiten llegar a las siguientes Conclusiones:

El régimen de convivencia será compartida por ambos progenitores con respecto a sus hijos A.C. y F.A.P.V., de 12 y 5 años de edad respectivamente. La Convivencia compartida en forma efectiva quedará a cargo de la madre, teniendo en cuenta que los mencionados niños residieron siempre en la casa de sus abuelos maternos desde que nacieron, con su madre e inclusive con el padre, hasta que éste se retiró del hogar en el año 2006, a raíz de la separación conyugal que sobrevino. El vínculo de los niños es muy fuerte y afectuoso con la madre y los abuelos maternos. Éstos niños viven y se desenvuelven en un ambiente de contención en ese hogar, extremos corroborados a través de las distintas actuaciones y así mantener el status quo preexistente.

El Régimen de Convivencia conjunta se cumplirá bajo el siguiente régimen:

1) El padre se encargará de llevar y traer a sus hijos A. C. y F. A. P. V. del colegio, debiendo retornarlos al domicilio materno inmediatamente; 2) El padre deberá acudir también al colegio para interesarse en el estudio de sus hijos,

siempre en coordinación con la progenitora, en lo concerniente a la toma de decisiones; 3) Los fines de semana alternado, primer y tercer fin de semana el progenitor retirará del hogar materno a los niños, debiendo hacerlo el sábado a las 10:00 horas y retornarlos al lugar el domingo a las 20:00 horas; 4) Cumpleaños del padre y día del padre: Los niños A.C. y F. A. pasarán con su padre, si no coincidiera con el fin de semana que le corresponde al padre retirar a sus hijos, si fuera día entre semana, los retirará a las 17:00 horas y los devolverá a las 20:00 horas. Si fuera sábado o domingo, los retirará a las 11:00 horas y los retornará al domicilio materno a las 18:00 horas; 5) Cumpleaños de la madre y día de la madre: Los niños A. C.y F. Al. pasarán con su madre si no coincidiera con el fin de semana que le corresponde a la madre, los niños permanecerán con su madre ese día, y el padre los retirará a las 17:00 horas y los retornará al domicilio materno a las 20:00 horas; 6) Cumpleaños de A. C. y F. A.: Ambos progenitores concordarán para el festejo de estos días, o en su caso, deberán compartir con el padre un almuerzo, una merienda o una cena, que deberán adoptar de común acuerdo; 7) Semana Santa: Los niños pasarán con su padre en forma intercalada, desde el año 2012, el jueves y viernes santo; sábado y domingo de pascua con la madre, el segundo año con la madre y el año siguiente el jueves y viernes santo con la madre y el sábado y domingo de pascua con el padre y así sucesivamente; 8) Las vacaciones de invierno de cada año: Los niños pasarán con su padre la primera semana, de sábado a domingo, debiendo retirarlos el sábado a las 10:00 horas y retornarlos el domingo a las 20:00 horas; 9) Días Festivos de Navidad y Año Nuevo, el padre en forma intercalada podrá retirar a sus hijos los días 25 de diciembre y 1° de enero de cada año a las 10:00 horas y retornarlos a las 20:00 horas, comenzando en este orden desde el presente año; 10) Las vacaciones de verano, en forma alternada, en el mes de enero de cada año, la primera quincena los niños pasarán con su padre del 1° al 15 de enero y con la madre desde el 16 al 31 de enero de cada año, el primer año y viceversa al siguiente año y así consecutivamente.

Por las consideraciones que anteceden, soy de parecer que la S.D. N° 67 de fecha 09 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, debe ser modificada en el sentido de otorgar el Régimen de Convivencia Compartido de ambos progenitores, los Sres. N. W. P.G y L.V. V.C. a favor de sus hijos A. C. y F. A. P. V. En cuanto a la imposición de las costas en esta Instancia, deberán ser impuestas en el orden

causado, por no responder la decisión del Tribunal a las pretensiones de las partes. Es mi voto.

A su turno, el Dr. SILVIO RODRÍGUEZ manifiesta que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A su turno, el miembro ARNALDO SAMUEL AGUIRRE, dijo:

Al sólo efecto de ser congruente con la solución de la litis planteada en esta instancia, me permito emitir mi voto sobre el caso de autos. Insisto en el principio de congruencia, establecido en el art. 15 inc. “b” del C.P.C., porque infringiéndose esta preceptiva del ritual, la sentencia deviene írrita.

El objeto del presente juicio es el régimen de convivencia que plantea el señor N. W. P.G, en relación a sus hijos A. C. y F. A. P. V., contra la madre conviviente de estos, la señora L. V.V. C.. La causa invocada, podemos leer en un párrafo del escrito de demanda, fs. 39. Dicho párrafo expresa cuanto sigue: “... *Ahora, yendo a la causa misma que da origen a esta demanda que por régimen de convivencia planteamos en contra de la señora Vázquez, debo manifestar que la misma se halla padeciendo un severo trastorno psicológico por lo que conforme a las manifestaciones de sus familiares (padres, hermano) y la del profesional que la atiende vive bajo influencia farmacológica especializada. Ello no sería razón suficiente como para el planteamiento realizado, si tal enfermedad no estuviera afectando de modo directo y perjudicial el crecimiento y desarrollo armónico e integral de A. C. y F. Efectivamente, numerosos eventos desafortunados se han dado en el transcurrir de estos últimos dos meses debido al deterioro de la salud mental de la progenitora, que aunque ella obviamente no esté en condiciones de percatarse, está afectando de manera absolutamente negativa y destructiva en el desarrollo de la personalidad de sus hijos A.C.Y F...*”.

Al contestar la demanda, la Señora L. V. V. Ce.fs. 71/78, negó este hecho invocado por la parte actora, solicitando el régimen de convivencia de sus hijos.

Fijado el hecho controvertido en el presente juicio, pasemos a revisar las pruebas relevantes producidas por el actor, referente a su pretensión. A fs. 112, el neuropsiquiatra, Prof. Dr. Víctor Godoy, elevó el siguiente informe sobre el estado de la salud mental de la señora L. V. V. C., oficio mediante. En contestación a una de las preguntas formuladas en el oficio que le fuera remitido, dijo: “...*El diagnóstico provisorio realizado en las consultas fue trastorno de ansiedad y stress emocional “Diagnóstico provisional”.* También se le preguntó si la demandada se encuentra capacitada para hacerse cargo de la crianza y conduc-

ción de sus hijos menores. El profesional, en respuesta, dijo: “...*El diagnóstico fue provisional y no se pudo completar los estudios psicológicos solicitados para una mejor evaluación, por lo que no puedo determinar profesionalmente si la misma se encuentra o no capacitada para hacerse cargo en la crianza y conducción de sus hijos*”. A fs. 113, este mismo profesional informa al Juzgado que no puede afirmar con certeza si la señora L.V. V. C. padece o no alguna alteración psicológica o de la personalidad, recomendando otros estudios y una junta médica para expedirse con mayor certeza. A fs. 119, se le escuchó a la niña A. C. P. V., de 12 años. Esta dijo que a partir de la separación de sus padres, quedó a vivir con su progenitora y los abuelos maternos, en el domicilio de éstos, hasta la fecha. Refirió que se siente a gusto conviviendo con su madre y los citados abuelos, manifestando su disgusto y desagrado por la conducta de su padre, porque se siente desplazada cuando está con él, por la nueva pareja que actualmente tiene su progenitor. A fs. 129, se encuentra el estudio psicológico de la niña A. C., realizado por la Psicóloga Forense, Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez. Informa esta profesional que en la entrevista clínica, la niña manifestó: “...*Quiero vivir con mamá, porque no me quiero separar de mis abuelos. Mamá es mi mejor amiga. Me siento bien a su lado...*”. Desea seguir relacionándose con su padre, manifestando su disgusto por la escasa atención que le da, a causa de la novia que tiene su padre. Le lastima la diferencia que hace su papá entre su novia y su hijo y ella, en el aspecto material. También manifestó que su papá es comunicativo, cariñoso, protector, siempre le llama por teléfono y desea seguir relacionándose con él. A fs. 131, la citada profesional forense eleva este informe referente a la Señora L.V. V. C.. La conclusión de esta profesional, a resultas de la evaluación psicológica practicada, es que la Señora L. V. presenta una personalidad normal. A fs. 132, la Asistente Social Forense, Lic. Egidia Antonia González Ortiz, realizó un estudio socio ambiental en el hogar donde viven los niños. En su conclusión, esta profesional asienta cuanto sigue: “...*Se percibió un ambiente agradable, los abuelos maternos y la madre de los niños son personas afables, tranquilos, respetuosos y muy cariñosos, los niños reciben mucho afecto, se los vio muy bien cuidados, complacidos con los cuidados y afectos que reciben...*”.

Hemos destacado las piezas de convicción que hacen a la causal invocada por la parte actora. De ellas, surge que no se ha probado el hecho principal invocado por el Señor N. W. P. G. para la convivencia impetrada, y que hemos

transcripto inicialmente. La Señora L.V.V. C. es una persona perfectamente normal, según los resultados obtenidos por los profesionales del sector privado como del público, que hemos leído.

Para culminar esta opinión, cabe destacar que el señor N.W. P. G. tiene un régimen de relacionamiento con sus hijos, según la S.D. N° 537 del 02 de noviembre de 2007 y que fuera modificada en uno de los apartados, por A. y S. N° 85 del 13 de junio de 2008, según constancia de autos.

Atento a esta relación, soy de parecer que la sentencia recaída se ajusta a derecho y debe ser confirmada, con costas al actor, de conformidad art. 203 inc. "a" del C.P.C. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

VISTO: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE: MODIFICAR la S.D. N° 67 de fecha 09 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, en el sentido de otorgar el Régimen de Convivencia Compartido de ambos progenitores, los Sres. N. W. P.G y L. V.V.C. a favor de sus hijos A. C. y F. A. P. V.. La Convivencia compartida en forma efectiva quedará a cargo de la madre Sra. L.V.V. C., en la forma establecida en el considerando de la presente resolución.

IMPONER LAS COSTAS en esta Instancia en el orden causado.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Fulvia Imelda Nuñez de Vera y Aragón, Silvio Rodríguez y Arnaldo Samuel Aguirre.

Ante mí: Maria E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 130

PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia. Régimen de convivencia a favor del padre.

Durante la convivencia con su progenitor los niños han sido debidamente cuidados y atendidas sus necesidades acordes a sus respectivas edades sin mayores contratiempos, no así en los periodos de tiempo en los que quedaron bajo el cuidado y responsabilidad exclusiva de la madre, como quedó demostrado en Autos, por lo cual no existiendo causa que exija y justifique la modificación del status quo de los menores, más aún habiéndose demostrado la conducta de la madre no fue la adecuada tal vez debido a su problema de salud bipolar.

PATRIA POTESTAD. Régimen de visitas.

En cuanto al trastorno afectivo bipolar (bipolaridad), que en realidad describe un estado de ánimo caracterizado por la presencia de uno o más episodios con niveles anormalmente elevados de energía y de estados de ánimos, no puede representar un obstáculo para que los niños se relacionen con su madre ya que, la progenitora reconoce su problema y también sus familiares, por lo que tanto, ella como su familia pueden hacer frente a la crisis sin temores infundados previniendo las recaídas.

PATRIA POTESTAD. Régimen de visitas.

Si bien es cierto, que no existe cura para este tipo de trastorno (bipolaridad), la misma es controlada a través de los tratamientos farmacológicos y psicológicos por lo que es muy importante la integración de la madre al entorno, erradicando los prejuicios y rechazos con lo que se carga a las personas que padecen de este tipo de problemas. Finalmente, debe tratarse en lo posible de que el relacionamiento filial madre e hijos no se diluya sino que se fortalezca a través del tiempo

Tapel. Niñez y Adoles. 29-07-2011. “S.R.V.C. s. Régimen de convivencia” (Ac. y Sent. N° 130).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Crescencio Bernardo Páez Santacruz y Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

ALA ÚNICA CUESTIÓN PLANTEADA EL PREOPINANTE DR. SILVIO RODRÍGUEZ DIJO: En la resolución recurrida el Juzgado resolvió: “*I. Hacer Lugar a la demanda de RÉGIMEN DE CONVIVENCIA instaurada por el señor*

S.V., contra la señora C.D.C.F, en relación a los hijos en común S.R. y A.P.V.C., en consecuencia; II. OTORGAR, la Convivencia de los infantes S.R. y A.P.V.C., a su progenitor señor S.V. III. COSTAS a la vencida.” (fl. 373/374).

La representante legal de la señora C. D. C. F. se agravia contra la resolución referida sosteniendo que se trata de un fallo injusto y arbitrario que no observa el Interés Superior del Niño y que no ofrece un fundamento claro que le de legitimidad. Trae a colación que este Tribunal ha sentado postura al respecto afirmando que “el principio superior del niño que no tenga un contenido que le de legitimidad o simplemente es invocado pero sin un razonamiento que le de sentido, es absolutamente absurdo” (fl. 376/379). Afirma igualmente que las pruebas ofrecidas por su parte no han sido valoradas por la A-quo.

Por su parte, en su escrito de responde el señor Silvio Vega sostiene que en autos no existe prueba alguna que indique que los niños *S.R.* y *A.P.V.C.*, deben residir con su madre, sino que hacen referencia a la importancia del Relacionamento materno filial, pero en ningún caso a la convivencia de la residencia o convivencia de los niños con su madre (fl. 386/391).

Pues bien, analizadas las probanzas de Autos surge que la señora C. D. C.F. ha acordado voluntariamente que sus hijos *S.R.* y *A.P.V.C.* convivan con su padre en dos ocasiones. La primera, cuando tuvo que viajar a Inglaterra por cuestiones de estudio que se extendió desde setiembre de 2006 a julio de 2007. Durante este período no existe constancia alguna de que los niños *S.R.* y *A.P.V.C.*, hayan tenido inconveniente físico ni psicológico alguno. La segunda cuando fue diagnosticada con un trastorno bipolar, desde setiembre de 2008. Durante este lapso de tiempo, la señora C. F. retiraba a sus niños los fines de semana y el relacionamiento se llevaba a cabo en el domicilio de los abuelos maternos, donde ésta residía. Posteriormente, estando durante el periodo de relacionamiento, a cuidado de la progenitora, se produjo un presunto hecho de abuso sexual al niño *S.R.* por parte de su tío materno, lo que llevó a su progenitor señor *S.V.* a realizar la correspondiente denuncia penal y el presente régimen de convivencia.

Es importante señalar que el detonante de la situación de abuso fue la denuncia de la abogada R. E.de S., Directora General del Colegio Japonés Paraguayo, quien comunicó al progenitor señor *S. V.* sobre los cambios drásticos de conducta y desenvolvimiento de su niño *S. R.*, principalmente desde la vuelta de vacaciones de invierno del año 2009 en cuanto a agresividad y manifestaciones sexuales para con sus compañeritos. (fl. 133). Nótese que de la misma declara-

ción se desprende claramente que quien se encargaba del seguimiento y atención a la educación de los niños era precisamente el señor S. V. y no la señora C. D. C. F., quien, al decir de la misma directora, solo se acercó al colegio de sus menores hijos para “averiguar los requisitos para el ingreso de su hija mayor en el 2010” y no para preguntar por R. o A. P. Inclusive en la declaración de la misma abogada E. de S., en sede Fiscal (fl. 167), señaló que principalmente a vuelta de los fines de semana los niños denotaban falta de higiene y mayor agresividad por parte de Silvio Rafael y que al retorno de vacaciones de invierno, estando el señor V. de viaje, el niño presentó un dolor de estómago que ameritó llamar al servicio de EME con que cuenta el colegio para que lo atendieran y el pediatra indicó que el niño tenía dolor de estómago de hambre porque estaba con el almuerzo del día anterior. Consultado el niño, indicó que estaba viviendo en casa de su mamá porque su papá estaba de viaje (fl. 168).

Así las cosas, según el informe psicológico victimológico realizado por la psicóloga Lic. Nathalia Gómez Portillo, recomienda en el inciso c) mantener la guarda permanente con el padre, ya que el menor encuentra en él recursos y herramientas que le brindan contención y seguridad física y afectiva convenientes para la víctima (fl. 285/288).

Por su parte, la Asistente Social Forense, Lic. Egidia González Ortiz, informa que la casa en la que residen los niños S.R. y A.P.V.C., en compañía de su padre cuenta con adecuadas condiciones de higiene y comodidad y que además se advierte un cálido ambiente afectivo (fl. 298).

Ante lo brevemente expuesto hasta aquí deviene oportuno concluir como primer término que los niños S.R. y A.P.V.C., residen en el domicilio paterno desde el año 2006. Durante la convivencia con su progenitor los niños han sido debidamente cuidados y atendidas sus necesidades acordes a sus respectivas edades sin mayores contratiempos, no así en los periodos de tiempo en los que quedaron bajo el cuidado y responsabilidad exclusiva de la madre, como quedó demostrado en Autos. Por ello, y no existiendo causa alguna que exija y justifique que este Tribunal modifique el status quo de los niños S.R. y A.P.V.C., se deben confirmar los apartados I y II de la resolución recurrida por ajustarse a derecho ya que el mantenimiento del status quo de los niños no fue interrumpido en ningún momento, muy por el contrario, se ha demostrado en autos que la conducta de la madre no fue la adecuada tal vez debido a su problema de salud bipolar.

Como el régimen de convivencia es la otra cara del régimen de relacionamiento y en atención a lo manifestado por la niña Ana Paula ante el Juzgado respecto a esta cuestión “que mantiene un régimen de relacionamiento con su progenitora en dos oportunidades y sábados y domingos y pretende que dicho relacionamiento se dé sin la presencia del señor Gustavo (esposo de su mamá) y en la casa de su papá” (fl. 139). El niño S.R.V.C. dijo: “pretende seguir relacionándose con su progenitora pero de manera mas restringida, es decir sábados y domingos siempre en el domicilio paterno”. Y, lo manifestado por el señor Silvio Vega en la contestación del traslado de apelación de que la recurrente visita a sus hijos tres veces por semana sin siquiera haber iniciado un juicio de régimen de relacionamiento propiamente dicho” (fl. 387). En consecuencia, corresponde disponer el siguiente régimen de relacionamiento a fin de que los niños S.R. y A.P.V.C., se relacionen con su madre de la siguiente manera: 1) Retirar a los niños Ana Paula y Silvio Rafael Vega a la salida del colegio, los días lunes y viernes y devolverlos en el domicilio del progenitor a las 17:00 horas. En estos días los niños podrán almorzar con su progenitora y realizar las tareas escolares con la misma y de paso podrán también relacionarse con la hermana materna A.C. F. 2) Retirar a los niños S.R. y A.P.V.C., el día domingo en forma alternada a las 10:00 horas del domicilio paterno y devolverlos ese mismo día a las 16:00 horas.

Este régimen de relacionamiento establecido a mi criterio se ajusta a la situación por la que atraviesa la familia. Por un lado, porque la progenitora ha contraído nupcias con el señor G. M. C., el 10 de julio de 2.010 y con ella también reside su hija mayor A. C. F. hermana de los niños en cuestión. Es de notar en este sentido, que con anterioridad los niños se relacionaban con la madre en la casa de los abuelos maternos, domicilio en el que supuestamente ocurrió el hecho que dio motivo al presente juicio y a la denuncia penal. Pero, actualmente la progenitora se encuentra viviendo en un domicilio distinto con su esposo y su hija mayor. En cuanto al trastorno afectivo bipolar (bipolaridad), que en realidad describe un estado de ánimo caracterizado por la presencia de uno o más episodios con niveles anormalmente elevados de energía y de estados de ánimos, no puede representar un obstáculo para que los niños se relacionen con su madre ya que, la progenitora reconoce su problema y también sus familiares, por lo que tanto, ella como su familia pueden hacer frente a la crisis sin temores infundados previniendo las recaídas. Si bien es cierto, que no existe cura para

este tipo de trastorno, la misma es controlada a través de los tratamientos farmacológicos y psicológicos por lo que es muy importante la integración de la madre al entorno, erradicando los prejuicios y rechazos con lo que se carga a las personas que padecen de este tipo de problemas. Finalmente, debe tratarse en lo posible de que el relacionamiento filial madre e hijos no se diluya sino que se fortalezca a través del tiempo.

Las costas de Primera Instancia, que se impusieron a la madre, deben confirmarse, asumiendo igual posición con relación a esta Instancia.

A su turno, los doctores Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Crescencio Bernardo Páez Santacruz manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Miembros, todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE: CONFIRMAR la S.D. N° 494 de fecha 12 de abril de 2011, en sentido y alcance expuesto en el exordio de la presente resolución. OTORGAR el relacionamiento provisorio de los niños A. P.y S. R.V. C. con su madre la señora C. D. C. F. de la siguiente manera: 1) Retirar a los niños A. P. y S. R. V. a la salida del colegio, los días lunes y viernes y devolverlos en el domicilio del progenitor a las 17:00 horas. 2) Retirar a los niños S.R. y A.P.V.C., el día domingo en forma alternada a las 10:00 horas del domicilio paterno y devolverlos ese mismo día a las 16:00 horas. COSTAS de esta instancia a la perdidosa. ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema.

Magistrados: Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda Nuñez de Vera y Aragón, y Arnaldo Samuel Aguirre.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N°145

ALIMENTOS. Aumento de alimento

En este sentido, llama la atención que la madre no haya pedido antes un aumento de la mesada dado el tiempo transcurrido (11 años). Es más, la extrañeza sube de punto si se tiene en cuenta la manifestación de la madre solicitante en la audiencia de conciliación quien dijo que tenía otro “hijo” del alimentante que no estaba reconocido, quiere decir, por tanto, que la accionante no necesitaba del aporte del padre o mejor dicho del aumento solicitado máxime teniendo en cuenta que la niña ya tiene 17 años de edad y otro hijo del demandado.

ALIMENTOS. Modificación del quantum

El agravio del progenitor en cuanto al importe de sus ingresos no puede tenerse en cuenta ya que la diferenciación entre sueldo, gastos de representación y bonificación han quedado equiparados por aplicación del Decreto N° 1579, por el que se reglamenta la Ley N° 2345 de fecha 24 de diciembre de 2.003, “De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público” que establece en el primer artículo cuanto sigue:...”*Remuneración Imponible. Se define como remuneración imponible aquella sobre la que se aporta para fines jubilatorios. Se tomará como remuneración imponible la suma de lo percibido en concepto de Remuneración Ordinaria, Remuneración Extraordinaria, Gastos de Representación, Bonificaciones y Gratificaciones...*”.

ALIMENTOS. Modificación del quantum.

El remanente de los rubros de asignación mensual, bonificaciones y gastos de representación aunque de manera prudente dada la variación que puede sufrir los mismos si cambia la situación laboral del progenitor.

ALIMENTOS. Proceso.

Del informe de remitido por la Dirección del Registro de la Propiedad en el que se menciona que se registra a nombre del demandado no significan precisamente que produzcan ingresos. En efecto, no se ha acreditado en autos que los bienes inmuebles estén alquilados de tal suerte que no se puede hablar que las mismas produzcan rentas a favor del alimentante y además ambas propiedades se encuentran en litigio.

ALIMENTOS. Proceso.

De los vehículos que registran a nombre del demandado se acreditó que tiene uno solo y tiene una antigüedad de 13 años actualmente y, es sabido que

los vehículos utilitarios tienen un tiempo de vida útil y a medida que pasa el tiempo requieren más gastos de mantenimiento, sin contar que le sirve de medio de transporte y el pago de combustible para dicho efecto, esto a fin de determinar el caudal del alimentante.

ALIMENTOS. Proceso.

La menor asiste a un Colegio Nacional donde no se abona cuotas mensuales y vive con su madre en la casa de la abuela materna por tanto no tiene gastos de alquiler de vivienda, a fin de determinar las necesidades de la menor.

ALIMENTOS. Proceso. Modificación del quantum.

Se considera que la sentencia recurrida amerita ser modificada en el sentido de disminuir el monto de la mesada fijada por el Juzgado de Primera Instancia, de acuerdo con las condiciones económicas de cada uno de los progenitores, sin perder de vista que el progenitor tiene otra hija a quien mantener, quien actualmente tiene dos años de edad y a medida que va creciendo sus gastos también van aumentando, debiendo incluso absorber los gastos de vivienda de la menor.

Tapel. Niñez y Adoles. 22-08-2011. “J.A.B.C s. Aumento de Asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N° 145).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustado a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón

ALA ÚNICA CUESTIÓN PLANTEADA EL PREOPINANTE DR. SILVIO RODRÍGUEZ DIJO:

En la sentencia recurrida el Juzgado resolvió cuanto sigue: “1) *Hacer Lugar, con costas, a la demanda de aumento de asistencia alimenticia promovida por la señora M. C. R. a favor de su hija J. A. B. C. y contra el señor L. S. B.P. y, en consecuencia, 2) Fijar el aumento de la asistencia alimenticia a favor de la adolescente de conformidad al art. 189 del C.N. y A. en 26.86 jornales mínimos, equivalente en este momento a la suma de Gs. 1.350.000, monto que deberá ser abonado por el demandado por mensualidades adelantadas y desde la fecha de iniciación del presente juicio, incrementándose automática y proporcionalmente*

conforme a los aumentos del salario mínimo y será depositado en la cuenta judicial abierta en el Banco Nacional de Fomento a nombre del presente juicio y la orden de este Juzgado y de la señora M. C. R.. 3) Librar oficio a la Corte Suprema de Justicia a fin de que se sirva retener 26.86 jornales equivalente a la suma de Gs. 1.350.000 del salario que percibe el señor L.S.B.P, el cual deberá ser abonado por mes adelantado y desde el inicio de la presente demanda y en los primeros diez días de cada mes.” (fls. 80/82).

Contra esta sentencia se alza el señor Luis Segundo Bordón Palacios, alegando que la resolución no contiene un estudio y evaluación de todas las pruebas rendida en autos, razón por la cual se ha menoscabado sus derechos, siendo la sentencia parcialista ya que para que proceda el aumento de la mesada necesariamente debe sufrir alteración la capacidad económica del alimentante y las necesidades de la alimentada. En ese sentido, no se ha tenido en cuenta que está casado en segundas nupcias y con otra hija matrimonial fruto de esa unión, que vive en casa de alquiler y aunque posea dos inmuebles a su nombre aún no dispone de ellos porque están el litigio judicial. Dijo además, que le agravia respecto al computo realizado de sus ingresos ya que la suma de Gs. 2.900.000 que percibe en concepto de gastos de representación y Gs. 1.600.000 en concepto de bonificación no forman parte esencial de su salario, pues, son beneficios adicionales inherentes al cargo que actualmente desempeña pero que en caso de traslado dichos beneficios dejará de percibir, por lo que según el Código Laboral no deben formar parte del salario, siendo sus salarios reales la suma de Gs. 4.818.500. Finalmente petitionó la modificación de la sentencia en revisión estableciendo la suma de Gs. 1.000.000 en concepto de aumento de asistencia alimenticia (fls. 85/88).

Corrido el traslado de rigor, la señora Mercedes Cantero Rotela, petitionó que el recurso interpuesto por la adversa sean declarados desiertos y se confirme la sentencia en revisión (fls. 101/102).

Y bien, la sentencia que se quiere modificar en el sentido de aumentar la mesada es la S.D. N° 17 de fecha 10 de febrero de 1.999, por el cual se fijó en concepto de asistencia alimenticia para la niña J.A.V.C. 44 jornales equivalente en ese momento a la suma de Gs. 867.460 (fls. 3/4). Desde la fijación de la mesada han transcurrido once años, la niña en ese entonces contaba con 5 años y actualmente tiene 17 años de edad (fl. 1)

En este sentido, llama la atención que la madre no haya pedido antes un aumento de la mesada dado el tiempo transcurrido (11 años). Es más, la extra-

ñeza sube de punto si se tiene en cuenta la manifestación de la señora M. C. R. en la audiencia de conciliación quien dijo que tenía otro “hijo” del alimentante que no estaba reconocido (fl. 24). Quiere decir, por tanto, que la accionante no necesitaba del aporte del padre o mejor dicho del aumento solicitado máxime teniendo en cuenta que la niña ya tiene 17 años de edad y otro hijo del demandado.

Ahora bien, dejando de lado estas disquisiciones que producen una curiosa desazón vamos a ir directamente a los correspondientes ingresos que tienen los progenitores. El señor *L.S.B.P.*, pertenece al plantel de funcionarios de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia y percibe en concepto de salario la suma de Gs. 4.818.500, en concepto de Gastos de Representación Gs. 2.900.000 y Bonificación Gs. 1.600.000, encontrándose dichos montos sujetos al descuento del 16% en concepto de Aporte Jubilatorio (fl. 58). Y, descontado el aporte obligatorio por jubilación, al alimentante le queda un ingreso remanente de Gs. 7.827.539.

El agravio del progenitor en cuanto al importe de sus ingresos no puede tenerse en cuenta ya que la diferenciación entre sueldo, gastos de representación y bonificación han quedado equiparados por aplicación del Decreto N° 1579, por el que se reglamenta la Ley N° 2345 de fecha 24 de diciembre de 2.003, “De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público” que establece en el primer artículo cuanto sigue:...”*Remuneración Imponible. Se define como remuneración imponible aquella sobre la que se aporta para fines jubilatorios. Se tomará como remuneración imponible la suma de lo percibido en concepto de Remuneración Ordinaria, Remuneración Extraordinaria, Gastos de Representación, Bonificaciones y Gratificaciones...*” Por tal motivo, necesariamente debe tenerse en cuenta para las resultas de autos, el remanente de los rubros de asignación mensual, bonificaciones y gastos de representación aunque de manera prudente dada la variación que puede sufrir los mismos si cambia la situación laboral del señor Bordón.

Asimismo, se tiene el informe remitido por la Dirección del Registro de la Propiedad en el que se mencionada que el demandado registra a su nombre un inmueble en San Lorenzo, con Cta. Cte. Ctral N° 274-4409-1 y otra en la ciudad de Luque, finca Nro. 36134, cta. Cte. Ctral. N° 27-3878-7 (fls. 40/42). El Registro del Automotor informó que a nombre del señor Luis Segundo Bordón Palacios

se registran los vehículos CITROEN, Modelo DIANE 6, color azul, año 1.973 y Nissan Mistral, Año 1998, Color verde (fls. 53/54).

Estas propiedades no significan precisamente que produzcan ingresos. En efecto, no se ha acreditado en autos que los bienes inmuebles estén alquilados de tal suerte que no se puede hablar que las mismas produzcan rentas a favor del alimentante. Es más, ambas propiedades se encuentran en litigio. El que se encuentra en Luque se tiene que definir en la disolución y liquidación de la Sociedad Conyugal que tiene entablado con la señora M. L. y el de San Lorenzo se encuentra en problemas con su hermano Gustavo Bordón tal como lo afirmó en su absolución de posiciones. En cuanto a los vehículos ya solo le queda uno el vehículo individualizado como Nissan Mistral del año 1.998 (fl. 51). Por lo tanto, tiene una antigüedad de 13 años actualmente y, resulta sabido que los vehículos utilitarios tienen un tiempo de vida útil y a medida que pasa el tiempo requieren más gastos de mantenimiento, sin contar que le sirve de medio de transporte y el pago de combustible para dicho efecto.

Pasando a la vereda de enfrente, se tiene que la señora M. C. R. es funcionaria Judicial y percibe en concepto de salario la suma de Gs. 3.946.900, bonificación Gs. 750.000, totalizando sus ingresos la suma de Gs. 4.700.000, menos el descuento del 16% en concepto de jubilación (fl. 93).

También ha quedado acreditado al responder las posiciones que la menor J. A. asiste a un Colegio Nacional donde no se abona cuotas mensuales y que vive con su madre en la casa de la abuela materna por tanto no tiene gastos de alquiler de vivienda (fls. 65).

En las condiciones señaladas, considero que la sentencia recurrida amerita ser modificada en el sentido de disminuir el monto de la mesada fijada por el Juzgado de Primera Instancia, a 20 jornales mínimos, equivalente en este momento a la suma de Gs. 1.105.480 de acuerdo con las condiciones económicas de cada uno de los progenitores, sin perder de vista que el señor Luis Bordón Palacios tiene otra hija a quien mantener, la niña M.P. F.P., quien actualmente tiene dos años de edad (fl. 9) y a medida que va creciendo sus gastos también van aumentando, debiendo incluso absorber los gastos de vivienda de la menor, gastos que J. A. no tiene, pues, vive en la casa de la abuela materna. En fin, creo que la mesada así dispuesta se adecua a los principios de responsabilidad compartida de los progenitores en lo que concierne a la manutención de los hijos en común (arts. 53 de la C.N. y 70 y demás concordantes del C.N. y A.) y al de equidad (art. 599 del C.P.C.).

En cuanto a las costas de esta Instancia, deben imponerse en el orden causado ya que la decisión del Tribunal no ha respondido a las posiciones asumidas por las partes. Es mi voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores Miembros ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia;

RESUELVE: MODIFICAR la sentencia recurrida en el sentido de disminuir la mesada establecida por el Juzgado a favor de la niña J. A.B. C. a 20 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas, equivalente en este momento a la suma de Gs. 1.105.480 (un millón ciento cinco mil cuatrocientos ochenta), importe que deberá abonar el señor *L.S.B.P.* desde el mes de la presente resolución. IMPONER las costas de esta Instancia en el orden causado.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, y Arnaldo Samuel Aguirre.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 154

RESTITUCIÓN. Restitución de menor. TRATADO INTERNACIONAL. Ejecutividad de sus disposiciones.

El Art. 13 de la Ley 986/93 “Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” establece las causales de eximir la restitución del menor si se demuestra con total cabalidad las circunstancias mencionadas precedentemente. En este punto ponemos énfasis en el último párrafo del art. 13 que dice: “Al examinar las circunstancias a que hace referencia en el

presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcionen la Autoridad Central Competente del lugar de residencia habitual del menor”

RESTITUCIÓN. Restitución de menor. TRATADO INTERNACIONAL. Ejecutividad de sus disposiciones.

La Ley N° 928/96 en el Art. 11, nos ilustra acerca de la no obligatoriedad de ordenar la restitución del menor cuando no se hallan acreditados en forma idónea los extremos alegados. Para mejor ilustración se transcribe el referido artículo: *“La autoridad judicial o administrativa del estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a) Que los titulares de la solicitud o demanda no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención; o b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión”.*

RESTITUCIÓN. Restitución de menor. TRATADO INTERNACIONAL. Ejecutividad de sus disposiciones.

En atención a las manifestaciones del niño y su progenitor, al ser oídos ante este Tribunal, se advirtió que existe un riesgo grave para el niño si es restituido con la madre, como consecuencia al entorno familiar materno, la pareja de ésta que estaría consumiendo y traficando estupefacientes, sumado el alcoholismo, que lo tornaría agresivo y el barrio donde estarían residiendo según el niño: marginal.

Tapel. Niñez y Adoles. 30-08-2011. “N.D.L.G. s. restitución internacional” (Ac. y Sent. N° 154).

Previo estudio de los antecedentes del caso el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Silvio Rodríguez

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la Miembro preopinante Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, dijo:

El Abogado J. C. A. F., en representación del Sr. G. L. R., no fundamentó el recurso de nulidad en el escrito de fs. 49/51 de autos manifestando “que en la inteligencia de que en alzada de oficio se podrá declarar la nulidad de la resolución cuestionada”.

Por lo demás, no se observan vicios que ameriten un pronunciamiento oficioso del Tribunal sobre el particular. Por consiguiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 419 del C.P.C., corresponde declarar desierto dicho recurso. Es mi voto.

A su turno, los Dres. ARNALDO SAMUEL AGUIRRE y SILVIO RODRÍGUEZ manifiestan que se adhieren al voto que anteceden por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, la Miembro preopinante Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, dijo:

Por S.D. N° 441 de fecha 01 de abril de 2011, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, resolvió: “1) Hacer Lugar a la Restitución Internacional del niño a su statu quo anterior solicitado por la Abogada Lili Beatriz Méndez Delgadillo, en nombre y representación de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia con relación al niño N.D.L.G, de nacionalidad argentina nacido en fecha 14 de noviembre de 2002 hijo de G.L. e H.E.G y en consecuencia; 2) Disponer la Restitución del infante N.D.L.G a la Jurisdicción de la Justicia Argentina, a objeto de que su progenitora la Sra. H. E. G. pueda ejercer los derechos y deberes que le corresponden garantizados por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; 3) Ordenar se libre el pertinente exhorto al juez de Igual Clase y Competencia de la Provincia de Buenos Aires República Argentina, con copia de la presente resolución y con indicación de que el niño se encuentra residiendo con su progenitor el Sr. Gregorio López Ramírez, solicitando la localización y entrega del niño N.D.L.G, a su progenitora Sra. H. E. G., previo cumplimiento de las formalidades de estilo (fs. 44/45 vlto.).

Contra la referida resolución, interpone recurso de apelación el Abogado J. C. A. F., representación convencional del Sr. Gregorio López Ramírez y, en lo medular de sus agravios expresa cuanto sigue: “Que, la resolución judicial que hace lugar a la restitución Internacional del infante Nahuel David y que dispo-

ne la restitución a su progenitora H.E.G, a todas luces no corresponde en derecho, pues en el Considerando la Juzgadora se basa casi exclusivamente en la manifestación de la abogada Lili Beatriz Méndez Delgadillo, que representa a la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, quien manifestó: “En fecha 12 de agosto de 2009, la Sra. H. E. G., otorgó la autorización para que su hijo venga al Paraguay, por un plazo de un año en compañía de su padre. A la fecha se encuentra vencido el permiso de salida del país otorgado por la madre y el Sr. G. no ha retornado al niño a la Argentina, país de residencia habitual del niño con lo que se configura la retención ilegal del niño Nahuel David”. Por consiguiente, peticona “se dicte resolución revocando con costas la S.D. N° 441 del 01 de abril de 2011, por corresponder así en derecho y por su notable improcedencia” (fs. 58/61).

A fs. 62/63 de autos, obra el escrito de responde de la Abog. Lili Beatriz Méndez Delgadillo, Abogada de la Matrícula N° 4708, en representación de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, Autoridad Central del Estado Paraguay en Materia de Restitución Internacional de Menores, quién entre otras cosas manifiesta: “Que, la Sentencia Definitiva N° 441 de fecha 01 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, se ajusta a derecho en todos sus términos, a los Convenios Internacionales que rigen los procesos de esta naturaleza y a las leyes nacionales vigentes, pues en autos obran todos los requisitos necesarios para la procedencia del juicio, por lo que debe ser confirmada en toda su extensión”.

De la revisión del presente juicio se observa que las instrumentales que acompañan al escrito de demanda obrantes a fs. 1 al 12 y 15 al 19 de autos, son fotocopias simples, es decir, sin autenticación por lo que no revisten valor jurídico alguno para este Tribunal.

El Juzgado interviniente al respecto de la irregularidad señalada, por proveído de fecha 02 de noviembre de 2010, dispuso: “interin se sustancie la presente causa se requiere que la parte actora proceda a subsanar dicha omisión”. Al respecto cabe mencionar que a lo largo del juicio que nos ocupa la actora no procedió a subsanar la omisión en que incurrió. Asimismo, el documento agregado a fs. 22/23 de autos se halla adulterado, lo que hace dudoso su validez.

A fs. 14 de autos se halla el contrato de alquiler celebrado entre la locadora M. M. y el Sr. G. L. R., referente a una vivienda situada en el Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires, por un plazo de un año a contar desde el primero de

agosto de 2009. Este documento que lleva firmas originales y un sello que certifica que el original fue puesto con el sellado de Ley el 1° de agosto de 2008, nos ilustra que el progenitor es quien residía en el lugar. No existe en autos documentos que acrediten las afirmaciones de la actora referentes al permiso para salir del País y el Régimen de Convivencia de N.D.L.G con su progenitora, y no se haya acreditado la custodia efectiva por la madre.

Es importante destacar que el formulario adjunto remitido por la Autoridad requirente glosado a fs. 22/23, como ya se mencionara se halla adulterado en la parte más relevante que hace referencia a la identidad del padre demandado. En ese contexto la presentación de fs. 27/32 no tiene sustento alguno en cuanto refiere en su escrito de demanda: “Los hechos que motivaron el presente pedido surgen del formulario adjunto...”. Inextenso se transcriben los enunciados de la Convención de los Derechos del Niño (Nótese que desde fs. 27/31 no fue firmado el escrito).

De las constancias de autos surge con claridad que tanto el progenitor como el niño N.D.L.G residían en la Argentina conforme el contrato de arrendamiento obrante a fs. 14 de autos.

Este Tribunal por proveído de fecha 11 de agosto de 2011 (fs. 11) como medida de mejor proveer ha ordenado numerosas diligencias. Así las cosas, el niño N.D.L.G, quien tiene actualmente 8 años de edad, al ser oído (fs. 71/72) ha manifestado entre otras cosas: “Que no le extraña a su mamá E., tampoco quiere ir a Buenos Aires, porque es feliz con su papá... él se comunica con ella por teléfono... que no le gusta porque su mamá se fue con otro señor y que dejó la casa donde vivían... que conoce a la nueva pareja de su mamá se llama E., es un boliviano, este casi me pegó con su cinto, el se acostaba con su mamá y nosotros (los hijos) dormíamos en el suelo sobre una frazada. Sigue diciendo que en la villa donde viven su mamá E. con su pareja E. y sus hermanos es peligroso, los delincuentes salen a robar celulares y otras cosas especialmente de noche, dice que él corre riesgo en el lugar y relata que está cursando el primer grado en la Escuela “Rca. Oriental del Uruguay”. La Psicóloga Forense Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez, quien acompañó al niño en la audiencia para ser oído, emite su impresión diagnóstica en los sgtes. términos: “En este momento el niño Nahuel no se encuentra en condiciones emocionales para vivir con su madre, pues no se siente satisfecho afectivamente de ella, sí se siente muy feliz y seguro viviendo con su padre, la pareja de su padre, su abuela, abuelo paterno y sus primos”.

El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño, 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Es de notar que el niño N.D.L.G de 8 años de edad, posee suficiente madurez teniendo en cuenta las manifestaciones vertidas por el mismo al ser oído por el Juzgado.

El Sr. G.L. R., en la audiencia para ser oído manifestó (fs. 81/82) que se opone que su hijo vaya a vivir a la Argentina a vivir con su madre porque corre peligro en poder de su madre quien tiene una pareja que es un boliviano, quien es agresivo, un alcohólico y se dedica a las drogas, consume y mete la droga en la casa donde están mis hijos y sus otros hermanos y recibe en la casa a sus amigos con quienes consumen droga y no quiero que mis hijos estén en ese ambiente. Sigue diciendo, que hace dos años vine al Paraguay con dos de mis hijos N.D. y W. J. y después me tendió una trampa mi esposa (E.) y me dijo que íbamos arreglar la situación de pareja y que me fuera porque yo tenía una casa alquilada a mi nombre y yo me fui y en un descuido abandonó el hogar y le llevó a la niña de tres años y me dejó a N., desconociendo su paradero. Yo regresé al país (Paraguay) con Nahuel, yo tenía un permiso para salir del país (Argentina) con mis hijos y después me siguió extorsionando por N. D., para que le mande plata y, solo quiere plata y no al niño, yo le transfería plata normalmente y después me enteré que estaba utilizando para que su pareja adquiriera droga. Presento las fotocopias de la transferencia de dinero para que se agregue al expediente. Sigue manifestando, que H. E. toma bebidas alcohólicas y presumiblemente consume drogas, yo quiero traer a mis tres hijos porque les encuentro sucios y sin comidas, muy abandonados en estado de riesgo, si no fuera por los vecinos no comerían muchas veces. Manifiesta haber denunciado a H.E. varias veces por maltrato, abuso y adicción, en la Comisaría local y en los Tribunales de Loma de Zamora y no le dieron trámite porque soy paraguayo. Pido a gritos a este Tribunal que se haga verificar las condiciones socio ambientales, cómo están ellos también y se traigan los antecedentes y que no se conceda la Resti-

tución Internacional solicitada por el Interés Superior de su hijo N.". Sigue diciendo, aclaro también que mi hijo N. D. fue quien le pilló a su mamá que le traía a su novio en la casa y le delató ante mí, motivo por el cual le castigó mucho y casi le rompió todo el huesito, por eso ya no le llevó consigo cuando se fue y le llevó sólo a mi hijita de tres (3) años y es por eso que N. está muy traumatado y, a mi me duele lo que me pasó durante 10 años de matrimonio y por mis hijos que están allá.

A fs. 85, obra el acta de constatación de la matriculación del niño en la Escuela Rca. del Uruguay y su evolución académica.

A fs. 86, se lee el informe elevado por la Psicóloga Forense Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez, con respecto al niño: "Conclusiones y Recomendaciones. De acuerdo al estudio realizado el niño N. encuentra seguridad afectiva de su padre biológico. Tiene un buen relacionamiento afectivo con él".

A fs. 87, obra el informe elevado por la mencionada profesional referente al Sr. G.L.R.: "Conclusiones y Recomendaciones. De acuerdo al estudio realizado el Sr. Gregorio se encuentra en condiciones psicológicas de ejercer su rol paterno de manera adecuada y responsable".

A fs. 89, se halla glosado el Informe de la Trabajadora Social Forense, quien emite su impresión diagnóstica en los sgtes. términos: "El hogar visitado corresponde a una familia ampliada, cuentan con las comodidades básicas necesarias en un ambiente modesto, evidenciándose orden e higiene en el lugar, dicha vivienda se encuentra asentada en un barrio populoso. N.D., recibe buenos cuidados, el mismo se encuentra plenamente adaptado a su familia paterna, se observa buen relacionamiento familiar y vínculo afectivo entre sus integrantes, el niño expresa su deseo de quedarse a vivir en dicho lugar. La abuela se encarga exclusivamente del cuidado del niño, notándose mucho cariño entre ambos. El niño mantiene contacto con la madre a través de llamadas telefónicas no así con sus hermanos, a los que manifiesta que extraña. En el vecindario han dado buena referencia con respecto a la familia visitada".

El Art. 13 de la Ley 986/93 "Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" establece las causales de eximir la restitución del menor si se demuestra con total cabalidad las circunstancias mencionadas precedentemente. En este punto ponemos énfasis en el último párrafo del art. 13 que dice: "Al examinar las circunstancias a que hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuen-

ta la información que sobre la situación social del menor proporcionen la Autoridad Central Competente del lugar de residencia habitual del menor”.

En lo atinente al caso, la Ley N° 928/96, impone el cumplimiento de requisitos puntuales a los titulares del procedimiento de restitución, en el Art. 9 que dice: “1. *La solicitud o demanda se deberá acompañar: a) Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiere, o del acuerdo que lo motive: la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable; b) Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante y c) Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado*”.

En el presente juicio éstos requisitos no fueron satisfechos por la autoridad requirente.

La citada Ley N° 928/96 en el Art. 11, nos ilustra acerca de la no obligatoriedad de ordenar la restitución del menor cuando no se hallan acreditados en forma idónea los extremos alegados. Para mejor ilustración se transcribe el referido artículo: “*La autoridad judicial o administrativa del estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a) Que los titulares de la solicitud o demanda no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención; o b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión*”.

En este contexto en atención a las manifestaciones del niño N.D.L.G y su progenitor, al ser oídos ante este Tribunal, existe un riesgo grave para el niño si es restituido con la madre, como consecuencia al entorno familiar materno, la pareja de ésta que estaría consumiendo y traficando estupefacientes, sumado el alcoholismo, que lo tornaría agresivo y el barrio donde estarían residiendo según el niño: marginal.

Así las cosas, conforme a la evaluación psicológica de la Psicóloga Forense del Poder Judicial Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez, en la audiencia dijo:

“En este momento el niño Nahuel no se encuentra en condiciones emocionales para vivir con su madre, pues no se siente satisfecho afectivamente de ella, sí se siente muy feliz y seguro viviendo con su padre...” (fs. 71 vlto.).

Internacionalmente se propugna para atender en forma efectiva el Interés Superior del Niño: “UNA JUSTICIA JUSTA Y FELIZ”. En esa tesitura soy de parecer que es prudente revocar en todas sus partes la S.D. N° 441 de fecha 01 de abril de 2011. En cuanto a las costas, eximir a la perdidosa por tratarse de una Autoridad Central del Estado Paraguayo en materia de Restitución Internacional, en cumplimiento del pedido de su par el Estado requirente, de conformidad al art. 193 del C.P.C. Es mi voto

A su turno los Dres. ARNALDO SAMUEL AGUIRRE AYALA Y SILVIO RODRÍGUEZ manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

VISTO: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE: DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto.

REVOCAR IN TOTUM la S.D. N° 441 de fecha 01 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, en el sentido y alcance de los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

EXIMIR LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS a la parte perdidosa, de conformidad al art. 193 del C.P.C.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Fulvia Imelda Nuñez de Vera y Aragón, Silvio Rodríguez y Arnaldo Samuel Aguirre.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N°193

ALIMENTOS. Modificación del quantum.

Para la fijación de la cuota alimentaria no es necesario ni indispensable que la justificación de los ingresos del obligado resulte de prueba directa, pues es computable la prueba indiciaria o indirecta para estimar el quantum de la pensión en vinculación con sus posibilidades

ALIMENTOS. Proceso. Pruebas.

La capacidad patrimonial, el caudal del alimentante del que nos habla la ley, entonces, no vendrá a depender fatalmente o exclusivamente de los ingresos o de los bienes del demandado que demuestre el actor sino, y en lo principal, del nivel de vida que aquel disfrute y “represente”, para lo cual cobran enorme importancia los indicios, especialmente cuando el demandado, como en el presente caso, no trabaja en relación de dependencia.

ALIMENTOS. Proceso. Pruebas.

Todo tipo de pruebas se admitirán con apoyo de la pretensión de la actora y como último elemento, el legislador establece la presunción de que el demandado recibe salario mínimo legal a los efectos de fijar el quantum, ante la falta de otra alternativa.

ALIMENTOS. Proceso. Caudal del Alimentante.

Con respecto al caudal económico del alimentante notamos que en autos no se halla acreditado que posea un ingreso económico fijo, pero es dable acotar que en la audiencia para ser oído el alimentante, en esa oportunidad mencionó que se dedica a la actividad de ventas y que su ingreso mensual es de 1.000.000 Gs. Además por imperio de la ley ambos progenitores deben procurar ingresos suficientes para atender las necesidades básicas de sus hijos (Art. 70 y 71 C. N. y A.).

ALIMENTOS. Proceso. Caudal del Alimentante.

Referente al aporte que corresponde a la madre, es importante puntualizar que, si bien la obligación alimentaria es igual para ambos progenitores en el sostenimiento de los hijos en común, para estimar la contribución del progenitor conviviente, deben considerarse los aportes en especie, de significación económica que ésta hace y además la atención que presta a su hija en los múltiples requerimientos cotidianos, pues ello implica una inversión de tiempo al que debe atribuírsele valor, sumados al aporte que necesariamente provee del salario que percibe de su actividad laboral.

ALIMENTOS. Proceso. Caudal del Alimentante.

Ambos progenitores son socios del CIT lo que hace presumir la condición socio-económica en que se desenvuelven.

ALIMENTOS.

La asistencia alimenticia descansa sobre dos principios fundamentales: la responsabilidad compartida de los progenitores que encuentra su fundamento en el art. 70 del C.N.y A.” y el de equidad en el art. 599 del C.P.C., siempre apuntando al interés superior del niño (art. 3º del C.N.y A.) armonizando así las necesidades de la niña y los ingresos de los progenitores, siendo el Juez el que deberá sopesar elementos como: la edad de la alimentada, sus necesidades y el estándar de vida al cual estaba acostumbrada la niña, el caudal económico del alimentante y si tiene o no otros hijos menores que alimentar.

ALIMENTOS. Cuota de alimentos.

La fijación del quantum de la pensión alimenticia es facultad privativa del Juez, teniendo en cuenta que la ley no establece ningún índice o porcentaje al cual ajustarse, en ese sentido deberá tener en cuenta la capacidad económica, la posición social del alimentante en conjunción con las necesidades de la alimentada, en forma equitativa, imperando los principios rectores: Interés superior del niño, la equidad y la responsabilidad compartida.

ALIMENTOS. Cuota de alimentos.

La alimentada, no puede vivir en menores condiciones de vida, que sus progenitores

Tapel. Niñez y Adoles. 28-10-2011. “A.H. s. asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N° 193).

Previo estudio de los antecedentes del caso el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

Caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Irma Alfonso de Bogarín y Oscar Paiva Valdovinos.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la Miembro proopinante Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, dijo:

DEL RECURSO DE NULIDAD: El nulidicente alega (fs. 310) que “se agravia contra la sentencia definitiva, por haber sido ésta dictada en violación

a los principios de Congruencia, motivación y legalidad, previstos en el art. 15 incisos b); c) y d), todos del Código Procesal Civil” y, transcribe el referido artículo 15, inc. b) del C.P.C. Sigue diciendo que en consideración a las pruebas y documentos obrantes en estos autos, es obligatorio aplicar el art. 190 del C.N. y A. y transcribe el mismo y hace hincapié a que “la ley faculta a la A-Quo a presumir sin admitir prueba en contra, al menos el salario mínimo legal”. Sigue diciendo que la A-Quo, se extralimitó y no se pronunció sobre hechos articulados por la actora. Debíó la A-Quo calcular sobre la base y los límites impuestos por la ley, es decir: se presumirá, sin admitir prueba en contrario, que recibe al menos el salario mínimo legal y eventualmente calcular sobre dicha base el porcentaje alimentario a imponer. Sigue argumentando que se violó el Art. 15, inc. “b”; “c” y “d”.

No se observan en la sentencia atacada de nulidad los vicios apuntados por el nulidicente, no se visualiza la violación de la ley, así como la extralimitación de la A-Quo, con relación a la pretensión de la parte actora, por lo que cabe desestimar su postura.

El nulidicente alega también que la sentencia es nula, porque le niega la calidad de parte al alimentante y pretende se siga el procedimiento general en el presente juicio.

A mi juicio para la fijación de la cuota alimentaria no es necesario ni indispensable que la justificación de los ingresos del obligado resulte de prueba directa, pues para mi apreciación es computable la prueba indiciaria o indirecta para estimar el quantum de la pensión en vinculación con sus posibilidades.

En este contexto recordemos el art. 190 del C.N. y A. que prescribe: “Cuando no fuese posible acreditar los ingresos del alimentante, se tomará en cuenta su forma de vida y todas las circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. Se presumirá, sin admitir prueba en contrario, que recibe al menos el salario mínimo legal”.

La capacidad patrimonial, el caudal del alimentante del que nos habla la ley, entonces, no vendrá a depender fatalmente o exclusivamente de los ingresos o de los bienes del demandado que demuestre el actor sino, y en lo principal, del nivel de vida que aquel disfrute y “represente”, para lo cual cobran enorme importancia los indicios, especialmente cuando el demandado, como en el presente caso, no trabaja en relación de dependencia.

A estos efectos, todo tipo de pruebas se admitirán con apoyo de la pretensión de la actora y como último elemento, el legislador establece la presunción

de que el demandado recibe salario mínimo legal a los efectos de fijar el quantum, ante la falta de otra alternativa.

De lo expuesto hemos de indicar que no advertimos en la sentencia atacada de nulidad los vicios apuntados por el nulidicente.

En los fundamentos desarrollados por el apelante como agravio alude “haber sido denegado por el Juzgado, la posibilidad de ser oído su representado, de acuerdo con el art. 186 y 188 del C.N. y A., omisión que a su criterio afecta el derecho a la defensa en juicio”. Merece señalarse que el art. 188 del C.N. y A. dispone: “En las actuaciones de primera instancia, solicitada la fijación provisoria de alimentos, el Juez, antes de pronunciarse sobre lo solicitado, citará al alimentante una sola vez y bajo apercibimiento de tener por ciertas las afirmaciones de la parte actora. La incomparecencia del alimentante no obstará a que de dicte la medida”.

Vemos que en resguardo al derecho de defensa y la norma mencionada, la jueza señaló audiencia para darle a conocer el alcance de la demanda, con la explícita prevención del art. 188 (fs. 24) por lo que a nuestro juicio no existió afectación del derecho a la defensa.

Ahora bien, cuando la norma contenida en el mencionado artículo limita la intervención del demandado se justifica en la especial urgencia que la fijación de la cuota alimentaria requiere, amén de que tiene por objeto no desvirtuar el carácter especial de este juicio.

Es importante destacar que el Sr. D.S.F., compareció a la audiencia para ser oído (fs. 28) con su abogado patrocinante en el acto Nicolás Gaona Irún, en dicha ocasión formuló manifestaciones el alimentante a través de su abogado patrocinante.

Así las cosas, los extremos alegados no hacen a los vicios procesales que afectan a la resolución en sí misma.

En ese sentido y no existiendo vicios que ameriten la declaración de nulidad de la S.D. N° 122 de fecha 22 de febrero de 2011, soy de opinión que corresponde no hacer lugar al recurso de nulidad interpuesto. Es mi voto.

A su turno los DRES. IRMA ALFONSO DE BOGARÍN Y OSCAR PAIVA VALDOVINOS manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, la Miembro preopinante Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, dijo:

DEL RECURSO DE APELACIÓN: El Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, por S.D. N° 122 de 22 de febrero de 2011, RESOLVIÓ: “1) HACER LUGAR, con costas, a la demanda promovida por el abogado A. R. G. en representación de la señora S.H. contra el señor D.S.F. a favor de A.H. y en consecuencia fijar la suma de 39,8 Jornales mínimos diarios para actividades diversas no especificadas, equivalente en este momento a Guaraníes Dos Millones (Gs. 2.000.000) que el demandado deberá pasar a su hija por mensualidades adelantadas y desde el juicio de filiación – noviembre de 2008. Dicho monto irá incrementándose automáticamente y proporcionalmente conforme a los aumentos salariales”.

Contra la resolución recurrida se alza el Abog. N. R. G. I., representante convencional del Sr. D. S., y en lo medular de sus agravios expone “Nuestra parte se agravia contra la sentencia Definitiva, por haber sido esta dictada en violación a los principios de congruencia, motivación y legalidad, previstos en el artículo 15 incisos b); c) y d), todos del Código Procesal Civil...” En primer término el agravio de la a quo consiste en no aplicar integralmente el artículo 190...”, “...en estas condiciones se extralimitó y no se pronunció de acuerdo a lo pedido por la parte actora atribuyendo consecuencias probatorias a hechos inexistentes, no articulados ni peticionados por la actora ni siquiera por vía presuncional. Como si no fuese suficiente, bastará que V.S. examinen la demanda que obra en el tomo I de fojas 20 a 21 y podrán comprobar que de ningún modo las presunciones fueron parte de la pretensión probatoria de la Abogada G., petición que al haber sido omitida no debió ser incluida de oficio por la Sra. Juez, sino en cuanto a la presunción del salario Mínimo y no con la extensión ultrapetita como a la que llegó conforme lo explícito en la sentencia...” “...En el presente caso no fueron ofrecidas como prueba las presunciones de la ley por la actora, por tanto deben ser excluidas por la a quo de toda consideración y debe circunscribirse a la pura aplicación del texto de la ley en general y en particular el artículo 190 in fine.” “...Este imperativo legal implica la fundamentación de la sentencia, cuya naturaleza radica en la obligación de dar razones del porque se la dicta de esta o aquella manera subsumiendo el hecho en el derecho. Esta forma de dictar sentencia hace a la esencia del estado de derecho, permitiendo otorgar certeza y previsibilidad a los actos jurisdiccionales y a la vez el control del particular a la autoridad, quien siempre es propensa al abuso...” Sigue manifestando “La Sra. Magistrada en el párrafo sexto de la Sentencia Definitiva

va 122 de fojas 284 de autos, argumenta que ha tomado la jurisprudencia como fundamento de su sentencia excluyendo la ley cuando que le está prohibido formal y materialmente...” Ciertamente VV. SS. si a los hechos no se combina con el derecho, a la aplicación de la justicia es irrealizable- como en este caso- porque por un lado se denegó la prueba y por el otro, la prueba ofrecida por la actora se la generó en contra y finalmente la Aquo resolvió extrapetita.” Continúa diciendo, “Como ha quedado constatado en autos, a la Aquo nos impidió el ejercicio del derecho a ser oídos y el ofrecimiento de pruebas en oportunidad de la audiencia de fijación provisoria de alimentos, prevista en el artículo 188 en concordancia con el artículo 186 (derecho a ser oído) con la consecuencia de no haberse incorporado ningún hecho que permitiese consideración alguna porque nuestra parte se encuentra imposibilitada de brindar mayor aporte alimentario...” “...En consecuencia, como las pruebas ofrecidas por nuestra parte, fueron rechazadas por la Aquo, tenga este Tribunal, por ofrecidas las que fueron impedidas de presentación conforme el acta de la Sra. Actuaría obrante a fojas 28 de Vltto. Siendo las mismas enumeradas del 1 al 8 y a fojas 23 y 24 de esta presentación.” Termina peticionando “... Se sirva declarar la nulidad absoluta de la audiencia a la que había sido citado por providencia de fecha 10 de diciembre del año 2010 para ser oído, tramitada en fecha 15 de marzo del mismo año, obrante a fojas 28 de autos y en consecuencia se anule la sentencia definitiva N° 122 debiendo retrotraerse la causa a una nueva audiencia que permita la corrección del acto mediante el ejercicio de la garantía constitucional a ser oído o bien la revocatoria íntegra de la S.D. N° 122, imponiendo una tasa alimentaria proporcional a un ingreso no mayor al Salario Mínimo para actividades diversas y no especificadas de Un Millón Quinientos Treinta Mil Guaraníes (1.530.000). En el caso este Tribunal considere que es posible la revocatoria del auto apelado sin nueva substanciación, revoque la S.D 122 y en consecuencia disponga previamente la apertura a causa a prueba de aquellas que no han sido diligenciadas en razón a la exclusión unilateral de la Aquo de la oportunidad procesal para hacerlo...”.

A fs. 362/363 de autos, obra el escrito de responde presentado por el Abog. A. R. G. y solicita que la S.D. N° 122 de fecha 22 de febrero de 2011, sea confirmada en su totalidad, con costas.

DE LAS INSTRUMENTALES AGREGADAS EN AUTOS TENEMOS:

A fs. 28 de autos obra el acta de Audiencia realizada por el Juzgado de

Primera Instancia, en ocasión de ser oído el alimentante Sr. D.S.F. y manifestó que tiene un hijo menor, y se dedica a las ventas con un ingreso mensual de Gs. 1.000.000. Ofrece a su menor hija A.H. suma de Gs. 400.000.

Por A.I. N° 65 de fecha 25 de marzo de 2010, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, fijó en concepto de Asistencia Alimenticia provisoria la suma de Gs. 400.000, que el Sr. Darío Sánchez debe abonar en dicho concepto.

A fs. 63 de autos obra el Informe remitido de la Dirección del Registro del Automotor de fecha 16/04/2010, donde consta que el Sr. D.S.F, es titular de una Moto de Marca: Bespa, Modelo: T5, Color: Blanco, Año: 1993.

A fs. 69 de autos obra el Informe remitido por el BNF Dirección Riesgos y Recuperación, de fecha 27 de abril de 2010, en donde podemos notar: Nombre o Denominación: D.S.F; Dependencia /Sucursal: Casa Matriz; N° de Doc. O RUC: 449.910; Tipo de Operación: Firmante de la Cuenta corriente N° 0.0.766976/8, en guaraníes, correspondientes a UNITY S.A. Cuenta de baja, Fecha de Alta: 09/03/1998, Fecha de Cierre: 26/08/2005.

A fs. 72/106 obran los extractos de la cuenta corriente guaraníes N° 05-589429-03 a nombre de ARASUNU, ORDEN S:F. D. Y G. C., y la cuenta corriente guaraníes N° 05-588858-05 a nombre de UNITY, ORDEN: V., T.Y/O S.F.D. Y/ O G. C.; ambas cuentas canceladas en fecha 20/10/2009.

A fs. 118 de autos obra el acta de absolución de posiciones, en dicha ocasión el alimentante Sr. D.S.F al absolver posiciones reconoció que percibe la suma de Gs.1.000.000 dirigiendo la parte comercial de la Empresa; que sabe de las necesidades y cuidados de su hija; que posee tarjetas de crédito sin movimiento, que aclara que su deporte principal es el Remo, lo practica en el club Mbigua como invitado del Departamento de Remo, y su otra actividad deportiva es el Ciclismo , y que su bicicleta costo Gs. 2.000.000 comprada hace aproximadamente 5 años.

A fs. 149/261 de autos, obra el informe remitido por la Subsecretaria de Estado de Tributación de fecha 19 de abril de 2010, donde se visualiza los siguientes registros: 1.Nombre o Razón social: D.S.F; 2. RUC Actual: 449910DV7; 3. Estado de RUC: ACTIVO; 4.Fecha de Inscripción 30/03/2006; 5. Fecha de Inicio de Actividades: 02/03/2006; 6. Domicilio Fiscal: Capitán Francis Morice e/ Facundo Machain y Cirilo Rivarola Casa N° 1207; 7. Actividad Económica: Otros Servicios personales no especificadas (Principal); 8. Obligaciones: IVA General 02/03/2006; 9. Estado de Cuenta: No posee ningún tipo de reclamos en

la cuenta corriente.; 10. Declaraciones Juradas: se remiten copias de Declaraciones Juradas correspondientes a la Obligación IVA General Periodos Fiscales 01 a 12/2008; 01 a 12 /2009 y de 01 a 03/2010 (Originales), en las cuales podrá observarse el movimiento operacional del contribuyente, para el periodo objeto del pedido; tanto debito y créditos fiscales.; 11. Pagos realizados: Se observan 21 (veinte y uno) registros de Pagos realizados por el Contribuyente desde Enero/2008, cuyo detalle obra a fojas 617/627 de autos, en lo que se consignan en el monto de las operaciones: Enajenación de bienes y Prestación de servicios gravados con tasa del 10 % la cantidad de un millón de guaraníes (1.000.000 a 1.700.000 Gs). No se tuvieron en cuenta los años anteriores, por ser ya antiguos.

Con respecto al caudal económico del alimentante notamos que en autos no se halla acreditado que posea un ingreso económico fijo, pero es dable acotar que en la audiencia para ser oído el alimentante, en esa oportunidad mencionó que se dedica a la actividad de ventas y que su ingreso mensual es de 1.000.000 Gs. Además por imperio de la ley ambos progenitores deben procurar ingresos suficientes para atender las necesidades básicas de sus hijos (Art. 70 y 71 C. N. y A.).

Referente al aporte que corresponde a la madre, es importante puntualizar que, si bien la obligación alimentaria es igual para ambos progenitores en el sostenimiento de los hijos en común, para estimar la contribución del progenitor conviviente, deben considerarse los aportes en especie, de significación económica que ésta hace y además la atención que presta a su hija en los múltiples requerimientos cotidianos, pues ello implica una inversión de tiempo al que debe atribuírsele valor, sumados al aporte que necesariamente provee del salario que percibe de su actividad laboral que se desprende de los recortes periodísticos obrantes a fs. 121/122 de autos.

Ambos progenitores son socios del CIT (fs. 120), lo que hace presumir la condición socio-económica en que se desenvuelven.

La asistencia alimenticia descansa sobre dos principios fundamentales: la responsabilidad compartida de los progenitores que encuentra su fundamento en el art. 70 del C.N.y A. que dispone: “*La patria potestad conlleva la obligación principal de alimentar, educar y orientar a sus hijos*” y el de equidad en el art. 599 del C.P.C., siempre apuntando al interés superior del niño (art. 3° del C.N.y A.) armonizando así las necesidades de la niña y los ingresos de los progenitores, siendo el Juez el que deberá sopesar elementos como: la edad de la alimentada,

sus necesidades y el estándar de vida al cual estaba acostumbrada la niña, el caudal económico del alimentante y si tiene o no otros hijos menores que alimentar.

Asimismo la fijación del quantum de la pensión alimenticia es facultad privativa del Juez, teniendo en cuenta que la ley no establece ningún índice o porcentaje al cual ajustarse, en ese sentido deberá tener en cuenta la capacidad económica, la posición social del alimentante en conjunción con las necesidades de la alimentada, en forma equitativa, imperando los principios rectores: Interés superior del niño, la equidad y la responsabilidad compartida.

Es importante puntualizar que la alimentada, no puede vivir en menores condiciones de vida, que sus progenitores.

Por las consideraciones que anteceden, soy de parecer que la S.D. N° 122 de fecha 22 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, debe ser modificada en el sentido de disminuir la cuota alimenticia, dejando establecido en 28,94 jornales mínimos legales vigentes, equivalentes en la actualidad a la suma de Guaraníes Un Millón Seiscientos Mil (Gs. 1.600.000), que el Sr. D.S.F deberá pasar a favor de su hija A.H. en concepto de asistencia alimenticia, desde el mes de la presente resolución. Imponer las costas en esta Instancia en el orden causado, en razón de que la decisión del Tribunal no se halla conforme a las pretensiones de las partes. Es mi voto.

A su turno los Dres. IRMA ALFONSO DE BOGARÍN y OSCAR PAIVA VALDOVINOS manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE:

NO HACER LUGAR al recurso de nulidad interpuesto.

MODIFICAR la S.D. N° 122 de fecha 22 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, en el sentido de disminuir la cuota alimenticia, dejando establecido en 28,94 jornales mínimos legales vigentes, equivalentes en la actualidad a la suma de

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Guaraníes Un Millón Seiscientos Mil (Gs. 1.600.000), que el Sr. D.S.F deberá pasar a favor de su hija A.H. en concepto de asistencia alimenticia, desde el mes de la presente resolución, en el sentido y alcance de los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

IMPONER LAS COSTAS, en esta Instancia en el orden causado.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Silvio Rodríguez y Arnaldo Samuel Aguirre.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.