

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Raúl Torres Kirmser
Ministro

Año 2014 – Número 1



Asunción, Paraguay

- © Corte Suprema de Justicia – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
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; Instituto de Investigaciones Jurídicas.
GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.
Primera edición 2014: 1.000 ejemplares

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

Dr. Raúl Torres Kirmser, Ministro responsable
Abog. Carmen Dora Montanía, Directora I.I.J.

COORDINACIÓN: GACETA JUDICIAL - I.I.J.

Abog. Natalia María Muñoz Carman, Investigadora.

EQUIPO DE ELABORACIÓN:

Abog. Natalia María Muñoz Carman, Investigadora.
Abog. Patricia Verón Montiel, Investigadora.
Abog. Mirian Santos de Mercado, Investigadora.
Teresita Fernández de Fernández, Asistente.
Christian Forte, Auxiliar.
Gustavo Sánchez, Asistente

Contactos: revistagacetajudicial@gmail.com . Tel: (021) 420570, interno 2790

- © **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° 1.328/98.

ISBN: 978-9996737-38-1

PRÓLOGO

Con el primer número de la revista Gaceta Judicial de este año, deseamos brindar una cordial bienvenida al nuevo Ministro encargado del Instituto de Investigaciones Jurídicas dependiente de la Corte Suprema de Justicia, Prof. Dr. Raúl Torres Kirmsner, una persona de reconocida trayectoria como jurista y docente, cuya experiencia literaria y de investigación, sin duda redundará en beneficios para el Instituto y para las producciones jurídicas que salgan a la luz.

Remontándonos a los inicios de este proyecto en su versión actual, allá por el año 2010, surge la idea de retomar estas publicaciones, por la imperiosa necesidad por parte del público jurídico de acceder a textos con identidad nacional, enriqueciendo el estudio y la investigación en todas las áreas del derecho.

La Gaceta Judicial tiene una publicación trimestral, conteniendo principalmente Doctrina nacional e internacional y Jurisprudencia de los tribunales de Apelación de todos los fueros y de la Corte Suprema de Justicia.

Para ello se realiza una pormenorizada selección de fallos enigmáticos dentro del cúmulo de resoluciones existentes en la Dirección de Estadísticas del Poder Judicial.

En la primera página de la obra, se encuentra el Contenido General de la revista, con las voces jurídicas de los temas tratados, el cual permitirá una rápida ubicación de los temas de interés en las diferentes áreas de especialidad.

Luego pueden encontrarse varios índices para facilitar la búsqueda:

ÍNDICE TEMÁTICO: Está estructurado por descriptores principales y sub-descriptores. El descriptor principal es la voz jurídica general, a la cual le acompañan las voces jurídicas más específicas de dicha voz: los sub-descriptores, ordenados alfabéticamente. Ej: *“CADUCIDAD DE INSTANCIA. Recurribilidad”*.

ÍNDICE DE TRIBUNALES: Es el listado por jurisdicción y sala en forma cronológica, que le permitirá localizar el fallo en caso de tener conocimiento preciso de dichos datos.

Con el objeto de que el usuario, además de las voces jurídicas pueda tener en una rápida lectura el resumen de los hechos en los cuales versará el estudio y la dialéctica jurídica, agregamos el *thema decidendum*, con la denominación *Cuestión debatida*.

En cada publicación se busca la selección de contenido diverso y de actualidad como, por ejemplo: divorcio, despido laboral, desalojo, contratos, indemnización por daños y perjuicios, sociedades, hipotecas, medición de la pena, caducidad, prescripción, entre muchos otros.

Es intención del grupo humano encargado de la elaboración de la revista Gaceta Judicial, que este producto vaya adquiriendo mayor riqueza de contenido jurisprudencial y de doctrinas, como producto de investigaciones genuinas con rigorismo científico. De esta manera, luego de cuatro años y más de 15 tomos publicados, estamos logrando aceptación y calidad al alcance de todos, satisfaciendo las necesidades de consulta de magistrados, abogados, docentes, del estudiante de Derecho, del justiciable y de cualquier ciudadano que así lo desee.

Coordinación GACETA JUDICIAL

CONTENIDO

1. PRÓLOGO	7
2. ÍNDICES	
– Índice Temático	15
– Índice por Tribunales	21
3. DOCTRINA	
Teoría de la Pena, por la <i>Mag. Dra. Inocencia Alfonso de Barreto</i> .	25
4. JURISPRUDENCIA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
PLAZO RAZONABLE. ESTADO DE DERECHO. CSJ. Sala Penal. 04/02/13. (Ac. y Sent. N° 9)	71
HABEAS CORPUS. RECURSO DE CASACION.CSJ. Sala Penal. 21/02/13. (Acuerdo Y Sentencia N° 23)	82
FUNCIONARIO PÚBLICO. ESTABILIDAD LABORAL. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Derechos laborales. CSJ. Sala Penal. 12/04/13. (Ac. y Sent. N° 166)	90
LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación pasiva. PODER EJECUTIVO. Ministerios Del Poder Ejecutivo. ACCIDENTE DE TRÁNSITO. FALTA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA Y LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO. PÉRDIDA DE CHANCE. CSJ. Sala Civil. 22/04/13. (Ac. y Sent. N° 195)	104

CONTENIDO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. CSJ. Sala Civil. 26/08/13 (Ac. y Sent N° 1.018)	116
RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO. CSJ. Sala Civil. (19/09/13) (Ac. y Sent. N° 1.184)	130
IMPUESTO A LA RENTA. DOBLE IMPOSICIÓN. CSJ. Sala Constitucional. 26/04/13. (Ac. y Sent. N° 216).....	152
RENDICIÓN DE CUENTAS. SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS. CONTRALORÍA GENERAL. CSJ. Sala Constitucional. 25/04/13. (Ac. y Sent. N° 218).....	159
BASE IMPONIBLE. IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CSJ. Sala Constitucional. 25/04/13. (Ac. y Sent. N° 219)	173
PLAZOS. PLAZO PERENTORIO. PLAZOS. DÍAS HÁBILES. CSJ. Sala Penal. 25/04/13. (Ac. y Sent. N° 220)	188
 TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL	
JUICIO EJECUTIVO. Resoluciones apelables. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/12/12. (A.I. N° 1.110)	195
DEMANDA. Allanamiento de la demanda. COSTAS. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/12/12. (A.I. N° 1.111)	196
CONVENIO DE PARÍS. Ley N°300/94. COSA JUZGADA. Excepción de cosa juzgada. DERECHO DE MARCAS. Confusión de marcas. Derechos de los titulares de marcas de marcas. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Clases de excepciones. Manifiesta. Principios Generales. EXCEPCIÓN DE ARRAIGO. Procedencia de la excepción de arraigo. PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 20/12/12. (A.I. N° 1.139)	201
DERECHO DE MARCAS. Confusión de marcas. Marcas notorias. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/11/12. (Ac. y Sent. N° 156) ...	209
DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. INTERÉS. Interés moratorio. SENTENCIA. Sentencia ultrapetita. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 23/11/12. (Ac. y Sent. N° 166)	216

CONTENIDO

SUCESIÓN. Partición de la Herencia. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 08/11/12. (A.I. N° 926)	224
EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Juicio ordinario posterior. CONTRATO. Contrato unilateral. MUTUO. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 18/12/12. (Ac. y Sent. N° 99)	236
INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 05/06/13 (Ac. y Sent. N° 54)	244
JUICIO EJECUTIVO. CADUCIDAD DE INSTANCIA. Interrupción de la caducidad. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 01/08/12. (A.I. N° 637)	254
QUIEBRA. Verificación de créditos en la quiebra. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculos para la regulación de honorarios. QUIEBRA. Verificación de créditos en la quiebra. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculos para la regulación de honorarios. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 06/09/12. (A.I.N° 762)	260
PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Prescripción en materia civil y comercial. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 07/09/12. (A.I. N° 779)	266
MANDATO. Cesación del mandato. Representación procesal. NULIDAD ABSOLUTA. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PAGAGUAY. Derecho a la defensa. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 26/09/12. (A.I.N° 853)	271
EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETA DE CRÉDITO. ESTADO DE CUENTA CORRIENTE. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 27/07/12. (Ac. y Sent. N° 112)	280

CONTENIDO

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación pasiva. LEY N°1.328/98. Derecho de Autor y Conexos. SOCIEDAD DE GESTIÓN DE PRODUCTORES FONOGRAFICOS DEL PARAGUAY. (SGP). TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 31/07/12. (Ac.y Sent. N° 113)	287
ACCIÓN PURAMENTE DECLARATIVA. DEMANDA. Allanamiento a la demanda. COSTAS. Costas en el allanamiento. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 20/08/12. (Ac. y Sent. N° 121)	291
CONTRATO. Contrato bilateral. Pacto comisorio. Interpretación del contrato PRUEBA. Carga de la prueba. MORA. Mora del deudor. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 31/08/12. (Ac. y Sent. N° 131)	297
CHEQUE. Protesto del cheque. ACCIÓN CAMBIARIA.TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 05/09/12. (Ac. y Sent. N° 136)	305
ESTADO. Personalidad Jurídica. PODER EJECUTIVO. Procuraduría General de la República. LEY. Irretroactividad de la Ley. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 06/09/12 (Ac. y Sent. N° 136)	308
DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño causado por el dueño o guardián de la cosa. Animal feroz. Responsabilidad objetiva. TEORÍA DEL RIESGO CREADO. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente. Lucro cesante. Daño Moral. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 13/09/12. (Ac.y Sent. N° 140)	314
ESTADO. Bienes del dominio privado. USUCAPIÓN.TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 25/09/12. (Ac.y Sent. N° 151)	320
DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa. Daño Moral. Lucro cesante. Pérdida de chance. Responsabilidad objetiva. Teoría del Riesgo creado. REBELDÍA. Efectos de la declaración de rebeldía. PERSONAS. Personas jurídicas.TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 26/09/12. (Ac. y Sent. N° 152)	327
TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL	
HABEAS DATA. PENA. Finalidad de la pena. CONSTITUCIÓN DE	

CONTENIDO

LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho al Trabajo. TApel. Penal. Primera Sala. 26/09//13. (A.I. N° 169)	335
HABEAS DATA. PENA. Finalidad de la pena. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho al Trabajo. TApel. Penal. Primera Sala. 17/10//13. “Habeas Data Promovido por C. D. Z. G. C/ la Policía Nacional”. (A.I. N° 175)	342
RECURSO DE APELACIÓN. Recurso de Apelación en materia penal. OMISION PENAL. Omisión de Auxilio. JUICIO ORAL Y PÚBLICO. DOLO. JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Principio de inmediación. TApel. Penal. Cuarta Sala. 5/11/13. (Ac. y Sent. N° 48)	348

ÍNDICE TEMÁTICO

- ACCIDENTE DE TRÁNSITO, 104
- ACCION CAMBIARIA, 305
- ACCION PURAMENTE DECLARATIVA, 291
- BASE IMPONIBLE, 173
- CADUCIDAD DE INSTANCIA, 254
 - Interrupción de la caducidad, 254
- CHEQUE, 305
 - Protesto del cheque, 305
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 271, 335, 342
 - Derecho a la defensa, 271
 - Derecho al Trabajo, 335, 342
 - Derechos laborales, 90
- CONTRALORÍA GENERAL, 159
- CONTRATO, 236, 297
 - Contrato unilateral, 236
 - Interpretación del contrato, 297
 - Contrato bilateral, 297
 - Pacto comisorio, 297
- CONVENIO DE PARÍS. Ley N° 300/94, 201
- COSA JUZGADA, 201
 - Excepción de cosa juzgada, 201
- COSTAS, 196,291
- DAÑOS Y PERJUICIOS, 116, 130, 216, 244, 314, 327
 - Animal feroz, 314

ÍNDICE TEMÁTICO

- Culpa, 327
- Daño causado por el dueño o guardián de la cosa, 314
- Daño emergente, 314
- Daño Moral, 216, 314, 327
- Lucro cesante, 314, 327
- Pérdida de chance, 104, 327
- Responsabilidad del Funcionario y Empleado Público, 130
- Responsabilidad Extracontractual, 116, 244
- Responsabilidad objetiva, 314, 327
- DEMANDA, 196, 291
 - Allanamiento a la demanda, 196, 291
- DERECHO DE MARCAS, 201,209
 - Marcas notorias, 209
 - Confusión de marcas, 201, 209
 - Derechos de los titulares de marcas de marcas, 201
- DOBLE IMPOSICIÓN, 152
- DOLO, 348
- ESTABILIDAD LABORAL, 90
- ESTADO DE CUENTA CORRIENTE, 280
- ESTADO DE DERECHO, 71
- ESTADO, 308,320
 - Bienes del dominio privado, 320
 - Personalidad jurídica, 308
- EXCEPCION DE ARRAIGO, 201
 - Procedencia de la excepción de arraigo, 201
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, 201
 - Clases de excepciones, 201
 - Manifiesta, 201
 - Principios Generales, 201
- EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO, 236, 280
 - Procedencia de la excepción de inhabilidad de título, 236
- FALTA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA Y LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO, 104

ÍNDICE TEMÁTICO

- FUNCIONARIO PÚBLICO, 90
- HABEAS CORPUS, 82
- HABEAS DATA, 335,342
- IMPUESTO A LA RENTA, 152
- IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO, 173
- INTERES, 216
 - Interés moratorio, 216
- JUICIO EJECUTIVO, 195, 236, 254, 280
 - Diligencias preparatorias, 280
 - Juicio ordinario posterior, 236
 - Resoluciones apelables, 195
 - Título ejecutivo, 236, 280
- JUICIO ORAL Y PÚBLICO, 348
 - Principio de inmediación, 348
- LEGITIMACIÓN PROCESAL, 104, 287
 - Legitimación pasiva, 104, 287
- LEY N°1328/98, 287
 - Derecho de Autor y Conexos, 287
- LEY, 308
 - Irretroactividad de la Ley, 308
- MANDATO, 271
 - Cesación del mandato, 271
 - Representación procesal, 271
- MORA, 297
 - Mora del deudor, 297
- NULIDAD ABSOLUTA, 271
- OMISIÓN PENAL, 348
 - Omisión de Auxilio, 348
- PENA, 335, 342
 - Finalidad de la pena, 335, 342
- PERSONAS, 327
 - Personas jurídicas, 327

ÍNDICE TEMÁTICO

- PLAZO RAZONABLE, 71
- PLAZOS.,188
 - Plazo perentorio, 188
 - Días hábiles, 188
- PODER EJECUTIVO, 104, 308
 - Ministerios Del Poder Ejecutivo, 104
 - Procuraduría General de la República, 308
- PRESCRIPCIÓN, 266
 - Plazos para la prescripción, 266
 - Prescripción en materia civil y comercial, 266
- PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA, 224
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD, 173
- PRUEBA DOCUMENTAL, 201
 - Eficacia probatoria de la prueba documental, 201
- PRUEBA. 297
 - Carga de la prueba, 297
- QUIEBRA, 260
 - Verificación de créditos en la quiebra, 260
- REBELDÍA, 327
 - Efectos de la declaración de rebeldía, 327
- RECURSO DE APELACIÓN, 224,348
 - Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación, 224
 - Recurso de Apelación en materia penal, 348
- RECURSO DE NULIDAD, 224
 - Procedencia del recurso de nulidad, 224
- RECURSO DE CASACIÓN, 82
- REGULACIÓN DE HONORARIOS, 260
 - Base de cálculo para la regulación de honorarios, 260
- RENDICIÓN DE CUENTAS, 159
- SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, 159
- SENTENCIA, 216
 - Sentencia ultrapetita, 216

ÍNDICE TEMÁTICO

SOCIEDAD DE GESTIÓN DE PRODUCTORES FONOGRÁFICOS DEL PA-
RAGUAY (SGP), 287
SUCESIÓN, 224
 Partición de la Herencia, 224
TARJETA DE CRÉDITO, 280
TEORÍA DEL RIESGO CREADO, 314, 327
USUCAPIÓN, 320

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

25/04/13. CSJ. Sala Constitucional. Acción de Inconstitucionalidad: “Contra ultima parte del art. 14 num. 1) inc. A) de la Ley N° 125/91, modificado por la ley N° 2421/2004”. (Ac. y Sent. N° 216)	152
25/04/13. CSJ. Sala Constitucional. Acción de Inconstitucionalidad: “Contra Arts. 1, 2 y 3 de la Ley N° 2248/2003”. (Ac. y Sent. N° 218)	159
25/04/13. CSJ. Sala Constitucional. Consulta Constitucional en el Juicio: “Amparo Promovido por los Abogs. A. S. V. I y otro en representación de A. S.A. C/ el Dto. N° 5445 Del Poder Ejecutivo”. (Ac. y Sent. N° 219)	173

Sala Penal

04/02/13. CSJ. Sala Penal. “M.P. c/A.B.O. s/ Estafa”. (Ac. y Sent. N° 9)	71
21/02/13. CSJ. Sala Penal. “Habeas Corpus reparador presentado por el Abogado C. F.V. a favor del señor J. CH. P.” (Ac. y Sent. N° 23)	82
12/04/13. CSJ. Sala Penal. C.G.M.G. c/ Resolución N° 15, Acta N° 8 de fecha 5 de febrero de 2010, dictado por el Directorio del Banco Central del Paraguay”. (Ac. y Sent. N° 166)	90
25/04/13. CSJ. Sala Penal. “R.C.E. s/ ESTAFA”. (Ac. y Sent. N° 220).	188

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Sala Civil

22/04/13. CSJ. Sala Civil. “G.T.S.R. c/ Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones (M.O.P.C.) sobre indemnización de daños y perjuicios”. (Ac. y Sent. N°195).....	104
26/08/13. CSJ. Sala Civil. Juicio: “A.Z. c/ Interbanco S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 1018)	116
19/09/13. CSJ. Sala Civil. Juicio: “G.M.V. c/ L.M.R.B. s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 1184).....	130

TRIBUNAL DE APELACION CIVIL Y COMERCIAL

Segunda Sala

07/12/12. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. M. L. F. Vda. de Zaracho c/ R. H. B. D. y OTROS s/ Ejecución Hipotecaria. (A.I. N° 1.110)	195
07/12/12. TApel. Civ.y Com. Segunda Sala. “Entidad Binacional Yacyretá c/ C. I.C.S.A. S/ pago por consignación”. (A.I. N° 1.111)	196
20/12/12. TApel. Civ.y Com. Segunda Sala. C. DE B. D. A. – AMBEV C/ C. C. A. S.A. S/ Nulidad de Registro de Marcas” (A.I. N° 1.139)	201
07/11/12. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. “A. S.A. C/ B. M. S.A. s/ Nulidad de Registros de Marcas”. (Ac. y Sent. N° 156)	209
23/11/12. TApel. Civ.y Com. Segunda Sala. “R. L. R. G., c/ M. E. M. E. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad” (Ac. y Sent. N° 166)	216

Tercera Sala

08/11/12. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. “Osvaldo Francisco Velázquez Ávila s/ Sucesión. (A.I. N° 926).....	224
18/12/12. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. “K. U. Y. c/ V. C. V. s/ Acción Preparatoria De Juicio Ejecutivo”. (Ac. y Sent. N° 99).	236
05/06/13 TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. “J. A. R. c/ Estado Paraguayo s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 54)	244

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Quinta Sala

01/08/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. J. A. R. A. c/C.C.F. s/ preparación de acción ejecutiva. (A.I. N° 637).....	254
06/09/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. “R.H.P. de los abogs. C. O.J., J. P.W. y B.C. En: Verif. de crédito prom. por B.C.P. en el juicio S.A.E.C.A.S s/ Quiebra (A.I.N° 762).....	260
07/09/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. “S. B. B. B. c/ Compañía Paraguaya de Comunicaciones S.A. (COPACO S.A.) s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual”. (A.I. N° 779)	266
26/09/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. “J. M. H. S. VDA. DE A. c/ MARIO C. P. B. y OTRO s/ ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD Y OTROS (A.I. N° 853)	271
27/07/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. B. C. S.A.E.C.A. c/ M. F.M.D. s/ Accion Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 112).....	280
31/07/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala.. “Sociedad de Gestión de Productores Fonográficos del Paraguay (SGP) c/ T. S.A. s/ cobro de guaraníes ordinario / indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 113).....	287
20/08/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. E. J. L. M. c/ L.A. L.M. s/ Acción Puramente Declarativa y Solicitar Medida Judicial (Ac. y Sent. N° 121).....	291
31/08/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. “B.A. c/ J.C. G. s/ Obligación de hacer Escritura Pública”. (Ac. y Sent. N° 131)	297
05/09/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala.”E.C.M.T c/ S.A. S.A. s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 133) .	305
06/09/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. L. B. DE M. c/ E. P. s/ cobro de guaraníes ordinario”. (Ac. y Sent. N° 136).....	308
13/09/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. “M. C. A. c/ C. A. s/ indemnizacion de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 140)	314
25/09/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. “Entidad Itaipú Binacional c/ M.S. Q. s/ Reivindicación”. (Ac. y Sent. N° 151)	320
26/09/12. TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. “C. C. S.R.L. c/ C. R. D. y otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 152)	327

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TRIBUNAL DE APELACION PENAL

Primera Sala

26/09/13. TApel. Penal. Primera Sala. “Habeas Data Promovido por J. D. J. G. c/ Dirección de Informática de la Policía Nacional y Otros” (A.I. N° 169)	335
17/10/13. TApel. Penal. Primera Sala. “Habeas Data Promovido por C. D. Z. G. C/ la Policía Nacional”. (A.I. N° 175)	342

Cuarta Sala

5/11/13. Apel. Penal. Cuarta Sala.. “I. A. C. C. s/ Omisión De Auxilio” (Ac. y Sent. N° 48)	348
--	-----

Doctrina

TEORÍA DE LA PENA

Inocencia Alfonso de Barreto*

INTRODUCCIÓN

En el marco de las convenciones sociales y sus consecuencias, cobra especial énfasis en materia jurídico-penal la Teoría de la Pena, ya que a partir de la determinación de una sanción, el común de las personas parecen confundirla con los fines de lo justo o de lo injusto, por ello es que decimos que la labor de individualización de una pena particular y específica adecuada al índice de reprochabilidad, constituye también la redacción de un discurso que debe resultar igualmente legitimado por la sociedad.

La antigua proposición de que una pena es el mal que se impone al causante de otro mal, de claro corte retribucionista, ha quedado superada a partir de los conceptos preventivos especiales y preventivos generales que enmarcan la labor específica de un Poder Judicial independiente, que actúa a través de su órgano específico, cual es el Tribunal de Mérito o de Juicio, entidad en quien converge la delicada tarea de administrar justicia.

El actual énfasis que cobra el estudio de la Teoría de la Pena se subsume en la necesidad de combatir los errores que hemos acumulado en los siglos anteriores, respecto al tratamiento del penado y la finalidad misma de la sanción, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos ha presentado, como fueron en su tiempo los sacrificios y bárbaros tormentos practicados con insensible indolencia por los verdugos de turno.

* Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia.

Así decimos que para decretar las penas correspondientes a los delitos, en puridad, dicha labro corresponde únicamente al legislador, pues representa a toda la sociedad unidad por virtud del contrato social, no obstante resultará siempre tarea del magistrado judicial establecer la Teoría de la Pena, así como la proporción de ésta que se corresponde a cada justiciado.

Al cierre de esta entrada ya solo quisiera transcribir muy brevemente la idea propugnada por Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, en su difundida obra “Tratado de los delitos y las penas”: “*¿Queréis evitar los delitos?... Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas...*”.

En primer lugar y a modo de inicio, para determinar la finalidad de la pena, debemos entender y aprender primero sobre los tipos de Estados en la historia de la humanidad, es decir los antecedentes históricos de la *Teoría de la Pena*.

EL ABSOLUTISMO

El absolutismo es una forma de gobierno en la cual el poder reside en una única persona, a quien deben obedecer todas las demás, sin rendir cuentas al parlamento ni al pueblo.

Abarcó los siglos XVI, XVII, XVIII y la primera mitad del XIX, cuando la influencia política de la nobleza declinó, aunque manteniendo el régimen feudal que mantenía su preponderancia en la sociedad de la época. La teoría del derecho divino del poder real o del absolutismo teológico nació en Francia en el último cuarto del siglo XVI y en el ambiente de las guerras de religión. Aunque en Europa la divinización del monarca nunca llegó tan lejos como en Asia (*donde en algunos países se identificaba al rey con el mismo Dios*) el rey siempre tuvo cierto poder sobre las iglesias nacionales a través del regalismo.

Los principios básicos del absolutismo pueden definirse de la siguiente manera: **a)** El poder es de carácter divino: la autoridad del Rey fue designada por Dios; **b)** El Rey tiene un trato paternal con el pueblo; **c)** La autoridad del Rey es absoluta, no debe pedirle permiso ni al Parlamento ni a los nobles para tomar decisiones; **d)** La autoridad del rey está sujeta a la razón. Es decir, *EL REY ES LA LEY*.

Razón de Estado: El gobernador absolutista debe regirse por criterios para lograr el poder, bienestar y la riqueza del Estado. Las principales característi-

cas del absolutismo fueron el rey único, vitalicio, hereditario y teocrático lo que hacía que el monarca dictara todas las leyes de acuerdo a sus intereses y la de los nobles, que estaban para aconsejar al rey en sus decisiones aunque éste siempre tenía la última palabra; el rey manejaba los hilos de la Iglesia y era el jefe temporal, lo que quiere decir que manejaba la parte administrativa y todo lo que tiene que ver con sus riquezas, mientras que la parte de la fe y la creencia religiosa eran atribuidos al clero; se practicaba una economía mercantilista en donde todo estaba respaldado en metales como el oro y la plata siendo este sistema responsable por las miserias que azotarían Europa luego y que serán cambiados por sistemas más liberales, y a su vez muy controlada para así poder cobrar los impuestos necesarios para poder mantener la acomodada vida del rey y los nobles en el Palacio de Versalles en el caso de Francia con todas sus fiestas y más de un centenar de habitaciones. En cuanto a la sociedad, ésta es estamentada.

Este régimen, para poder funcionar y asegurar su continuidad, debe contar con un ejército que apoye incondicionalmente al rey y para a su vez apoyar y mantener el sistema monárquico en orden y controlar cualquier tipo de revueltas contra éste, una burocracia con ministros y funcionarios públicos a cargo que la hagan funcionar correctamente para que así se mantenga el poder monárquico, un grupo de embajadores que se encargaban de los tratados comerciales, de guerra, y matrimoniales ya que todos los reyes europeos se casaban entre ellos para asegurar las coronas reales y estos casamientos siendo pura y exclusivamente por interés, un sistema tributario fuerte que pueda mantener en pie todos los gastos del Estado y del monarca, así como también la flota, el ejército y la burocracia.-

En resumen, el objetivo del absolutismo es la concentración y el monopolio de la autoridad y el poder del estado en la persona del rey. Ejemplos: **a) Luis XIV de Francia**, ejemplo de rey absolutista; **b) Fernando VII**, ejemplo español de rey absolutista.

Límites del Poder absoluto: El Antiguo Régimen es el nombre que se da al conjunto de rasgos políticos, jurídicos, sociales y económicos que caracterizaron a Europa y sus colonias durante los siglos XVII y XVIII. El modelo político característico es el de monarquía absoluta, cuyo rasgo central es la concentración de todo el poder en el rey sin control o límites de cualquier tipo. A pesar de esto, las condiciones de la época así como algunos elementos remanentes la

Edad Media, determinarán que en los hechos el poder de los reyes absolutos tenga ciertos límites, ello no obsta que ninguna institución o persona pueda ejercer control sobre ellos.

Estos límites son:

1. La Ley Divina Cristiana: el Rey, al igual que todos los cristianos está sometido a los 10 Mandamientos.

2. Las Leyes del Derecho de Gentes: son aquellas disposiciones que derivan de tradiciones antiguas, determinan cosas como la herencia, el mayorazgo, etc. Aquellas que se vinculan al ejercicio directo del gobierno, fueron desplazadas por los monarcas en el proceso de consolidación del absolutismo (tal el caso del recurso a cortes o parlamentos para la definición de ciertas medidas, en Francia, por ejemplo, los Estados Generales dejaron de ser citados en 1614, y solo volvieron a sesionar en 1789).

3. Las leyes fundamentales del Reino: un conjunto de normas relativas al fundamento del Estado. Sus elementos básicos son:

- Noción de continuidad del Estado. El Estado es independiente de los reyes; si muere el rey para a su sucesor.
- Ley de sucesión.
- El principio de legitimidad. El rey no podía modificar la ley de sucesión.
- Si el rey es menor o incapaz, puede ser asistido por un regente.
- El principio de religión. La corona debía titularla un príncipe católico (a partir de la Reforma, los reinos protestantes aplicaron este principio).

4. El escaso número de funcionarios: aunque los regímenes absolutos se apoyaban en una burocracia numerosa y eficiente, comparados con cualquier Estado actual el número de funcionarios era mínimo, y completamente insuficiente para que las determinaciones del monarca se cumplieran efectivamente.

5. Las limitaciones del sistema de caminos: en la Época Moderna los caminos transitables, los puentes y los canales eran muy escasos, la velocidad de comunicación era la del galope del caballo, por ello las disposiciones del rey demoraban en llegar a destino, incluso muchas veces lo hacían cuando ya eran inaplicables. En el caso del sistema colonial, se aplicaba muchas veces la fórmula “se acata pero no se cumple” para aquellas disposiciones cuya aplicación no era pertinente en las colonias.

6. La persistencia de aduanas internas y derechos señoriales: como remanente de la dispersión del poder en la época feudal y el proceso de unificación de

los Estados todavía inconcluso, persistían algunas aduanas internas. Del mismo modo, algunos nobles conservaban privilegios especiales como herencia de la época feudal.

El ejemplo francés: Para citar un ejemplo de una monarquía absoluta, qué mejor que el francés, uno de los más representativos y que lograba que hacer caer el régimen feudal no fuera tan sencillo.

Francia en el siglo XVI era un mosaico de regiones y con tendencia vigorosa a centralizar el poder, pero con problemas de comunicaciones importantes, lo que hacía que esta centralización se viera afectada, ya que las órdenes reales no llegaban en tiempo y forma a todos los rincones de Francia, y por lo tanto se incrementaba el poder en los señores y no en la figura del rey, que aunque respetaba las leyes del reino y era el jefe temporal de la Iglesia, por lo que designaba a las autoridades y tenía un consejo de asesores, su figura venía creciendo.

En cuanto a la economía, como en cualquier régimen absolutista, era mercantil y tenía intervención por parte del monarca, y en lo que a la sociedad se refiere, ésta estaba dividida en órdenes, que son la condición social y política de índole colectiva que se define por un conjunto de libertades. Un siglo después, en el XVII o de los Ministerios, como es llamado en Francia, ya que gobernaron dos primeros ministros en vez de un rey, Richelieu y Mazarino, que fueron elegidos por acumulaciones de cargos y funciones, aunque éstos no sustituyen al rey y ejercen influencias sobre los gobiernos actuales. Durante el período de los Ministerios varias cosas sucedieron en Francia, mayoritariamente crisis y revueltas, como la rebelión general en donde hubo enfrentamientos entre ministros y oficiales, o revueltas campesinas a causa del aumento de impuestos, lo que hacía que las masas campesinas tuvieran menos para comer y fueran más pobres, que debilitaron a este sistema de gobierno aparentemente capaz de la iniciativa y eficaz.

Luego de la muerte de Mazarino, Luis XIV instauro su gobierno personal y pasa por arriba de todo lo existente y se impone nombrando a los ministros de su preferencia para que realicen las funciones vitales, que acompañados por un pesado sistema burocrático sin pocas innovaciones, hacen de lo que será la vida de Francia en aquel entonces.

En cuanto a su plan económico, en la agricultura, con predominio del sistema de origen feudal, con aduanas y con altos impuestos, que pueden ser paga-

dos en especias o en diezmos según lo cosechado por los campesinos, el país entra en un hambre, visto que hay malas cosechas y muchos impuestos que pagar para mantener el lujurioso estilo de vida del monarca y sus asesores; y en cuanto a la industria se crean las manufacturas reales de la mano de Colbert para satisfacer la demanda de productos de alto lujo por parte de la nueva burguesía y las demás casas reales, estando los trabajadores ordenados en gremios según el oficio en donde se mantenían los mismos precios, predominando la artesanía y las aduanas y altos impuestos.

En lo social, Francia contaba con una sociedad altamente estratificada en la época y con privilegios sólo para los nobles, el rey y los clérigos, en cuanto a la ley y a los tributos, mientras que estaban los no privilegiados, a los cuales pertenecían los campesinos y el Tercer Estado, que carecía de toda igualdad ante la ley con respecto a los nobles por ejemplo, lo que creaba desigualdades sociales importantes.

Consecuencias del Absolutismo: **a)** El surgimiento del Iluminismo; **b)** La Revolución Francesa; **c)** La restauración del poder del parlamento inglés.

CONCLUSIÓN

En definitiva, el periodo absolutista se caracteriza por gobiernos dirigidos por una persona que no responde de sus actos ante sus súbditos, y en donde las desigualdades sociales son muy fuertes. La crisis del absolutismo traerá una época de cambios radicales en las formas de gobierno, como la Revolución Francesa y la Norteamericana, que están en el origen de los regímenes democráticos contemporáneos.

LA CRISIS DEL ESTADO MONÁRQUICO-ABSOLUTISTA

El Estado Liberal surgió como resultado de una crítica al Estado Monárquico-Absolutista de los siglos XVII y XVIII. Es decir, la forma de Estado que existía hasta antes de la Revolución Francesa de 1789 era la del Estado Monárquico-Absolutista, que estaba caracterizado porque el rey era el soberano, es decir, que por encima de su poder no había otro poder humano; porque el origen de su poder era de derecho divino, es decir, Dios y solamente Dios se lo otorgaba y solo ante Él respondía. Porque concentraba todo el poder, es decir, el rey “hacía” la

ley, el rey “aplicaba” la ley y el rey “interpretaba” la ley. Un Estado donde el soberano tenía concentrado todo el poder y tenía no solo derecho sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos, sino que además determinaba la vida económica. Pero además el mercantilismo como teoría económica del Estado Absolutista afirmaba que la riqueza de las naciones se asentaba en el poder estatal y por tanto se configuró un sistema económico predominantemente estatista. Esta forma de Estado tuvo su forma más acabada en la famosa frase de Luis XIV: “El Estado soy yo”. El liberalismo surge a partir de una crítica contundente al sistema monárquico-feudal, que tuvo su expresión más acabada en la frase del Rey Luis XIV, que acuñó la famosa frase “El Estado soy yo”. Este liberalismo original tenía no solo una dimensión política, sino también económica y filosófica. Los pensadores o ideólogos fueron los siguientes: Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, David Smith, David Ricardo, Malthus, Dimensión filosófica: Jhon Locke, Hobbes, etc. Todos estos filósofos y pensadores hicieron una crítica a la sociedad absolutista-monárquica, que culminó en un proceso revolucionario de carácter político-social: la Revolución Francesa, y al mismo tiempo coincidió con la un fenómeno de carácter científico-tecnológico: la 1ª Revolución Industrial, que en un proceso simultáneo y convergente dieron origen a un nuevo tipo de sociedad: la sociedad capitalista y a un nuevo tipo de Estado: el Estado Liberal-Burgués. Esta convergencia también dio origen a un nuevo tipo de trabajador: el obrero industrial (el proletariado así denominado por Marx) y a una súperexplotación de ese mismo proletariado naciente. Ricardo Conbellas, en su libro “Estado de Derecho, Crisis y Renovación”, el Estado Liberal, afirma que “El Estado Liberal surgió como un concepto de lucha. Un arma política de la burguesía con el objeto político de imponer un nuevo orden político frente al viejo orden del Absolutismo (monárquico)”.

REVOLUCIÓN FRANCESA

La Revolución Francesa fue el cambio político más importante que se produjo en Europa a fines del siglo XVIII. No fue sólo importante para Francia, sino que sirvió de ejemplo para otros países, en donde se desataron conflictos sociales similares, en contra de un régimen anacrónico y opresor, como era la monarquía. Esta revolución significó el triunfo de un pueblo pobre, oprimido y cansado de las injusticias, sobre los privilegios de la nobleza feudal y del estado absolutista.

Durante el reinado de Luis XIV (1643-1715), Francia se hallaba bajo el dominio de una monarquía absolutista, el poder de rey y de la nobleza era la base de este régimen, pero en realidad el estado se encontraba en una situación económica bastante precaria, que se agravó por el mal gobierno de Luis XV (bisnieto de Luis XIV), y que tocó fondo durante el reinado de Luis XVI, gobernante bien intencionado, pero de carácter débil, por lo que se lo llamaba el buen Luis.

El mantenimiento de un estado absolutista demandaba mucho dinero, ya que: * Existía un gran número de funcionarios en el gobierno y cada uno buscaba su propio beneficio; * Se tenía que mantener un gran ejército permanente; * La corte vivía rodeada de lujos. Algunos ministros de Hacienda trataron de encontrar una solución a esta crisis, pero sus medidas sólo complicaron más la situación.

Aparece un nuevo problema: El envío de tropas a América de Norte, para defender sus posiciones territoriales, ante el avance del gobierno inglés, en la guerra de los Estados Unidos. Consecuentemente la monarquía se endeudó mucho más.

Soluciones Propuestas: Por un lado se recurrió al tradicional intento de aumentar los impuestos mientras que por otro se trató de conseguir que la nobleza también aporte su correspondiente diezmo, medida que provocó la ira y oposición de esta última clase social, que estaba dispuesta a defender sus privilegios feudales, hasta el punto de enfrentar la monarquía.

Para que no se empeorara su situación económica la nobleza trató de acaparar más cargos en la burocracia estatal, y además, aumentó la explotación de los campesinos que trabajaban en sus tierras, exigiéndoles mayores contribuciones.

En resumen: **a)** la economía del país estaba arruinada; **b)** los nobles consecuentemente sufrían dramas financieros; **c)** el clero no recibía el diezmo por parte del pueblo; **d)** la burguesía quería acceder a cargos públicos; y **e)** los campesinos estaban cansados del poder feudal.

Viendo la difícil situación económica que se asomaba, la nobleza exigió que se llamara a Estados Generales, para el tratamiento de una ley de impuestos. La monarquía prácticamente arruinada económicamente y sin el apoyo de gran parte de la nobleza, estaba en la ruina.

Cuando se reunieron en los Estados Generales (1789), la situación de Francia estaba sumamente comprometida, ya que el pueblo no soportaba más tan

penosa vida, y existía un gran descontento social. Las clases sociales existentes en ese momento eran: la nobleza, el clero y la burguesía, pero al contar los votos de la nobleza y del clero, que pertenecían a un estamento privilegiado, superaban en número a la burguesía, y por lo tanto siempre se tomaban las decisiones que a este sector le convenía. Solucionado este sistema de conteo, el tercer estamento (la burguesía) pudo tomar el control de la situación, y comenzó a sesionar como Asamblea Nacional, y juraron solemnemente que ésta no se disolvería hasta tanto no se logre conformar una Constitución Nacional.

El **14 de julio de 1789** la burguesía se vio apoyada por un gran sector explotado por la nobleza, los campesinos, que en medio de una agitada multitud revolucionaria formada por hombres y mujeres, saturados de injusticias y de hambre, se dirigen violentamente a la Bastilla, símbolo del régimen absolutista, donde funcionaba como cárcel de los opositores al sistema de gobierno, y toman la toman por la fuerza. Esta demostración atemorizó a los partidarios del antiguo sistema, y sirvió para inclinar la balanza en favor de los revolucionarios, desplazando así del poder a los nobles y partidarios del absolutismo.

Paralelamente se produjo en las zonas rurales levantamientos de los campesinos contra los señores feudales, lo cuales fueron asesinados, y sus castillos saqueados e incendiados. A este movimiento social por la justicia y fraternidad de los hombres en 1789, se lo conoce como el Gran Miedo: La Asamblea Nacional estaba formada por la burguesía, que inicialmente para luchar contra la monarquía, lo hizo en forma unificada, pero en realidad la burguesía no era una clase social homogénea, sino que estaba dividida en la alta burguesía –banqueros, financistas, comerciantes, propietarios– y en la baja burguesía formada por los profesionales (abogados y médicos), pequeños comerciantes y dueños de talleres.

Cuando llegó el momento de decidir por la forma de gobierno, la alta burguesía apoyó a los girondinos, oriundos de la provincia de La Gironda, que querían llegar a un acuerdo con la monarquía e instaurar una monarquía constitucional, es decir, tenía una actitud moderadora respecto a los cambios políticos.

Por otro lado estaban los **jacobinos**, que tenían ideas más revolucionarias y de cambios radicales, con tendencia a la instauración de una república democrática, con derechos a la participación política y con la aplicación de medidas más equitativas para la repartición de la riqueza y la lucha contra el hambre

popular. Dicho nombre proviene de que se reunían en asambleas, llamadas clubes, en un convento ubicado sobre la calle San Jacobo.

Los diputados de la asamblea, decidieron eliminar los privilegios de la nobleza, se les obligó a pagar impuestos y se eliminó el diezmo a la Iglesia. Pocos días después la asamblea dicta la **Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano**, esta proclama se transformó en la síntesis de las ideas revolucionarias, basadas en tres banderas: **igualdad, fraternidad y libertad**. Les interesaba la libertad para comerciar, la defensa de la propiedad privada y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

El **3 de Septiembre de 1789** se proclamó la Constitución, de carácter moderado, en donde la alta burguesía había logrado prevalecer sus ideales, de negociar con el antiguo régimen, quedando a cargo del poder ejecutivo el rey (*Luis XVI*), el poder legislativo lo ejerció una asamblea formada por la burguesía y el poder judicial, se compuso de jueces electos. Se estableció que sólo podían votar aquellos que pagaban ciertos impuestos, y de esta manera se pone en evidencia que las banderas de igualdad proclamada por los revolucionarios tenían ciertas limitaciones.

La nobleza de esta manera se vio con sus poderes recortados, lo que los motivó a tratar de crear alianzas y buscar apoyos en otros países con gobiernos absolutista, y de paso tratar de evitar que estos movimientos se expandan a otros reinos, y para ello no había más remedio que la guerra. Países como Austria y Prusia, atacaron a los franceses en los límites de su territorio y lograron contenerlos, pero los cuidados que tuvieron los países limítrofes con Luis XVI, hicieron evidente de la alianza que existía entre éste y la intervención extranjera, de esta manera el pueblo francés destronó al rey, y luego se lo decapitó. Más tarde fue ejecutada su mujer: María Antonieta. La asamblea nacional fue desplazada y un nuevo cuerpo de representantes reunidos en una Convención, comenzó a dirigir el nuevo gobierno republicano, liderado por la baja burguesía, dependiente del partido jacobino.

El cambio de mayor importancia es que ahora los representantes podían ser elegidos mediante el sufragio universal, permitiendo una mayor participación de sectores humildes y populares, llamados *sans culottes* (*sin calzones*). Desde 1792 los jacobinos lograron el control de la Convención, y sus principales activistas fueron: Dantón, Robespierre, Marat y Saint Just.

La república jacobina en el plano exterior debió frenar el avance de los ejércitos extranjeros, en el plano interior debió combatir la aristocracia, y termi-

nar con la resistencia de los girondinos, que se oponían a la nueva forma de gobierno. Para tomar mejor partido de su control, los jacobinos hicieron alianzas con los sans-culottes, y durante 1793, se creó una institución destinada a establecer un rígido control de los opositores, y castigarlos duramente y aplicar la pena de muerte a todos aquellos que no apoyaban el sistema de gobierno republicano. Este instrumento fue dirigido en persona por Robespierre. Se trataba de mantener dominados a sus opositores, a través del miedo, por lo que se lo llamó: *El terror revolucionario*.

Las medidas tomadas por la Convención no pudieron atender a todas las exigencias del sector popular, que seguían sufriendo la crisis económica. Se trató de llevar un control de precios para los alimentos básicos, aplicando severa penas a quienes no las acataban, pero no se logró el efecto deseado, lo que llevó al sector de los sans-culottes a romper su alianza con los jacobinos, creando una fisura y debilidad al partido gobernante.

Conociendo la debilidad de este gobierno, la alta burguesía aprovechando la situación y deseosos de terminar con los “excesos del populacho” en julio de 1794, produjeron un golpe de Estado, desplazando la república y creando un Directorio, que para lograr su autoridad se apoyaron en los militares. Los líderes de la Convención fueron guillotizados.

El Directorio, eliminó la libertad política de votar a los más humildes, se eliminó el control de precios y se tomaron medidas que favorecieron a los comerciantes y especuladores. De todas maneras, el sector popular siguió pasando por las mismas penurias de siempre y míseras condiciones de vida.

Entre los militares que apoyaban al Directorio, se encontraba **Napoleón Bonaparte**, que no tardó en hacerse del poder, mediante un golpe militar, aprovechando el gran prestigio que se había ganado en las diversas victorias militares en otros países. En 1799 se apoderó del gobierno de Francia, y se coronó como primer cónsul, concentrando cada vez más poder, hasta llegar a emperador en 1804. Con el tiempo la burguesía lo apoyó, ya que conservó muchos de los principios declarados en la Constitución, especialmente aquellos que beneficiaban a la burguesía más acomodada. A su vez estos lo apoyaban, porque evitaban el regreso de la república jacobina y del antiguo régimen aristocrático.

Consecuencias de la Revolución Francesa: **a)** Se destruyó el sistema feudal; **b)** se dio un fuerte golpe a la monarquía absoluta; **c)** surgió la creación de una República de corte liberal; **d)** se difundió la declaración de los Derechos del

Hombre y los Ciudadanos; **e)** la separación de la Iglesia y del Estado en 1794 fue un antecedente para separar la religión de la política en otras partes del mundo; **f)** la burguesía amplió cada vez más su influencia en Europa; **g)** se difundieron ideas democráticas; **h)** los derechos de los señores feudales fueron anulados; **i)** comenzaron a surgir ideas de independencia en las colonias iberoamericanas y **j)** se fomentaron los movimientos nacionalistas.

EL ILUMINISMO Y LA CONSTRUCCIÓN DE ESTADO

En la manera en que estaba organizada la cosa pública, esos Estados que habían surgido en Europa a partir del siglo XIII y que, desde fines del siglo XVII, habían dado lugar a los gobiernos absolutistas y concentradores del poder en una monarquía que oscilaba en sus apoyos en una burguesía urbana y los poderes tradicionales. La Ilustración fue el momento en que la burguesía emprendió claramente su lucha contra estos poderes tradicionales de la nobleza y del clero, y también en parte contra el absolutismo monárquico. El liberalismo, que pretender ser el único heredero de las diversas ideas de contrato social, aparece reflejado en las ideas de **Locke**.

Este pensador del siglo XVII hace hincapié en la tolerancia y en los derechos naturales –hoy derechos humanos– como límites al accionar de los gobiernos. Locke teoriza sobre un gobierno liberal en política y en economía, con un Estado con poderes y funciones limitados. El Estado solo se justificaría si sirve para asegurar los derechos que ya existen en el derecho de naturaleza.

El contrato tiene dos partes: **a)** los individuos deciden entre ellos la creación de una autoridad superior, consensuada por los individuos para la formación de un Estado político; y **b)** con la salvedad de que los derechos naturales no dependen de esa institución, es decir no ceden todos sus atributos ni la aparición de estos como consecuencia del contrato, sino que estos atributos (naturales) y entre ellos el más importante de todos, que es la propiedad, preexisten y subsisten a la constitución del Estado.

La idea de Estado de naturaleza de Locke se identifica con la racionalidad, la libertad y la igualdad de los individuos, derechos universales de los individuos que el estado debe resguardar y proteger.

El concepto de democracia de Locke, liberal, reconoce la validez de leyes superiores al propio estado; de ahí son sus ideas sobre la separación de religión

y política, democracia, soberanía popular y derecho de resistencia, que son las claves del contractualismo llevado a la práctica mediante las declaraciones de derechos y constituciones que llegan hasta la actualidad.

En todo caso, emancipar el espíritu humano de la superstición y la ignorancia parece ser el rasgo común de los pensadores ilustrados en contra de los defensores del Antiguo Régimen y de los privilegios feudales y clericales.

Todas las ideas y pensamientos filosóficos se expresaron a la vez en la Enciclopedia, diccionario razonado de las ciencias, artes y técnicas, obra colectiva en la cual los franceses pretendían registrar todo el conocimiento adquirido hasta entonces. Los promotores de este proyecto fueron Diderot y D'Alembert y en la obra escribieron desde Montesquieu hasta Rosseau.

Sin embargo, los que escribieron en esta monumental obra no dejaban de ser una muestra del absolutismo ilustrado. Casi todos los hombres de la Ilustración, incluido Kant no creían necesario un cambio de régimen, ni discutir sobre la legitimidad en la soberanía. Ellos creían que cualquier gobierno era positivo si estaba guiado por la razón y tenía como objetivo la educación del pueblo para que todos alcanzaran la verdad y obrar conforme a ella. La Ilustración debe su fuerza al aumento de la producción y del comercio posibilitada por los adelantos técnicos.

EL CONTRATO SOCIAL

Se denomina contrato a todo *acuerdo de voluntades, celebrado con un propósito lícito*. En el caso del contrato social el acuerdo *es celebrado entre el pueblo y el, o los gobernantes*, con el fin de constituir un estado, con el objetivo del bien común.

Los hombres antes de la existencia del estado (este estado natural no está ubicado en un momento histórico concreto) vivían con prescindencia de la relación mando-obediencia, pero hubo razones que los obligaron a organizarse poco a poco, constituyendo primero poblados, con jefes y luego estructuras estatales más complejas.

¿Por qué llegaron a formar estados a cuyos gobernantes les delegaron parte o toda su libertad? La explicación no es única y varios autores, trataron de darle explicación, reconociendo un pacto entre gobernantes y gobernados.

Thomas Hobbes, que vivió entre los años 1588 y 1679, opinó que los hombres en el estado de naturaleza (*o sea, antes del estado, como entidad polí-*

tica) vivían en una constante guerra, ya que consideraba al ser humano intrínsecamente malo: “El hombre es un lobo para el hombre” y, por lo tanto, iba a entrar en conflicto con sus semejantes, por la posesión de los bienes, pues todos tenían los mismos derechos a acceder a ellos.

Para reprimir estos maléficos instintos, los hombres por su propia seguridad, debieron conceder la totalidad de sus derechos al estado (*menos el de la vida*) que se dedicaría a su protección. Como vemos un estado con semejante responsabilidad, de obtener orden y justicia en una comunidad de seres con malos instintos, debía ser un estado poderoso, que no dejara a sus súbditos derecho alguno, ya que no serían capaces de administrarlos con prudencia y equidad. Esta teoría sustentó por lo tanto a los estados absolutistas.

Hobbes expresó esta concepción en su libro “Leviatán”, escrito en 1651, donde con ese nombre “Leviatán” designó a un Estado sumamente poderoso constituido por todos los derechos delegados. Su pensamiento fue producto del contexto histórico. Hobbes vio a su Inglaterra sumida en una guerra sangrienta que enfrentó a los partidarios de la monarquía con los parlamentarios, y por eso esbozó su tesis de la necesidad de crear normas para una convivencia pacífica, impuestas de modo autoritario, mientras permanecía lejos de su patria, sufriendo el exilio en París.

El inglés **John Locke**, cuya vida transcurrió entre 1632 y 1704, dio otra visión de la construcción del estado. Para este autor el hombre en el estado de naturaleza es libre y feliz, y el hombre ya no aparece como un ser malo por naturaleza, sino que toma la idea cristiana del hombre bueno pero que carga con el pecado original.

No hay diferencias de derechos entre los hombres, y todos los poseen otorgados por la propia naturaleza, a la vida, a la propiedad y a la libertad. El hombre tiene los derechos de libertad, y el de propiedad sobre su propia persona, y de lo que necesita para satisfacer sus básicas necesidades, convirtiéndose en propietario de esos bienes que le resultan necesarios.

Para este autor el Estado también surge por un acuerdo entre gobernantes y gobernados, para evitar que en el ejercicio de sus derechos los hombres no impidan facultades a los demás, pues a veces pueden tomar más de lo que necesitan, y esto generaría caos, al no existir leyes, y tratar de obtener justicia a través de la venganza privada, establecida por la ley natural que permite a cada hombre hacer justicia por sí mismo.

Para Locke el estado se formó en dos etapas. Por la primera los hombres se ponen de acuerdo en vivir en comunidad, y por la segunda, esa comunidad llega a un acuerdo para conformar el gobierno.

Pero, a diferencia del Estado de Hobbes, el pueblo conserva el poder, y solo delega en el Poder Ejecutivo y Legislativo (*éste último más poderoso*) solo los derechos necesarios para su seguridad, participando a su vez de distintas formas en el poder, al que puede resistirse y destituir. Los hombres renuncian a un solo derecho en pos de la seguridad para formar el Estado: el de hacer justicia por sí mismos. Por eso el Estado para Locke solo interviene para dirimir controversias. Fue defensor de la libertad religiosa (*con exclusión del catolicismo*).

Como vemos la poca intervención del estado en los asuntos de la ciudadanía convierten a Locke es un claro exponente del pensamiento liberal. Pero el que realmente sentó los principios del contrato social y escribió un libro con ese nombre, en 1762, fue el ginebrino, **Jean-Jacques Rousseau**.

Parte de que el estado de naturaleza es un estado ideal y feliz, donde todos los hombres son iguales y no existe la propiedad privada, ya que todos pueden gozar de todo lo que la naturaleza ofrece en abundancia. El hombre feliz y bueno por naturaleza de Rousseau no está condicionado por la religión.

Esa felicidad terminó cuando la población creció y las variaciones del clima originaron escasez de productos, y allí es cuando comenzó la lucha entre los hombres por los bienes escasos. Es en esta etapa donde el ser humano se siente desprotegido e inseguro y necesita crear un estado a quien cederle sus derechos para lograr el bien común.

El hombre que había nacido bueno y en libertad ahora se halla pervertido por la sociedad en la que vive, y encadenado, y necesita recuperar la libertad perdida.

Pero el pacto se celebra en este caso entre la comunidad misma, cada individuo pacta con los demás, no con un individuo determinado, en renunciar a su libertad natural, y en someterse a la voluntad de la mayoría, haciendo nacer una sociedad de iguales, con una nueva libertad, la civil, que estará limitada por la decisión de la mayoría (*Nacimiento del Estado*).

Las leyes son el resultado de la manifestación de esa voluntad general. Reconoce la existencia de un gobierno en ejercicio del poder ejecutivo, institución intermediaria entre el pueblo y quien ejerce el mando, para asegurar la libertad y ejecutar las leyes, y de un Poder Legislativo ejercido por el propio pueblo.

El ser humano conserva su libertad moral, que lo hace dueño de su propia persona. El hombre tiene una voluntad individual, que a veces puede no coincidir con la de la mayoría, pero está obligado a obedecer la voluntad general, y si no lo hace debe ser forzado a hacerlo, ya que solo así él mismo podrá ser libre. Si cada uno hiciera lo que su voluntad le mande, avasallaría derechos de otros, y los suyos propios se verían peligrar por el mismo derecho de sus compatriotas.

Esta teoría será clave para justificar el pensamiento que impulsó la Revolución Francesa, contra el poder absoluto del rey, y el establecimiento de la democracia como sistema político. La democracia era para Rousseau un estado perfecto, pero que, como tal, no podía darse en la práctica, lográndose solo un acercamiento a ese estado ideal, y solo en los estados pequeños podía darse como forma de gobierno. Para los medianos propone una aristocracia, y para los estados muy grandes, la monarquía. A causa de la publicación de su obra, “*El Contrato Social*”, fue expulsado de Francia.

DIVERSOS TIPOS DE ESTADO

EL ESTADO LIBERAL

El Estado liberal surgirá a finales del s. XVIII y principios del XIX. Dominará poco a poco toda construcción política occidental. Como hitos, se destacan la Constitución norteamericana de 1787 y la francesa de 1791. Ambas supondrán la victoria de una determinada concepción del mundo, la burguesa, que se correspondía con una clase social maniatada por el Antiguo Régimen en su desarrollo económico.

1) Por el contrato social como medio de fundación de la sociedad civil.

2) La separación de poderes, a fin de evitar todo absolutismo. Se ingenian toda una serie de contrapesos que eviten una concentración de poder que pueda lesionar las esferas inviolables de los individuos. Estos poderes son el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Locke formularía esta necesidad, pero su sistematización se deberá a Montesquieu, quien concibió la separación de poderes como medio para frenar el poder y garantizar la libertad individual. Esta característica se repetirá en todos los regímenes liberales.

3) Los derechos del hombre, que dibujan el límite de la acción del Estado, y otorgan valores a la concepción prácticamente formal del Estado liberal.

4) La soberanía nacional, concepto que traslada toda última razón decisiva al pueblo, concebido como nación o ente histórico.

5) El Estado constitucional, Estado reglado o subordinado a un conjunto de normas que posibilitesen el cumplimiento de los principios burgueses, la libertad, la igualdad y la propiedad. Se establecerá un concepto de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, aunque ello no implicaba una redistribución de la riqueza, sino solo la abolición del privilegio y fueros especiales.

Surgirá el Estado de Derecho que tendrá en la Constitución rígida la garantía del ideal burgués. La ley será la fuente principal del derecho. No se admitirá la costumbre “contra legem” y los llamados principios generales del derecho no hacen referencia a ningún Derecho Natural, sino que están inscritos en el mismo ordenamiento jurídico positivo para colmar las posibles lagunas legales. La primera ley, de la que derivan las demás normas, será la Constitución.

EL ESTADO MARXISTA

Lenin ofrecerá la siguiente interpretación del “Anti-Dühring”: “el Estado burgués no se extingue, según Engels, sino que es destruido por el proletariado en la revolución. El que se extingue después de esta revolución es el Estado o semi-Estado proletario”. Esta idea diferencia fundamentalmente el marxismo-leninismo con el anarquismo que pide la desaparición del Estado con la revolución. Lenin considera que debe instaurarse una «fuerza especial de represión de la burguesía por el proletariado» o dictadura del proletariado, a través de una revolución violenta, sin que pueda, con ello, defenderse la toma del poder por una minoría.

De estas palabras podemos deducir que el marxismo-leninismo representa la interpretación pura de la democracia rusioniana, fuera de todo influjo liberal. ¿Sobre qué legitimidad descansa el poder soviético? No he encontrado esta palabra en ninguno de los textos de Lenin, precisamente porque, en lógica, es consecuente con su materialismo histórico. La legitimidad obedece a un reflejo económico que justificaría un poder, y como tal, sirve siempre al interés del explotador. Desaparece la legitimidad, puesto que no debe existir poder, y la dictadura del proletariado no es más que una situación transitoria. Solo queda la violencia o fuerza como cuestión de puro hecho exigida por la necesidad. Nos dirá Lenin que la dictadura del proletariado es un poder que no se basa en la ley

sino en la fuerza directa de las masas armadas , justificando la dictadura porque es preciso “una unidad de voluntad absoluta y rigurosísima”. A tanto llegará esta fuerza, que Lenin llega a considerar a los Tribunales como expresión de ese poder.

“*La actividad judicial es una de las funciones de la administración del Estado*». «*El tribunal es un órgano de Poder del proletariado y campesinos pobres... instrumento para inculcar disciplina*”. En cuanto a los caracteres del Estado socialista, podemos señalar siguiendo a Lucas Verdú: **a)** No existe un único Estado socialista; **b)** es el único que prevé su desaparición; **c)** el Estado es consecuencia de las relaciones de producción. La Constitución no proclama aspiraciones ni ideales, es expresión de los avances reales de la clase trabajadora. Sus normas orientadoras tienen un papel secundario. El derecho no vincula al poder político; **d)** se niega el principio de separación de poderes, principio típicamente liberal. El Partido duplica y se superpone a los órganos del Estado. El órgano constitucional sobre el que descansa la unidad del poder es la Asamblea Legislativa de la que surge la Jefatura del Estado. No está reñido con el federalismo, puesto que la unidad de poder se consigue a través del llamado centralismo democrático y la estructura jerárquica del Partido Comunista y **e)** las Constituciones de los Estados socialistas recogen un catálogo muy semejante a los Estados demoliberales, pero su interpretación es marxista-leninista y el ejercicio de los derechos más políticos deben realizarse bajo el control del P.C. En la última etapa histórica de la U.R.S.S. cobrará todo su sentido la llamada “legalidad socialista”, que establece una especie de Estado Socialista de Derecho, con sumisión al derecho, supremacía de la Constitución, control constitucional, jerarquía de fuentes, etc., y así quedará reflejado en el artículo 4,1 de la Constitución de 1977.

EL ESTADO FASCISTA

Mussolini, en su escrito “El Fascismo”, dice que “el fascismo es una concepción religiosa” y también histórica (“fuera de la historia, el hombre no es nada”). Su motor será el Estado: “la concepción fascista es para el Estado”, dentro del cual se desarrolla el individuo y la libertad: “para el fascista, todo está en el Estado y nada humano ni espiritualmente existe y a fortiori nada tiene valor fuera del Estado”. Es el Estado el que hace posible la nación, le da una

existencia efectiva y una voluntad al pueblo, y gracias a él se crea el derecho. “*El Estado Fascista, la forma más elevada y más poderosa de la personalidad, es una fuerza, pero una fuerza espiritual... es el alma del alma*”.

Concibe al Estado como persona jurídica y es titular de soberanía, actuando por medio de órganos. Estas ideas de han acomodado al régimen autoritario. Así, el Duce es “capo di governo”, órgano del Estado en sentido jurídico, y concentra los poderes legislativo y ejecutivo por delegación, cuyos auténticos titulares son el rey y el Parlamento. El Estado, según el fascismo, no se funda ni en la agrupación natural de los hombres, ni tampoco en la contractual. Sin Estado no habría pueblo, sería una masa amorfa; pero el Estado requiere del pueblo para no caer en la abstracción.

El principal problema que presenta el Estado fascista es el de la ausencia total de alguna idea de legitimidad. La legitimidad no puede descansar en la fuerza. La teología política del concepto religioso del fascismo solo supone una secularización en aras de un Estado omnipresente, totalitario.

EL ESTADO NACIONALSOCIALISTA

La ley es fruto de la actividad del Führer, como máximo intérprete de dicho ordenamiento vital. De ahí que el Estado nacionalsocialista, según los referidos autores, sea el auténtico Estado de Derecho. Se mantiene la existencia de derechos públicos subjetivos, aunque acomodados a la ideología nacionalsocialista, y también la distinción Derecho público y privado.

El pueblo no se identifica con una raza, sino que es posible gracias a que las distintas razas que lo forman están emparentadas entre sí, teniendo cada una de ellas un valor semejante o complementario, aunque alguna de ellas –la nórdica– se configure como arquetipo y meta (norte) ideal.

Aparecerá esta doctrina en las Leyes de Nüremberg de 15 de setiembre de 1935. El pueblo, en sentido racial, está organizado en Comunidad. No es una “sociedad”, que se caracteriza por la suma de individuos que se hallan yuxtapuestos. Sino una comunidad, donde los individuos se insertan orgánicamente dentro de relaciones de coordinación, gracias a la existencia de un espíritu objetivo del pueblo, el Volksgeist (no en el sentido que le daba la Escuela Histórica y Savigny, sino como espíritu del que participa cada personalidad comunitaria, y aun así rechazado por algunos autores, como Hoehn). Los individuos no

actuarán en su propio beneficio, sino como “personalidades comunitarias” (Gemeinschaftspersönlichkeiten). Las relaciones entre las personalidades comunitarias son naturales; frente a las relaciones entre los individuos, que son contractuales. La Comunidad Popular es algo real; el Estado de Derecho es una construcción abstracta. Desaparecerán los derechos subjetivos para hablarse de situación jurídica de miembro de la comunidad; dogmáticamente no puede existir, por ello, distinción entre derecho público y privado. Finalmente, se niega que la comunidad o el Estado puedan considerarse como personas jurídicas, pues esto significaría un ataque a su esencia comunitaria. La más auténtica aportación del nacionalsocialismo será la conducción, la Führung, de cuyas necesidades se exigirá una revolución dogmática. Hemos hablado de Comunidad Popular y espíritu objetivo del pueblo. El conductor es aquel miembro de la Comunidad que, estando empapado del espíritu objetivo del pueblo, es capaz de captar en mayor medida el ordenamiento vital de la Comunidad y, por tanto, es el más capacitado para manifestar, formular y mantener aquel ordenamiento. La relación entre el pueblo y su conductor está basada en el lazo de camaradería nacida de una confianza recíproca, mostrando el conductor el camino a seguir, camino que el pueblo sigue formando su séquito (Gefolgschaft). El conductor no gobierna (en la Führung no existe relaciones de estructuras de mando/subordinación, sino relaciones de confianza), ni tampoco dirige (el Führer no es un dictador). Indica al pueblo el camino a seguir, sin necesidad de órdenes. De todo ello se deduce el carácter personal de la conducción, y también la distinción.

El Estado no es más que un aparato. *“El Führer se servirá del Estado como de un instrumento para efectuar la Führung, puesto que él está fuera y por encima del Estado”*. Las relaciones entre el conductor y el Estado son de naturaleza diferente a la que existe entre el conductor y el pueblo. Estas son de confianza mientras que las primeras se basan en la dirección; el conductor lo es del pueblo, pero será director, Leiter, del Estado.

En la práctica, el régimen nacionalsocialista no sólo no llevó a cabo una auténtica revolución en materia de Estado, sino que las necesidades exigidas primero por la reestructuración económica y la revolución, y posteriormente por la guerra, crearon un Estado totalitario, es decir, un Estado que abarcará la Comunidad y la integrará en él, dentro de un orden práctico similar a la doctrina fascista. El totalitarismo alemán llegará mucho más lejos que el italiano: suprimirá los tribunales contencioso-administrativos y a través del Partido

único intervendrá en todos los resortes de la vida nacional. Por otro lado, el fundamento del poder de A. Hitler se hallaba, más que en la Führung, en la Ley de Plenos Poderes de 1.933, prorrogada en 1.936 mediante plebiscito, (La noche de los cristales rotos) y en 1.940 y 1.944 por Decreto (por las necesidades de guerra). Esto queda corroborado por la decisión de Hitler al determinar su sucesión: nombró un presidente y un canciller en línea con la antigua estructura de la República de Weimar (*cuya Constitución nunca fue derogada*).

EL ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho existe para proteger al individuo. Para algunos el Estado de Derecho es que impere la ley. Para otros que se respeten los derechos del ciudadano, para otros, en fin, que los jueces hagan valer los derechos y hay quien lo refiere a la libertad y la división del poder, incluyendo elecciones, derechos humanos y poderes del Estado independientes.

Lo cierto es que todas esas cosas y muchas más forman parte del concepto que es un tejido imbricado de una serie de conquistas y refinamientos que el hombre ha ido incorporando a su vida en sociedad durante el transcurso de los siglos. La primera pregunta que vale hacerse es si el derecho es algo que se concede o que se tiene. Asunto que se presta a confusiones fáciles porque las dos cosas son verdad. Hay derechos que se tienen y no se conceden porque son inherentes a la persona humana. Estos son los llamados hoy en día derechos humanos. Nacemos con ellos porque somos personas. El Estado no nos hace el favor de concedernos esos derechos. Solamente los reconoce.

Y hay derechos que surgen de nuestra vida en sociedad y de nuestras relaciones humanas que crean derechos que contratamos o que nos son concedidos. Y estos son los llamados derechos subjetivos que se llaman también derechos adquiridos. Así por ejemplo unas vacaciones de 30 días cada año es un derecho adquirido. Porque nacemos con derecho a que se respete nuestra vida y dignidad pero no nacemos con derecho a que se nos conceda un mes de vacaciones por cada 11 de trabajo. Si la sociedad por ley lo dispone para todos sus miembros, entonces, somos titulares de un derecho adquirido bajo el principio de igualdad ante la ley.

Dentro de este contexto vamos dibujando cada vez más el concepto que nos ocupa. El derecho sea natural o adquirido por una ley o un contrato es en defi-

nitiva un espacio de acción reservado o abierto al ciudadano dentro de la colectividad social, bien porque se le respeta lo que es como persona, se respeta lo que posee o porque se le conceden los medios de defender lo que es o lo que adquirió con su esfuerzo.

Como se dijo en una formulación clásica: el derecho es un interés jurídicamente protegido. Y ese interés no tiene que ser precisamente económico pues comprende todos los aspectos de la actividad humana necesarios para su desarrollo integral. Pero hay un problema. Para proteger el interés jurídico hace falta el estado y su fuerza protectora.

Al hablar del Estado de Derecho es inevitable tocar el tema de los derechos humanos. En el mundo en que vivimos se utiliza este discurso mayormente como cortapisa a los abusos del estado contra el individuo.

En efecto, los derechos humanos tienen una particularidad: se ejercen contra el estado mayormente, mientras los derechos subjetivos se ejercen entre particulares. Los derechos humanos como innatos a la persona tienen varias características importantes.

Son imprescriptibles, inalienables, inembargables y universales. O lo que es lo mismo no desaparecen por el desuso o por el transcurso del tiempo, no se pueden ceder o traspasar a otro, no se pueden coartar o cercenar y pertenecen a todos por igual.

Su formulación moderna se encuentra en la declaración de la ONU de los derechos humanos fechada el **10 de diciembre de 1948**: “*La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”.

Sí la hay, y se llama Ley Natural. Procede ahora explorar este concepto de ley natural y averiguar de qué se trata. Santo Tomás de Aquino cuyo tratamiento del tema pocos igualan decía que esa ley natural y sus preceptos se infieren del estudio de la naturaleza humana y de sus tendencias básicas que él definía así. El ser humano tiende a conservar su ser, a conservar la especie, a conocer la verdad y vivir en sociedad. El pensamiento filosófico occidental siempre manejó esta idea: Dios nos hizo a su imagen y nos hizo racionales y libres. El hombre al participar de la voluntad eterna no tiene una posición pasiva. Porque conoce la ley eterna participa en su plan aplicando la ley natural.

Ese pensamiento está implícito en el primer artículo de la declaración de los derechos humanos: “**Artículo 1.** *Todos los seres humanos nacen libres e*

iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; “Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Quiere decir el ser humano tiende a la conservación de su persona o como dice Santo Tomás a conservar su ser”; “Artículo 16. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Quiere decir: el ser humano tiende a la conservación de la especie y a que se proteja la célula social donde se procrea y se atiende a los hijos”; “Artículo 17. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”; “Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”; “Artículo 20. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. Quiere decir: el ser humano tiende a vivir en sociedad y a conocer la verdad pues eso implica el ser propietario del fruto del trabajo y a pensar libremente”.

*¿Qué es la ley en el Estado de Derecho? Sabemos que la ley la promulga el Estado y que este tiene poder coactivo. Los derechos subjetivos adquiridos por contratación o concesión (*aquellos que no son derechos humanos emanados de la ley natural*) existen dentro de la ley positiva que, por así decir, los contiene. Puede ser una ley superior o fundamental, como la Constitución o una ley ordinaria. Las constituciones contienen derechos humanos y derechos subjetivos. Las leyes ordinarias usualmente contienen o regulan derechos subjetivos. Los derechos subjetivos son los que nos encontramos a diario en nuestra vida en sociedad. Y por eso precisamos una definición de la ley que los establece.*

En su concepto clásico la ley es una ordenación racional dada por una autoridad legítima en beneficio de la comunidad. Ahora bien, esta definición

tiene sus consecuencias. Veamos. Si convenimos en que hay leyes inmutables que hay que respetar (la ley natural), que el derecho es un interés jurídicamente protegido y que la ley positiva debe ser racional y en beneficio de la comunidad y no en su perjuicio, entonces hay consecuencias importantes que han sido fuente constante de debate, y lucha política y legislativa a través del curso de la historia. Esa lucha y debate es el contrapunto constante entre justicia y ley.

EL ESTADO DE HECHO

La megatendencia que marcó el desarrollo político-histórico de América Latina y del Caribe durante todo el siglo XX, fue el pendular cíclico entre dictadura y democracia (*o más bien aperturas democráticas siempre inconclusas*) en el marco de una muy arraigada cultura y ética autoritarias en la mayoría de las gentes y de las instituciones.

Los defectos, distorsiones y corrupciones de los ciclos democratizadores tuvieron como respuesta distintas formas y grados de dictaduras militares desde las más rudimentarias hasta las últimas de la seguridad nacional, las más organizadas y genocidas. La bien documentada historia de estas dictaduras muestra que nunca tuvieron capacidad de resolver las falencias de los procesos democratizadores y más bien agravaron y complicaron las distintas situaciones, dejando herencias muy onerosas para quienes tenían que reiniciar los procesos de democratización.

Un tema reincidente en esto fue el de la corrupción. Los militares se concibieron y actuaron como los guardianes más severos contra la corrupción proveniente -según ellos- solamente de los civiles; terminaron en la peor de las corrupciones por aquello de que a poder absoluto es absoluta la corrupción, con un gravísimo desprestigio y desmoralización de las fuerzas armadas.

Las décadas de los 80 y 90 han sido escenarios de aperturas democráticas en todos los países de América Latina y del Caribe, salvo el caso de Cuba. Por un momento se consideró que este nuevo ciclo democratizador era ya irreversible y que tendría una continuidad duradera. Organizaciones como la CLAT y otras siempre pusieron en duda esta lectura política.

Estos procesos ingresan al siglo XXI con plomo grueso en sus alas, con más interrogantes e interpelaciones que respuestas para su sobrevivencia. En efecto, no sólo se han limitado a ciertos aspectos formales de la democracia (en casi

ningún país existe un real estado de derecho), sino que han agravado sin precedentes la degradación de la calidad de vida de la mayoría de las gentes atrapados en una dinámica perversa que incrementa sin cesar el número de pobres, hace más pobres a los pobres, más ricos a los ricos, elevando los niveles de exclusión social a porcentajes nunca vistos, concentrando como nunca en pocas manos ingresos, riquezas y poder económico en el contexto de la más grande desigualdad e injusticia social en el mundo de hoy.

Todos estos procesos están fracturados por ausencia total de justicia social, satanizado esto por los ideólogos neoliberales que persisten en que la justicia social es camino de servidumbre y asesina de la libertad. La democracia es el único régimen político que necesita del apoyo popular para sobrevivir y para desarrollarse. Hoy, la mayoría de las gentes sufren un profundo desencanto y frustración y cada vez más rabia e iracundia explosivas. Nadie puede garantizar en estas condiciones la continuidad de los procesos democratizadores, aun más teniendo en cuenta que la cultura autoritaria sigue vivita y coleando en la mayoría de las gentes.

Al llegar a este punto, cabe la gran pregunta: *¿Los defectos gravísimos de los actuales procesos de democratización tendrán como respuesta nuevamente la emergencia de nuevas dictaduras militares o civiles o cívico-militares?*

Conclusión: El Estado es un instrumento de dominación de una clase sobre otra. Actualmente, tenemos a los empresarios y a los trabajadores. Evidentemente, ahora el poder, el control del Estado lo tienen los capitalistas, y convierten a los gobiernos en sus consejos de administración. Es decir, NO ES NEUTRAL, favorece a los capitalistas.

En nuestro país (*República del Paraguay*) y en relación al punto exployado, nuestra Constitución Nacional prescribe en su artículo 1º cuanto sigue: “**DE LA FORMA DEL ESTADO Y DE GOBIERNO.** *La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana*”.

DE LA PENA Y SUS TEORÍAS EXPLICATIVAS

Desde los inicios teóricos del derecho penal a fines del Siglo XVIII, uno de los problemas que más preocupó a los autores fue justamente la pena. Problema que ha estado ligado al carácter de derecho público del derecho penal y que ha dado origen a lo que se ha llamado derecho penal subjetivo.

Precisamente por ello es por lo que se liga la teoría de la pena a la concepción del Estado porque, evidentemente, no es lo mismo concebir una pena en un Estado absoluto que en un Estado de derecho y ni siquiera resulta igual dentro de las diversas formas evolutivas que ha tenido el Estado de derecho.

Así **Nozick**, refiriéndose a la concepción del Estado de derecho estrictamente liberal, ha señalado que el Estado (*mínimo, según su planteamiento*) aparece legitimado, y con ello la pena, cuando se circunscribe a las funciones mínimas de protección contra fuerza, robo, fraude, etc. Y que en cualquier otro caso su actividad, y la pena, aparece injustificada, como cuando usa su aparato coercitivo para lograr que algunos ciudadanos ayuden a otros, o para obtener que ellos omitan acciones que perjudiquen los intereses del propio Estado. Ciertamente esta concepción del Estado y su actividad –también la coercitiva– y por tanto, la pena cambia cuando se sustenta no ya en un Estado de derecho liberal, si no social.

TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA

En los que a las teorías absolutas de la pena se refiere, su contenido esencial aparece ya plasmado en el pensamiento de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea, **Kant** y **Hegel**.

Para **Hegel** la pena es la *negación de la negación del derecho*. Cumple entonces un papel restaurador o retributivo y por tanto según sea el quantum o la intensidad de la negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena.

Este autor concibe al delito como negación del derecho y a la pena como la negación de la negación, como “anulación del delito, que de otro modo sería válido”, y de este modo como “restablecimiento del derecho”. Esta teoría no ve en la persecución alguna finalidad socialmente útil, sino que por medio de la imposición de un mal, la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como

consecuencia de sus hechos es retribuida, compensada, expiada en forma justa. La teoría retributiva sostiene que se pena porque se ha pecado y no para que no se peque, y de este modo, se renuncia a la prevención. La individualización de la pena no es otra cosa más que la expresión de la reprochabilidad en monto de pena.

Para **Kant** la pena es *retribución a la culpabilidad del sujeto*, es su único fundamento, por eso señala que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella (*encubridor*) y recaería tal culpabilidad también sobre este. En el mismo sentido se expresaron los más importantes representantes de la escuela clásica tanto italiana como alemana.

Así, para **Carrara** la pena solo tiene un fin en sí misma que no es otro que *el restablecimiento del orden externo de la sociedad* y siendo así, a la pena no se le pueden plantear otros fines, como el de amedrentamiento de los ciudadanos o el de conseguir su enmienda, lo cual podría ser muy loable y digno de ser perseguido, pero no hace al fin de la pena, esto es, aunque tales efectos no se consiguieran, la pena no dejaría de ser tal, se trata pues en estos casos de consecuencias meramente accesorias.

Por su parte, para **Bilding**, en Alemania la pena es “*retribución del mal por mal*”. De lo que se trata es justamente de confirmar simplemente el poder del derecho y para ello es necesario el sometimiento, aun por la fuerza del culpable.

Para **Mezguer** la pena es *la irrogación de un mal que se adecua a la gravedad del hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico*, es por tanto retribución y por tanto privación de bienes jurídicos.

Para **Wellzel** la pena aparece presidida por el postulado de la retribución justa esto es “*que cada uno sufra lo que sus hechos valen*”. Se trata pues de un mal que se impone al sujeto culpable.

Finalmente, para las teorías absolutas, considerando solamente su expresión retribucionista, por ser la más moderna, la pena es *un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho*. A la intensidad de una lesión a un bien jurídico protegido por el derecho, se responde mediante la lesión en medida similar sobre un bien jurídico del sujeto.

Ahora bien —y es importante—, esta concepción de la pena aparece íntimamente ligada a una determinada concepción de Estado, un Estado de derecho no intervencionista, meramente guardián. Es la concepción de un Estado mínimo.

La única función del Estado es evitar la lucha de todos contra todos, garantizar el *contrato social*, resguardar el orden social, en otros términos su propia existencia.

Todo ciudadano sabe que lo que se va a juzgar es el mal cometido y que la medida de ese mal dará la medida de la pena. Con ello están dadas las bases de garantía de un Estado de derecho que continúan vigentes hasta nuestros días.

TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA

Las teorías relativas o de la prevención se preocupan no del fundamento de la pena si no de para qué sirve la pena. Dos son las corrientes principales:

La **Prevención General**, que como dice **Anton Oneca**, es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir y la **Prevención Especial** que es la actuación sobre el delincuente mismo ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva.

Ambas concepciones implican también entre sí una diferente concepción del Estado de derecho y naturalmente ambas con el retribucionismo, sin perjuicio de encontrar desde esta perspectiva más semejanza entre el retribucionismo y la prevención general que entre esta y la especial.

a) La Prevención General: ha sido sustentada entre otros por **Bentham**, **Schopenhauer** y **Feuerbach**, pero a quien se le concede la especial paternidad de este posición por la nitidez con que la expresó, es a **Feuerbach**.

Para este autor se trata de prevenir en forma general los delitos, esto es mediante una intimidación o coacción psicológica respecto de todos los ciudadanos. “*El impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho*”. Esta teoría se debate entre dos ideas: **1)** La utilización del miedo; y **2)** la valoración de la racionalidad del hombre.

En ese sentido señala **Roxin**: “...*el punto de partida tiene de modo totalmente general una tendencia al terror estatal. Pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar este efecto castigando lo más duro que sea posible*”.

Al igual que el retribucionismo, la teoría de la prevención general marca el esfuerzo de los pensadores de su época por pasar de una concepción del Estado absoluto a una del Estado de derecho. En ambos casos se sustituye el poder físico, el poder sobre los cuerpos, por el poder sobre el alma, sobre la siquis.

En la base del pensamiento preventivo general no solo está el argumento de la racionalidad, sino también el de utilidad. Esto es, de que la pena tenga alguna utilidad para la sociedad, no solamente de plantear disquisiciones metafísicas sobre ella. Este fue el punto de partida que vino a separar al pensamiento del siglo XVIII del pensamiento positivista del siglo XIX.

La pena retributiva resulta sin utilidad para la sociedad, pues no puede lógicamente eliminar el hecho producido ni tampoco impedir que tales hechos ocurran en el futuro, ya que no se lo plantea. Como es imposible eliminar el hecho ya producido, lo que a la sociedad le interesa lograr es impedir que otros hechos similares se produzcan en el futuro. Por lo tanto la pena debe tener una función utilitaria y ello se logra mediante la aplicación del criterio de prevención general.

Prevención General significa prevención frente a la colectividad. De conformidad con ello la pena ni persigue el fin de retribuir la reprochabilidad del delincuente ni de evitar que el condenado cometa nuevos delitos. De lo que se trata es de motivar a los ciudadanos a un comportamiento conforme a derecho. Esta teoría ha sido representada en Alemania sobre todo por **Feuerbach**. Su principal mérito radica que se orienta ante todo hacia la paz jurídica de la comunidad, cuya garantía es la tarea fundamental del Derecho Penal; si quedarán impunes delitos graves ello estimularía a otras personas a cometerlos y eso debe prevenirse a través de la imposición de una pena justa. A pesar de sus méritos, la Prevención General ofrece dos puntos débiles: **1)** no proporciona limitación alguna al máximo de la pena y **2)** no promueve la resocialización del condenado. Además debemos tener en cuenta que no es la agravación de las amenazas penales, tal como es exigido por la opinión pública sino, la efectiva persecución y sanción penal, lo que hace posible éxitos preventivo-generales. (*Código Penal Paraguayo. art. 3º, última parte*).

b) La Prevención Especial: Los planteamientos de la prevención especial son de muy antigua data y aparecen también entre los autores iluministas. Pero lo importante es su aparición dentro del Estado de derecho como una posición sistemática y con clara influencia en la legislación.

Su principal sostenedor fue **Franz Von Liszt**; según su concepción, la Prevención Especial se puede llevar a cabo de tres formas: asegurando a la generalidad frente al autor penal mediante su encierro, intimidando al autor mediante la pena para no comisión de otros hechos punibles, y mediante su

mejoramiento, protegiéndolo de la reincidencia. “La pena no tiene por finalidad la compensación de la culpabilidad por ella misma, sino que sólo está justificada si se manifiesta al mismo tiempo como medio necesario para el cumplimiento de la misión de protección preventivo especial del derecho penal”. La posición contraria a la Teoría de la Retribución consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es, de acuerdo con esta teoría, la prevención, dirigida al autor individual (especial). Por ello según esta opinión se habla de “Prevención Especial” como el fin de la pena. La Teoría de la Prevención Especial es una teoría “relativa”, porque está referida a la finalidad de la evitación del delito (del latín, *referre* = referirse a). La pena debe ser útil. La prevención especial está orientada a desarrollar una influencia inhibitoria del delito en el autor.

El desarrollo del Estado durante el siglo XIX y sus continuas disfuncionalidades, con grandes crisis y levantamientos populares, pone de manifiesto la necesidad de una intervención mayor del Estado en todos los procesos sociales, incluso en los de tipo criminal.

El hombre no puede concebirse ya como un ser bueno por naturaleza, sino, por el contrario, sujeto a determinaciones. Luego, el criminal aparece proclive al delito e intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica o social. La sociedad tiene que entonces defenderse contra él, para lo cual es necesario corregirlo o separarlo completamente de su seno. Se trata de llevar una defensa social contra los enemigos de la sociedad.

En tal sentido la retribución resulta inadecuada, pues se supone destinada a un ser libre e igual por naturaleza lo que es falso, pues los hombres no son libres y el delincuente tampoco es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un peligroso social.

Por otra parte también la prevención general resulta ineficaz, ya que se funda en la posibilidad de motivar, aunque sea por el miedo a los individuos y ello es imposible en el caso de los delincuentes, pues están determinados y carecen de racionalidad suficiente para sopesar los costos y beneficios del delito.

Si se trata de intervenir en los procesos sociales es necesario diferenciarlos –a los delincuentes de los no delincuentes– y ello llevaría a la conclusión de que los delincuentes no son iguales a los hombres normales.

Cada delincuente tiene su origen en procesos especiales y por lo tanto se debe actuar respecto de cada uno de ellos en particular o por lo menos respecto

a grupos que presenten las mismas características con lo cual se llega entonces a la tipología criminal que estuvo en boga durante los siglos XIX y XX.

Los autores que defienden la prevención especial por eso prefieren hablar de medidas y no de penas. La pena supone la libertad o la capacidad racional del delincuente y parte entonces de un criterio de igualdad general.

La medida, por el contrario, parte de que el criminal es un sujeto peligroso, diferente del normal y al que hay que tratarlo según sus peculiares características peligrosas.

Ni el castigo ni la intimidación tienen sentido, de lo que se trata es de corregir, de enmendar o rehabilitar, siempre que ello sea posible; sino de inocuizar.

Ferri (*de la escuela italiana*) es su mayor exponente y dice: “*Que la sanción no tiene que infligir un castigo proporcionado a la culpa moral, si no proveer la más eficaz defensa social frente a delincuentes peligrosos, a fin de la reutilización más rápida de los menos peligrosos, que serían los más...*”.

Por su parte **Dorado Montero** proclamaba el abandono completo del punición de los delincuentes y recomendaba actuar respecto de estos con medias tutelares. Su concepción iba más allá aún de la escuela positiva italiana, pero su derecho protector de los delincuentes en el derecho penal no tuvo acogida.

El autor que logró universalizar la prevención especial fue **Von Liszt** (1882) quien sostuvo que la pena debía regirse por la prevención especial y que según si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible, la pena tendría por fin la intimidación individualmente considerada, la corrección o la inocuización.

Por su parte **Marc Ancel** critica la concepción preventiva general como la retributiva por su carácter abstracto. Pero como de lo que se trata es de resocializar, reinsertar o reeducar al delincuente, la finalidad es pues su tratamiento, con todo lo complejo que ello pueda ser y exigiendo una actitud activa de parte de este, sin dejar de considerar que hay casos que no es posible resocializar.

Polac en Alemania aboga por la supresión del derecho penal y su reemplazo por un derecho de medidas basado en la peligrosidad social del autor. **Klose** tomando como punto de apoyo la Ley Fundamental Alemana intenta llegar a la conclusión de que conforme a ella solo es posible en el futuro un derecho de medidas. Con **Von Liszt** la prevención especial logra gran trascendencia, pues ya sea como planteamiento unilateral o bien en combinación con criterios retri-

butivos o preventivos-generales se observa en forma muy destacada en el Proyecto Alternativo de 1966 en Alemania.

Entre las críticas a la prevención especial, **Córdoba Roda** señala que la resocialización solo significa reconocer como fin de un estado democrático la posibilidad de manipulación de los individuos por parte del Estado y con ello la falta de control y rediscusión de este, ya que las pautas de resocialización son determinadas por él y sus instituciones lo que puede significar en definitiva el totalitarismo de uno, de algunos o de la mayoría sobre la minoría.

Entre otras críticas que impiden plantear de una manera amplia el criterio de prevención especial se tiene: **a)** hay una serie de delincuentes que no requerirían tratamiento; **b)** hay otros que no serían susceptibles de tratar pues no se conocen tratamiento para ellos (*los llamados incorregibles*). En cuanto a los corregibles, las estadísticas que hay sobre ellos es discutida en cuanto a si se ha logrado realmente su corrección.

Para poner en práctica la prevención especial se requiere de establecimientos adecuados y consiguientemente el tratamiento queda reducido a un pequeño grupo de sujetos y aun con respecto a ellos hay dudas en cuanto a su eficacia y la supresión de la reincidencia que es lo que se persigue. En todo caso lo que si resulta contradictorio es que dentro de una prisión tradicional se pretende llevar a cabo un tratamiento resocializador. De ahí que el mandato constitucional de que la pena privativa de libertad resocialice y reeduce queda solo como un postulado para el futuro ya que es lo requeriría necesariamente establecimientos especiales que en la actualidad no existen.

Dicho mandato resulta contradictorio, ya que la privación de la libertad al segregar al individuo de lo social evidentemente no puede pretender resocializar.

Aspectos positivos: **a)** haber concentrado su interés sobre el individuo, tiene carácter humanista; **b)** despoja a la pena de su carácter mítico moralizante, trata de volver a la persona nuevamente útil para la sociedad; **c)** es un planteamiento que se aviene con un Estado preocupado por la suerte de los individuos que lo componen; **d)** tanto para un Estado intervencionista como para un Estado social de derecho la prevención especial resulta una línea de pensamiento más adecuada que la de la retribución o la prevención general. A esto se debe el auge que tuvo a fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

TEORÍAS MIXTAS

Justamente por la razón del peso de las críticas a unos y otros criterios es por lo que la doctrina dominante ha tendido generalmente a proponer soluciones mixtas o eclécticas. Las más importantes aparecieron a partir de **Von Liszt** tratando de combinar un criterio fundamental retributivo con la aplicación de medidas. Este planteamiento de la doble vía en el derecho penal se le reconoce una naturaleza retributiva pero que en el caso de ciertos delincuentes estima necesario proceder con criterios preventivos especiales: *mediante medidas*.

Este criterio ha tenido una enorme influencia en la legislación de los más recientes códigos contemporáneos (*por ejemplo el de nuestra República del Paraguay*) junto a las penas, medidas de seguridad.

Critica: incompatibilidad entre la pena (*retribución*) y el tratamiento (*medidas*) entre el castigo y la resocialización sentidos totalmente diferentes del derecho penal y consecuentemente del contenido de la teoría del delito. Otra fórmula mixta, propia de un Estado de derecho garantizador en el sentido estricto liberal, es la que trata de combinar la retribución con la prevención general.

Una tercera fórmula mixta es la que plantea el carácter esencialmente preventivo del derecho penal e intenta unir prevención general con prevención especial, dando mayor preponderancia al criterio de prevención general.

Esta idea se plasmó en el Proyecto Alternativo alemán de 1966, para el cual las penas y las medidas tienen por fin la protección de los bienes jurídicos y la reinserción del autor en la comunidad jurídica. Es decir el derecho penal sirve para mantener el orden de paz del derecho, necesario para los hombres y por ello hay que conformar sanciones de tal modo que permitan si es necesario y posible, la reinserción del condenado, y en eso no se encuentran diferencias entre penas y medidas.

TEORÍA UNITARIA

Mediante una combinación de las tres ideas fundamentales de las teorías anteriores, pretende llevar a la práctica lo positivo de cada una de ellas eliminando sus aspectos negativos. La pena ha de ser limitada por el grado de reproche del autor, por lo que motivos de prevención general o especial no pueden

llevar a imponer a nadie una pena más grave que la que se corresponda con la del hecho cometido y con el grado de su reprochabilidad personal. Es en el grado de reproche donde pueden perseguirse los distintos fines de la pena, es decir, la retribución de la reprochabilidad, la resocialización y la prevención general del modo más equilibrado posible.

ACTUALIDAD

LEGITIMACIÓN DOCTRINARIA DEL DERECHO A CASTIGAR. DE LA DEFENSA SOCIAL AL DERECHO PENAL MÍNIMO. Si se toma en consideración la evolución material de la pena, es posible observar una correspondencia entre los modelos políticos determinados en el curso de la historia y las formas de política criminal, que en cada caso han sido característicos y funcionales con el ejercicio del poder: el carácter expiatorio de la pena en las etapas místico-religiosas, el fin retributivo y ejemplarizante en los Estados absolutistas, y el carácter utilitarista (*prevención general y/o individual*) sostenido desde la instauración del Estado moderno (Cfr. Sandoval Huerta, 1982).

Asimismo, la teoría del derecho penal mínimo propone un modelo normativo que se legitima en razón del pacto constitucional. Como bien expresa **Ferrajoli**: “*Las dos finalidades preventivas (...) están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la necesidad política del derecho penal como un instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél, en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos*” (Ob. cit.: 335).

La pena, dentro de este modelo garantista, responde a una serie de principios, que se encuentran consagrados en los pactos y reglamentos internacionales. Dichos principios, según el esquema propuesto por **Ferrajoli**, se ajustan a dos niveles del problema sancionador: el cuándo castigar, que corresponde al sistema de principios propios de la teoría del delito y principalmente a los principios de legalidad (*nullum crime nulla poena sine lege*), retributividad (*nulla poena sine crimine*) y culpabilidad (*nulla actio sine culpa*); y el cómo castigar, que se establece en un nivel de principios convencionales establecidos para la minimización del arbitrio penal en cuanto a la calidad y cantidad de la sanción, en relación a los criterios utilitaristas y humanistas de la pena:

- El principio de necesidad: fundamentado en que la pena debe ser la míni-

ma de las posibles respecto al fin de prevención de nuevos delitos, así, la necesidad estaría establecida de acuerdo a la utilidad que el castigo representa.

– El respeto a la persona o principio de humanidad de las penas: basado en un criterio moral, el cual fue enunciado por **Kant** y **Beccaria** mediante la máxima de que ningún hombre y por consiguiente tampoco el condenado, debe ser tratado como un medio o una cosa, sino como un fin en sí mismo y siempre como persona. Así, el valor de la persona se impone como la limitación fundamental para la proscripción de penas crueles e infamantes.

– El principio de proporcionalidad: Su significado en el derecho penal moderno y contemporáneo es consecuencia de la evolución de las penas corporales hacia el advenimiento de las penas como privación de derechos (*pena privativa de libertad y pecuniarias*), que admiten la posibilidad de graduación y medición, es decir que logran llenar el presupuesto técnico de la cuantificación de la pena imposible de lograr en las penas aflictivas dada su indivisibilidad. La proporcionalidad de las penas, sin embargo, no constituye en sí un criterio objetivo de ponderación, ya que no existe una relación natural de causa efecto entre el delito y la pena. La valoración que se realiza en torno a este problema es por el contrario de carácter ético-político que, por otra parte, no ha sido suficientemente tratada al interior de la ciencia penal. En la actualidad existen al respecto dos criterios en los que se fundamenta tal cuantificación: el principio de lesividad de la conducta y el principio de culpabilidad que miden la gravedad del delito y el grado de responsabilidad. Según la teoría penal garantista, ambos criterios deben tomarse en cuenta para las predeterminaciones de los límites máximo y mínimo de la pena legal y en el mismo sentido para la fundamentación judicial de la pena en concreto; no obstante, es necesario, para lograr la consistencia de la proporcionalidad penal con los lineamientos garantistas, mantener en perspectiva que, en ningún caso, la pena debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas.

– El principio de la certeza de las penas: Ligado al principio de proporcionalidad de la pena, este principio implica la no modificación del término de la pena, en función de sistemas de cumplimiento o ejecución, supeditados a presupuestos correccionalistas según los cuales el único fin de la pena es la reeducación del condenado.

LA REPROCHABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA: El grado de reproche adquiere verdadera relevancia en la determinación de la pena, es decir, como

gradación de la reprochabilidad. **Roxin** sostiene que la reprochabilidad de la Teoría del Delito se distingue de la de la Determinación de la Pena: una pena adecuada a la reprochabilidad es una pena adecuada a los fines preventivos, por lo que este autor sostiene que es correcta la aplicación de la Teoría del Margen de la Libertad.

Las dos teorías más relevantes de cómo iniciar el proceso de determinación de la pena que resulte más adecuada son: **a)** La teoría de la pena exacta; y **b)** la teoría del margen de la libertad.

a) La teoría de la pena exacta: **Punktstraftheorie** niega la existencia de un “*marco de reprochabilidad*” y afirma, que la pena adecuada a la reprochabilidad es solo una. Considera que la reprochabilidad es siempre una medida fija y determinada y, por ello la pena correcta sólo puede ser una. Sostiene que solamente existe una pena adecuada a la reprochabilidad.

b) Teoría del margen de la libertad: **Spielraumtheorie**, que parte de la premisa de que no es posible determinar la gravedad de la reprochabilidad en un punto exacto del marco penal establecido y que una pena adecuada a la reprochabilidad aun admite un “*marco de reprochabilidad*”. Esta teoría fue elaborada por la jurisprudencia alemana y puede ser considerada como claramente dominante. Sus sostenedores reconocen que la teoría no se encuentra en condiciones de establecer un monto determinado, sino que sólo es posible establecer un “*marco*”, que si bien puede resultar en impreciso, facilita al Tribunal llegar a la pena correcta.

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico positivo, Constitución Nacional y Código Penal de la República del Paraguay, se prevé cuanto sigue:

Art. **20**, Constitución Nacional: “**Objeto de las Penas.** *Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad. Quedan proscriptas la pena de confiscación de bienes y la de destierro*”.

En tanto que en el Código Penal Paraguayo en su art. **1º** prescribe: “*Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción*”. La norma se halla sustentada en el Principio de Legalidad, previsto a su vez en la Constitución Nacional y responde al principio *Nulla Poena, sine lege stricta*, escrita y anterior al hecho.

En tanto que el artículo **2º** de la ley penal hace referencia igualmente a la pena al señalar: “**1. No habrá pena sin reprochabilidad; y 2. La gravedad de la pena no podrá exceder los límites del reproche penal**”.

Por otra parte, en forma general el artículo **3º** del Código Penal Paraguay prescribe cuanto sigue: “*Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir*”.

Y finalmente debemos remitirnos a las definiciones previstas en el art. **14** del C.P. que –valga la redundancia– define de la siguiente manera: *conducta*: como las acciones y omisiones; *hecho antijurídico*: la conducta que cumpla con los presupuestos del tipo legal y no esté amparada por una causa de justificación y *reprochabilidad*: la reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuridicidad del hecho realizada y de determinarse conforme a ese conocimiento.

BASES DE LA MEDICIÓN DE LA PENA

El art. **65** del Código Penal Paraguayo establece las bases de la medición de la pena. La determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el Tribunal fija las consecuencias de un delito. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale; incluyendo la decisión acerca de la suspensión de la pena. Se debe primeramente determinar el marco penal aplicable, que no presenta problemas para los autores de un hecho punible consumado. Sin embargo la cuestión cambia cuando estamos en presencia de un concurso de delitos (C.P. art. 70) o ante un hecho punible en grado de Tentativa (C.P. arts. 26 y 27) y en caso de Complicidad (C.P. art. 31). Una vez asignado el marco penal concreto que corresponde al hecho punible, el Tribunal dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la “Determinación Judicial de la Pena en Sentido Estricto”.

EL SISTEMA DEL ART. 65 DEL CÓDIGO PENAL PARAGUAYO

Nuestro Código Penal establece que la Medición de la Pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella, es decir adopta por un lado la Teoría Retributiva y por el otro la Teoría Preventiva Especial cuando establece que se atenderán también los efectos de la pena de su vida futura en sociedad

(*resocialización*). Asimismo debe tenerse en cuenta la Teoría Preventiva General pues las sanciones penales tienen por objeto la protección de los bienes jurídicos y la paz social.

CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES PARA LA MEDICIÓN DE LA PENA

Las circunstancias a tener en cuenta para la medición de la pena son:

1) Los móviles y fines del autor: Deben ser tenidos en cuenta los motivos que incitaron al autor a la comisión del hecho punible que pueden ser estímulos externos (dificultades económicas) y estímulos internos (celos). En cuanto a los fines debe ser considerado el propósito que llevó al autor a realizar el hecho punible. La mayor o menor contrariedad a la norma de los motivos que impulsaron al autor a la comisión del hecho resultará decisiva para establecer el grado de reprochabilidad. Como regla general, puede decirse que la reprochabilidad de la conducta será tanto mayor cuanto más se aleje la intención del autor a la protección de un bien jurídico. Estímulos externos pueden ser dificultades económicas, convicciones políticas, coacción, etc. Móviles internos: odio, ánimo de lucro, codicia, compasión, ira, etc.

2) La forma de realización del hecho y los medios empleados: En este punto debe ser tenido en cuenta si el autor ha realizado el hecho punible con mayor o menor violencia hacia la víctima, es decir, debe tenerse en cuenta, por ejemplo, el grado de violencia utilizado. Debe ser tenida en cuenta también la intervención de varias personas en el hecho, pues esto representa un peligro mayor que el cometido por un autor único, ya que la existencia de un grupo facilita el logro de los objetivos delictivos. Reiteramos, el hecho cometido por un grupo, representa un peligro mayor que el cometido por un autor único y la pertenencia a un grupo facilita a sus miembros el logro de sus objetivos. La intervención del autor en el hecho, cual haya sido su aporte o la pluralidad de intervinientes, son circunstancias particularmente apropiadas para caracterizar el ilícito. Por lo general, un hecho cometido por varios participantes revelará un ilícito más grave, en tanto ello represente un aumento del poder ofensivo o aumente la indefensión de la víctima. El hecho cometido por un grupo habitualmente representa un peligro mayor que el cometido por un autor único, y la pertenencia al grupo facilita a los intervinientes el logro de sus objetivos. En los casos de coautoría y complicidad deberá tenerse en cuenta el rol efectivo que haya desempe-

ñado cada uno en el hecho concreto y su influencia para el progreso de plan de acción.

3) La intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho: Cuanto más obstáculos deba salvar el participante de un delito, mayor será su energía criminal. No sólo se refiere a las conductas activas sino también a las omisivas. Por intensidad, podemos entender como el grado de voluntad, despliegue físico o intelectual. Cuanto mayor hayan sido las dificultades que hayan tenido que superar para la ejecución del hecho, cuanto más haya perseguido su meta tanto mayor será su culpabilidad.

4) La importancia de los deberes infringidos: Se refiere a los casos de los delitos de omisión, cuanto más relevante sea la conducta que se esperaba que el autor desplegara, mayor gravedad tendrá el hecho.

5) La relevancia del daño y del peligro ocasionado: Para establecer esta circunstancia debe ser tenida en cuenta la Teoría de “La Extensión del Daño”, cómo por ejemplo, dando muerte a una persona se deja a una familia sin el sustento que ésta otorgaba a la misma. Se plantea la cuestión relativa a si sólo se encuentra abarcado el resultado típico o si también entran en consideración las consecuencias mediatas del hecho y la medida en que éstas también debieron haber resultado previsibles para el autor. Se exige que sólo se otorgue relevancia a aquellas consecuencias que tengan alguna relación con el fin de protección de la norma.

6) Las consecuencias reprochables del hecho: La jurisprudencia alemana sostuvo “quien culpablemente ha creado una situación cargada de riesgos, en cierta medida ha abierto el portón por el cual pueden ingresar desgracias múltiples e indeterminadas, y si la desgracia ingresa, puede ser hecho responsable por ella en el ámbito de la determinación de la pena sin violación del principio de culpabilidad”. Por ejemplo, el autor hurta un maletín que contiene dinero, y en el interior hay, además, documentos: como consecuencia de su pérdida, la víctima pierde el trabajo. Es necesario que se trate de consecuencias que guarden alguna vinculación con el fin de protección de la norma (ej.: la incapacidad de realizar una labor remunerada como consecuencia de una lesión corporal). Evitar que la víctima pierda su trabajo no puede ser considerada, en principio, una consecuencia amparada por la norma que prohíbe el hurto. Para agravar la pena sólo se pueden tener en cuenta la afectación de bienes jurídicos “co-protegidos” por la norma.

7) Las condiciones personales, culturales, económicas y sociales del autor: Las condiciones personales del autor forma parte de la base del juicio de prevención especial. Deben tenerse en cuenta circunstancias tales como, situación familiar, profesión, origen social y sus ingresos, estas serán de importancia para determinar la capacidad del autor para reconocer la antijuridicidad del hecho y comportarse conforme a ese conocimiento, para ello, lo decisivo será el momento del hecho, mientras que para analizar las necesidades de prevención especial, las condiciones personales a tomar en cuenta serán las del momento de la sentencia.

8) La vida anterior del autor: Si bien no se admite el Derecho Penal de autor, a los fines de la Prevención Especial la vida anterior del autor es un punto de apoyo importante pues permitirá fundar el pronóstico acerca de los riesgos de desocialización. En general se acepta que la conducta precedente permite reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación. Nuestro código no sanciona la reincidencia ya que rige el Derecho Penal de hecho y no de autor, la reprochabilidad se refiere a un hecho concreto y no a hechos anteriores.

9) La conducta posterior a la realización del hecho y en especial los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima: En este punto debe tenerse en cuenta si el autor ha tratado de reconciliarse con la víctima y realizado esfuerzos para reparar los daños, procurando disminuir por lo menos los efectos de la conducta delictiva. Una conducta de rebeldía agravaría la situación del acusado sin embargo una demostración de arrepentimiento o colaboración con la justicia será atenuante. Dentro de esta condición debe tenerse en cuenta especialmente su comportamiento durante el proceso. en este sentido puede resultar agravante la declaración de rebeldía y puede resultar atenuante la reparación del daño, el arrepentimiento, etc.

10) La actitud del autor frente a las exigencias del derecho y en especial, la reacción respecto a condenas anteriores o salidas alternativas al proceso que impliquen la admisión de hechos: De conformidad a nuestro sistema penal no es posible computar a la reincidencia como agravante. Se ha entendido que ello viola el principio de non bis in idem en tanto la mayor gravedad del segundo delito es consecuencia del delito anterior, que ya fue juzgado, en la medida en que la condena anterior es el presupuesto legal para la declaración de reincidencia. Se realiza aquí un doble juego de pena, primero se castiga por el hecho cometido y luego ese hecho vale para castigar más intensamente el segundo

delito. Sin embargo coincidimos con **Patricia Ziffer** que más bien se trata de que la condena o la pena sufrida determina una clase especial de autor, que viola los principios de un Derecho Penal de hecho, al crear una especie de Código Penal paralelo más grave para una calidad especial de autor, “los reincidentes”. Existe una tendencia generalizada a considerar que quien reincide luego de haber sido penado con anterioridad merece mayor censura que quien comete un delito por primera vez, sin que se alcance a explicar suficientemente porque la delincuencia anterior debe afectar la pena merecida por el autor por un hecho posterior. Se trata de un agravante de dudosa legitimación, sin embargo, algunos autores consideran que puede ser utilizada al momento de la medición de la pena.

Para concluir, debemos señalar que nuestro ordenamiento penal paraguayo prohíbe la *doble valoración*, es decir, en la medición de la pena, no podrán ser consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal.

Cuando el legislador estableció el marco penal, fijó los diferentes grados posibles de gravedad del delito. Para ello, tuvo que tener en cuenta diferentes circunstancias de hecho que marcan el fundamento para prohibir una cierta conducta. Todas aquellas circunstancias que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto. Esto es lo que en doctrina se conoce como “prohibición de doble valoración”, previsto en el art. 65, inciso 3º, del Código Penal Paraguayo. Por ejemplo, no es posible agravar un robo porque para el apoderamiento se utilizó violencia o un homicidio porque el hecho “culminó” en la muerte de una persona, pues estas circunstancias son propias del robo y del homicidio, respectivamente, y tomarlas en cuenta implicaría sancionar dos veces por la misma circunstancia, violando así el principio de *Non bis in ídem*.

CONCLUSIÓN FINAL

A modo de conclusión, luego del relato posicionado en diversos aspectos de la Teoría de la Pena, como lo es su construcción filosófica, amén de su concepción política y las nociones dogmáticas que se han construido en su entorno, solamente nos resta encaminar la anterior recopilación como sigue: Se afirma que

debe existir un espectro de penas adecuadas al grado de reproche presente en la conducta del agente.

Profundizando, podemos llegar a señalar que este “*espacio de juego*” (al amparo de la denominada: Spielraumtheorie), se rellenaría mediante las consideraciones preventivo especiales y generales.- Pero ésta teoría no se corresponde con todas las condiciones que normalmente se logran ubicar en la praxis, porque esos factores de medición de la pena, orientados desde la prevención, de modo alguno logran alcanzan la relevancia que cabría esperar, según nos lo indica el principio teórico. En realidad, hoy día, en la praxis de los tribunales, la medición de la pena determinada por la prevención desempeña más bien un papel marginal, y al respecto, nótese que incluso en los más graves crímenes se puede llegar a comprobar empíricamente que el pensamiento de la prevención se tiene en cuenta mucho menos de lo que cabría esperar conforme al ambicioso programa de la señalada Teoría del espacio de juego.

Que, conforme se tiene claramente orientado en las normativas pertinentes (*arts. 2º y 65 del Código Penal Paraguayo*), el punto de partida legal para la medición de la pena nos remite al concepto de la **reprochabilidad** (*art. 14, inc. 1º, num. 5º. Código Penal Paraguayo*), obteniéndose de la ecuación que: la medida de reproche en el autor es el presupuesto o fundamento de la métrica concreta de la pena.- Ahora bien, el análisis de la cuestión referida a los factores concretos de valoración, en que se descompone tal afirmación, resulta en un irrenunciable derecho de medición de la pena racional.

Sin embargo, considero, con total desapasionamiento, que aún no se encuentra del todo claro cómo ha de procederse, cobrando así preeminencia el enorme significado práctico del concepto de la punición individual (*precepto que debe emplearse en cada condena jurídico-penal*), llegando hasta a sorprender, el subdesarrollado estado en que, incluso a nivel jurisprudencial, se ubica aún esta discusión en la República del Paraguay. Especialmente llamativo resulta también lo poco que se han ocupado las exposiciones más antiguas de la operacionalización de la culpabilidad en la medición de la pena, ya que en el tiempo de vigencia del anterior Código Penal material, hoy abandonado, apenas se ha abordado el significado de la culpabilidad en la métrica de la pena y, por lo demás, sólo se desarrolló en la mayor parte de sus explicaciones sobre aquellas circunstancias de medición que eran concebidas como agravantes y atenuantes, criterio hoy en desuso.

La métrica actual en el Código Penal vigente se corresponde más bien con premisas metodológicas, es decir, se adhiere a una forma de proceder inductiva que, ante todo, presumimos, busca ser sistematizadora de la jurisprudencia que podamos lograr construir, y ya no sólo exclusivamente dependiente de la prevención o sujeta a reflexiones teórico-abstractas.- Resulta necesario así, arribar al establecimiento de un verdadero centro de gravedad que se potencie en un análisis intensivo de la fórmula básica del art. 65 del Código Penal, en procura del beneficio en la enumeración minuciosa de los factores de incidencia en la pena, propendiendo a una teoría de la medición de la pena propia, basada en nuestra casuística, concepto ciertamente no muy fácil o rápido de lograr.

Finalmente, y al permitirme ponderar las expresiones vertidas por el magistrado doctor **Waldir Servín Bernal**, docente del área penal y Miembro del Tribunal de Apelación en lo Penal de Asunción del Paraguay –gentilmente cedida en calidad de cooperación didáctica–, podemos rescatar que: “...*La imposición de una pena privativa de libertad resulta ser la mayor injerencia en el ciudadano, por parte del Estado. Nuestro Código Penal, en su art. 65, establece expresamente los criterios que orientan la decisión acerca de cuál es la pena más adecuada para cada caso. En la Medición de la Pena deben ser clasificados y ponderados todo tipo de información acerca del hecho y del autor, de manera a obtener la respuesta más equilibrada posible. En consecuencia la fundamental tarea de la Determinación de la Pena consiste en la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles pueden ser descartadas en el caso; todos estos factores y su influencia sobre la pena concreta dependen en gran medida de la decisión previa de cuál es la finalidad de la pena dentro del sistema... Si el Derecho Penal debe servir a la protección de bienes jurídicos, y de este modo, al libre desarrollo del individuo y al mantenimiento de un orden social, se debe establecer qué conductas pueden ser amenazadas con pena por el Estado. La respuesta a la pregunta de cómo debe actuar la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal, está dada por la Teoría del Fin de la Pena...*”.

Por último, así como en la entrada he referido al Marqués de Beccaría, Cesare Bonesana, nuevamente en este cierre extracto cuanto sigue: “...*Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto de mayor felicidad, o al menor de infelicidad posible...*”.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992.
- 2) Código Penal Paraguayo. Ley 1.160/97.
- 3) **CESARE BOSENASA**, “*Tratado de los Delitos y las Penas*” (Valletta Ediciones, 2004), traducido.
- 4) **ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA**, “*Historia de las ideas políticas*” (A-Z Editora, Enciclopedia Hispánica, Editorial Británica).
- 5) **JEAN TOUCHARD**, “*Historia de las ideas Políticas*” (Colección de Ciencias Sociales, Editorial Tecnos).
- 6) Enciclopedia Libre Universal.
- 7) Las Revoluciones Burquesas (La Revolución Francesa – **E. J. HOBBSAWN**).
- 8) **HOBBS, THOMAS**, *Leviatán*, en **FERNÁNDEZ PARDO, C.A.** (comp.) (1977): “*Teoría política y modernidad*”, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.
- 9) **LOCKE, JOHN.** (1990) “*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*”, Alianza, Madrid.
- 10) **MUSSOLINI, BENITO** (1993). “*Scritti e discorsi*”. La Fenice.
- 11) **DE FELICE, RENZO** (1995). *Mussolini il fascista*. Turín: Editoriale Einaudi.
- 12) **C. MARX & F. ENGELS**, *Obras Escogidas* (en tres tomos), tomo II, Editorial Progreso, Moscú, 1974.
- 13) **BONARD, ROGER** “El Derecho y el Estado en la doctrina Nacional-Socialista”, Editorial Wandervogel.
- 14) **NOZICK, ANARCHY** (Anarchi, State and Utopia, Basil Blakwell, Oxford 1974).
- 15) **HASSEMER, WINFRIED-MUÑOZ CONDE, FRANCISCO** (1989), “Introducción a la Criminología y al Derecho penal”.
- 16) **ROXIN, CLAUS** (1976), “Sentido y límites de la pena estatal”.
- 17) **JESCHECK, HANS-HEINRICH** (1993), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª Ed.
- 18) **KANT, INMANUEL** (1989), “La metafísica de las costumbres”.
- 19) **BACIGALUPO, ENRIQUE**, (1990), “Principios de Derecho Penal”.
- 20) **JESCHECK, HANS-HEINRICH**, “*Tratado de Derecho Penal*”.
- 21) **RIVACOVA Y RIVACOVA, MANUEL DE**, “*Función y Aplicación de la Pena*”, Ed. Depalma 1993.
- 22) **ZIFFER, PATRICIA S.**, “*Lineamientos de la Determinación de la Pena*”, Ed. Ad-Hoc SRL 1996.

DOCTRINA

- 23) SOLDONA, QUINTILIANO**, “Nueva Penología (Penas y Medidas de Seguridad)”. Ed. El Nando, 1931.
- 24) BENJAMÍN MIGUEL**, “Derecho Penal”. Tomo I, Parte General. Ed. Juventud.
- 25) BENJAMÍN MIGUEL**, “Derecho Penal”. Tomo II, Parte Especial. Ed. Juventud.
- 26). HORVITZ L., MARÍA INÉS**. “El Derecho de ejecución de penas”.
- 27). GUNTHER JAKOBS** “Sobre la teoría de la Pena”. Traducción Manuel Cancio Melia.
- 28) SERVÍN, JOSÉ WALDIR** “La medición de la pena en el Código Penal”.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 9

Cuestión debatida: *Determinar si se han cumplido los presupuestos para la declaración de la extinción de la acción por haberse cumplido el plazo previsto en el Art. 136 del Código Procesal Penal para la duración del proceso.*

PLAZO RAZONABLE. ESTADO DE DERECHO.

El plazo razonable implica respeto a otros principios y esencialmente de aquel que está en la cúspide de esos derechos: la Presunción de Inocencia y, conjuntamente, la Legalidad Procesal. El sistema democrático de gobierno tiene como uno de sus fundamentos el respeto de los derechos reconocidos constitucionalmente a favor de los sometidos a procesos por parte de las autoridades estatales. El desconocimiento de los mismos implica una grave afrenta al Estado de Derecho, puesto que la autoridad de manera alguna puede pretender atar a una persona a un proceso, en tanto en cuanto se disponga la resolución definitiva sin tomar en consideración a un límite de plazo, sino sólo condicionado a la voluntad del Juzgador. Eso constituye una arbitrariedad que no puede permitirse, ni mucho menos consentirse.

CSJ. Sala Penal. 04/02/13. “M.P. c/ A.B.O. s/ Estafa” (Ac. y Sent. N° 9).

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

CUESTIONES:

¿Es admisible el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de determinar un orden para la exposición de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: BLANCO, PUCHETA DE CORREA y BAREIRO DE MÓDICA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MINISTRO DR. BLANCO dijo: Se presenta el Abog. E.A.M., en representación de la Sra. A.B.O. a interponer Recurso de Casación contra el Acuerdo y Sentencia N° 16 de fecha 25 de marzo de 2009 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal de la Cuarta Sala de la Capital.

En primer término cabe destacar que el sistema recursivo dentro del actual sistema procesal se rige principalmente por los principios de taxatividad y debida técnica, con lo cual los fallos deben ser impugnados exclusivamente por los medios y las formas impuestas por el Código Ritual.

Que, en esa tesitura, corresponde efectuar el estudio de la admisibilidad del recurso aducido. El análisis de la procedencia se efectuará posteriormente sólo y si el recurso ha sido interpuesto: a) en la forma y término prescritos por la norma; b) si la resolución impugnada da lugar a él (taxatividad objetiva), y, c) si fue deducido por quien tiene capacidad para ello (taxatividad subjetiva).

De las constancias de autos se desprende, que el auto atacado fue notificado a la Sra. A.B.O. en fecha 18 de mayo de 2009, tal como consta en la Nota obrante a fs. 258 de autos, y el Recurso Extraordinario de Casación fue plantado en fecha 1 de junio de 2009, es decir, dentro del plazo procesal requerido.

La resolución recurrida, Acuerdo y Sentencia N° 16 de fecha 25 de marzo de 2009, posee la virtualidad de poner fin al procedimiento, puesto que declaró la inadmisibilidad del Recurso de Apelación Especial contra la Sentencia Definitiva N° 258 de fecha 25 de agosto de 2008.

El escrito por el cual se recurre ante esta instancia, se encuentra fundado.

Cumplidos los requisitos exigidos para el estudio del recurso planteado, corresponde disponer la admisibilidad del recurso. Es mi voto.

A su turno las ministras doctoras ALICIA PUCHETA DE CORREA y GLADYS BAREIRO DE MÓDICA manifiestan adherirse al voto del Ministro Preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el MINISTRO BLANCO continuó diciendo: En cuanto a la procedencia del recurso, en el caso que nos ocupa los antecedentes del caso señalan que por Sentencia Definitiva N° 258 se condenó a la Sra. A.B.O. a la sanción de 2 (dos) años de pena privativa de libertad por la comisión del hecho punible de Producción de Documentos no Auténticos.

Teniendo en cuenta que entre las causales señaladas por el recurrente se encuentra un pedido de extinción de la acción penal, corresponde analizar en

primer término, además la verificación del cumplimiento del plazo máximo de duración del proceso, pues es una cuestión de orden público, y de declararse así, serían inoficiosas las demás cuestiones y alegaciones de las partes intervinientes.

El recurrente sintetiza su pedido señalando que: “... *Vuestras Excelencias se servirán tener por articulado el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 16 de fecha 25 de marzo de 2009 y una vez cumplido el trámite de estilo encarezco se anule o revoque la misma y proceda al reenvío, conforme lo dispone el Art. 473 al Tribunal de Apelación que sigue en orden de turno, a fin de que resuelva el recurso de apelación especial deducido o en su caso realizar una decisión directa de conformidad a lo preceptuado en el Art. 474 del C.P.P., declarando la extinción de la acción por la duración máxima del procedimiento previsto en el Art. 136 del C.P.P. plenamente vigente al tiempo de iniciación de la presente causa penal...*”.

Que se corrió traslado al Ministerio Público, el mismo fue contestado por el fiscal adjunto, abogado Marcos Alcaraz, que de conformidad al Dictamen N° 1.385 de fecha 17 de setiembre de 2009, tras un análisis de la causa y de los plazos que trascurrieron en ella, determinó que: “...*De todas formas, aun cuando el fallo de la alzada haya sido dictado dentro del plazo de los tres años y seis meses, estos últimos se adicionan para la tramitación de los recursos, tampoco se realizaron las notificaciones pertinentes en la forma establecida por ley... Finalmente, es preciso señalar que el Recurso Extraordinario de Casación fue planteado ante la Sala Penal de la C.S.J., el 01/06/09, habiendo transcurrido, a esta altura, el plazo de duración máxima del procedimiento... Ante estas circunstancias, el plazo previsto en el Art. 136 del C.P.P. antes de su modificación por la denominada “Ley Camacho”, se ha cumplido con relación al proceso seguido a A.B.O. y en consecuencia, la conclusión ajustada a los criterios sostenidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, es la Declaración de la Extinción de la Acción Penal...*”.

Entrando en materia, cabe afirmar que al proyectarse en el tiempo, el proceso penal requiere, más que cualquier otra institución jurídica, una regulación estricta; ya que con ella se contribuirá muy eficazmente a la tutela de los intereses comprometidos. Esta regulación implica el emplazamiento de los actos a lo largo del desenvolvimiento del proceso, poniendo límites a la actividad y a la inactividad. Se fijan lapsos que exigen, impiden o fijan el cumplimiento del

acto, como si se tomara un punto en el segmento del tiempo, antes o después del cual corresponde realizar el acto. Ese punto es el término que fija el acto o que pone fin a la prolongación del plazo, de aquí que el plazo sea una condición temporal en la producción de los actos procesales penales.

En este sentido, el objeto del control de la duración del procedimiento es lograr que el Estado realice una persecución penal eficaz dentro del plazo razonable, que no se prolongue de manera indefinida, de modo que tanto la ciudadanía como la persona sindicada como autora de un hecho punible puedan tener una respuesta del órgano estatal en un espacio de tiempo, principalmente se pretende un pronunciamiento que defina la posición del encausado frente a la ley y la sociedad y ponga término – del modo más rápido posible- a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

La sanción procesal (extinción), consecuencia de la conclusión del “plazo razonable”, se funda en el derecho del procesado de verse libre del cargo y de las restricciones del proceso en un lapso de tiempo razonable y acorde con la gravedad y complejidad de la causa. Se relaciona con el principio de inocencia y el derecho a la libertad e intimidad del perseguido por la justicia, que resultaría vulnerado por un proceso excesivo e innecesariamente largo.

La duración máxima del proceso, al erigirse como una limitación al poder represor y garantía procesal (reconocida constitucionalmente en beneficio del procesado), se constituye en una cuestión de orden público, de cuyo cumplimiento no puede sustraerse ningún órgano del Estado.

La Constitución Nacional en su Art. 17 dispone: “...*De los derechos procesales. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: inc. 10)...El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley. Asimismo, el Pacto de San José de Costa Rica prescribe en su Art. 8 Garantías Judiciales. 1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos explica los alcances del principio en los siguientes términos: “...*El interés del Estado en resolver presuntos casos penales no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona... Este límite de tiempo tiene como objetivo proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que*

sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado... El Estado debe probar la culpa dentro del plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema... El principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique a un periodo de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumirá de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad (Resúmenes de la Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos- Sistema Americano PLAZO RAZONABLE.Htm) .

En otras palabras, el plazo razonable implica además, respeto a otros principios y esencialmente de aquel que está en la cúspide de esos derechos: la Presunción de Inocencia y, conjuntamente, la Legalidad Procesal. El sistema democrático de gobierno tiene como uno de sus fundamentos el respeto de los derechos reconocidos constitucionalmente a favor de los sometidos a procesos por parte de las autoridades estatales. El desconocimiento de los mismos implica una grave afrenta al Estado de Derecho, puesto que la autoridad de manera alguna puede pretender atar a una persona a un proceso, en tanto en cuanto se disponga la resolución definitiva sin tomar en consideración a un límite de plazo, sino sólo condicionado a la voluntad del juzgador. Eso constituye una arbitrariedad que no puede permitirse, ni mucho menos consentirse.

A ese efecto, el Art. 136 del Código Procesal señala (antes de su modificación): “**DURACIÓN MÁXIMA.** *Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de **tres años**, contados desde el primer acto del procedimiento. Este plazo sólo se podrá extender por **seis meses** más cuando exista una sentencia condenatoria, a fin de permitir la tramitación de los recursos. La fuga o rebeldía del imputado interrumpirá el plazo de duración del procedimiento*”. En virtud a esta disposición las personas sometidas a proceso penal, no lo pueden ser de una manera perenne, sino que se establece un límite al ius punendi estatal, puesto que ese poder no puede ser ejercido de una manera irreflexiva en cuanto al tiempo de duración.

Ahora bien, con respecto al primer acto del procedimiento, la Sala Penal, luego de realizar una armónica interpretación de los artículos que regulan la

materia, ha determinado que el cómputo del plazo máximo de duración se inicia a partir de la notificación al procesado de la resolución del juez de la causa, que luego de tomar conocimiento del acta de imputación tiene por iniciado el procedimiento, conforme a las previsiones del Art. 303 del Código Procesal Penal (Acuerdo y Sentencia N° 1322 del 24 de setiembre de 2004).

En el caso en estudio, revisados los antecedentes, a fin de establecer cuando comenzó a correr el plazo, a los efectos del cómputo de la extinción de la acción penal, se tiene que la Sra. A.B.O. fue imputada en fecha 4 de octubre de 2002, tal como se desprende de fs. 1 de autos; posteriormente en fecha 3 de marzo de 2003, se realizó la audiencia reglada en el artículo 242 del C.P.P., donde la incoada se dio por notificada del acta de imputación en su contra, y es desde este momento desde donde comienza a computarse el plazo de duración máxima del procedimiento. En fecha 4 de abril de 2003, el Ministerio Público solicitó el Sobreseimiento Provisional de la imputada, y en fecha 27 de noviembre de 2003, se dictó el A.I. N° 1584 la correspondiente resolución haciendo lugar al requerimiento. Posteriormente en fecha 26 de noviembre de 2004, se solicitó la reapertura de la causa y se planteó la acusación contra la Sra. Benítez Vda. de Ojeda. Tras los trámites pertinentes dentro del proceso, por A.I. N° 1353 de fecha 12 de agosto de 2005, se dictó la rebeldía de la acusada, levantándosela nuevamente por aplicación de las medidas alternativas a la prisión en fecha 13 de octubre del 2005, por A.I. N° 1743, tal como se ha sostenido en causas anteriores, el estado de rebeldía a criterio de esta Magistratura, también suspende el plazo.

En fecha 29 de agosto de 2008 se dictó la Sentencia Definitiva N° 258, por la cual se encontró responsable a la Sra. A.B.O. de la comisión del hecho punible de Producción de Documentos no Auténticos, condenándola a la sanción de dos (2) años de pena privativa de libertad. Esta sentencia fue atacada por vía de la Apelación Especial, y por Acuerdo y Sentencia N° 16, de fecha 25 de marzo de 2009, se lo declaró inadmisibile. Planteándose el Recurso Extraordinario de Casación en fecha 1 de junio de 2009. Es importante aclarar que además de no estar firme la Sentencia recaída en autos por la interposición de los recursos; según constancias la condena en sí no fue notificada personalmente a la incoada, por lo que la declaración de inadmisibilidad por extemporaneidad del Tribunal de Apelación, deviene incorrecta.

Es así que, desde el inicio del procedimiento, 3 de marzo de 2003, han transcurrido 6 (seis) años y 3 (tres) meses al momento de interposición del recur-

so de casación, de lo que debemos restar las suspensiones decretadas –sobreseimiento provisional, y rebeldía, 1 (un) año y 2 (dos) meses, respectivamente– es decir, en total 5 (cinco) años y 1 (un) mes; superando el plazo de resolución de 3 (tres) años más 6 (seis) meses para la interposición de los recursos.

Con las previsiones legales y el criterio jurisprudencial sentado por la Sala Penal procede DECLARAR LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, por imperio de los Artículos: 17 de la Constitución Nacional, 8 inc. 1° del Pacto de San José de Costa Rica; 25 inc. 3, 136 y 137 del Código Procesal Penal y demás disposiciones aplicables, así también corresponde DECRETAR el SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO de la encausada, conforme a lo dispuesto en el artículo 359 inc. 3) del Código Procesal Penal.

Asimismo, corresponde la remisión de los autos al Juzgado de Ejecución competente a los efectos de que ordene el levantamiento de la medida cautelar que pesa sobre A.B.O., previa comprobación exhaustiva de que la misma no registre otra orden restrictiva dictada por juez competente.

Por otro lado, corresponde la remisión de las compulsas de estos autos al Consejo de Superintendencia, para que en ejercicio de sus facultades de superintendencia previstas por la Ley 609/95, realice la apertura de un sumario en averiguación y constatación de las actuaciones procesales llevadas a cabo por los profesionales abogados, auxiliares de la justicia, así como de los órganos jurisdiccionales en lo atinente a su adecuación a los plazos legales de resolución, por las dilaciones indebidas, retardo injustificado o ejercicio abusivo del derecho, configurados en la tramitación del presente proceso.

Al resolver sobre la extinción de la causa penal, siendo ésta una cuestión de puro derecho que para su cumplimiento solo necesita su declaración, se hace inoficioso el estudio de los demás puntos del Recurso de Casación planteado. Es mi voto.

A su turno la Dra. ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA dijo: Comparto y me adhiero por los mismos fundamentos a la postura adoptada por el ilustre Ministro Dr. SINDULFO BLANCO, en lo que se refiere a la DECLARACIÓN DE EXTINCIÓN de la Acción Penal, ante el cumplimiento del plazo máximo de duración del proceso establecido en el Artículo 136 del Código Procesal Penal, en relación a la ciudadana A.B.O. por sus mismos fundamentos, no obstante, y considerando la gravedad de la cuestión, cabe destacar que la sanción dispuesta no es imputable a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

puesto que la fecha del inicio del proceso es del 25 de octubre de 2002, según constancias obrantes en autos, además el expediente judicial llegó a Secretaría de la Sala Penal en fecha 01 de junio de 2.009, encontrándose en trámite los recursos interpuestos ante esta instancia.

Por imperio del Art. 4º de la Ley 609/95, la Corte Suprema de Justicia, por intermedio del Consejo de Superintendencia, ejerce poder disciplinario y de supervisión sobre los tribunales inferiores, como un contralor de sus actividades judiciales.

Es por ello que, en ejercicio de sus facultades de superintendencia previstas por la Ley 609, corresponde, a mi criterio, la remisión de las compulsas de estos autos al Consejo de Superintendencia, para la apertura de un sumario en averiguación y constatación de las actuaciones procesales llevadas a cabo por los profesionales abogados, auxiliares de la justicia, así como de los órganos jurisdiccionales en lo atinente a su adecuación a los plazos legales de resolución, por las dilaciones indebidas, retardo injustificado o ejercicio abusivo del derecho, configurados en la tramitación del presente proceso.

En cuanto al sobreseimiento definitivo debo decir, que no es necesario hacer mención expresa al respecto puesto que la misma adquiere vigencia en razón de que este instituto procesal se halla implícito en la extinción de la acción penal –ministerio legis–, por imperio del Artículo 359 Numeral 3 del Código Procesal Penal. Es mi voto.

A su turno, la Dra. GLADYS BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Recurso de Casación fue interpuesto por el abogado de la defensa E.A.M., en contra del Acuerdo y Sentencia N° 16 del 25 de marzo de 2009, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Cuarta Sala Penal de la Capital; la mencionada decisión refiere: Acuerdo y Sentencia N° 16 de fecha 25 de marzo de 2009 dice: “*DECLARAR, inadmisibile el recurso de apelación interpuesto, por extemporáneo. ANÓTESE, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia...*” (Sic).

El representante del Ministerio Público, abogado Marco Antonio Alcaraz Recalde, fiscal adjunto e interino del Área Especializada en Recursos de Casación de la Fiscalía General del Estado, a través del Dictamen N° 1.385 del 18/09/2009, al contestar el traslado, se expidió aconsejando la declaración de extinción de la acción penal.

Que, en primer lugar, debo lamentar el lapso transcurrido desde la promoción de este medio de impugnación extraordinario más esta Magistratura no

puede permitir más demora que la ya generada, debido a que estos autos llegaron a mi gabinete recién en fecha 26 de octubre de 2012.

En el estudio de la admisibilidad, el primer razonamiento debe versar sobre si la decisión recurrida (Sentencia Definitiva o Auto Interlocutorio), puede ser “objeto” del Recurso Extraordinario de Casación, para lo cual debemos remitirnos a lo prescrito en el Art. 477 del C.P.P. que dice: “**Objeto.** Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena”(sic). En nuestro caso la decisión del Tribunal de Apelación, pone fin al procedimiento, en razón que al declarar inadmisibile el Recurso de Apelación Especial, confirma una decisión condenatoria del Tribunal de Sentencia (S.D. N° 258 de fecha 25, 26, 27, 28 y 29 de agosto de 2008). Por tanto, se enmarca dentro de las decisiones que pueden ser objeto de este medio de impugnación extraordinario.

Por lo afirmado en el párrafo precedente, corresponde proseguir con la verificación de los demás requisitos para la admisibilidad y por adecuarse al objeto materia de estudio del Recurso de Casación (Art. 477). Las disposiciones del Art. 468 del C.P.P., aplicado por expresa remisión del Art. 480 del mismo cuerpo legal, requiere del escrito de interposición se encuentre fundado, con expresión concreta y separadamente de cada motivo con sus fundamentos y la solución pretendida; en ese sentido y verificados los requisitos de forma exigidos, así como la presentación en plazo, corresponde avocarnos al estudio del fondo de la cuestión sometida a consideración de esta Magistratura.

En el escrito de Casación, el recurrente argumenta: “...*El Acuerdo y Sentencia N° 16 de fecha 25 de marzo de 2009, es contradictorio con el ACUERDO Y SENTENCIA N° 65 del 24 de OCTUBRE DE 2006: J.N. s/ LESIÓN DE CONFIANZA; A.A.I. s/ HECHO PUNIBLE CONTRA LA VIDA, ACUERDO Y SENTENCIA N° 54 DEL 17 DE AGOSTO DE 2006... ACUERDO Y SENTENCIA N° 1539 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2006... Independientemente de la fecha que se tome, surge con claridad de las constancias de autos, el Acta de Imputación fue presentada en fecha 4 de octubre de 2002 y notificada en fecha 25 de octubre, por lo que a la fecha del Juicio Oral y Público, la causa se ha extinguido por el transcurso de la duración máxima del procedimiento, esto a raíz de que en fallos anteriores citados, se dejó clarocómodebe interpretar tanto la interrupción como la suspensión del plazo en el proceso penal, habiendo clara-*

mente expuesto las razones por la cual no se puede reiniciar el cómputo del plazo luego de su interrupción, por motivos de la declaración de rebeldía.... Art. 478 inc. 3. ACUERDO Y SENTENCIA MANIFIESTAMENTE INFUNDADA... El Tribunal de apelación en lo Criminal incurrió en forma patente y tangible en la falta de motivación o fundamentación, al declarar inadmisibile el recurso de apelación especial deducido en tiempo y forma, tomando como fecha cierta para el cómputo del plazo a fin de activar el mecanismo recursivo, erróneamente la lectura de los fundamentos de la sentencia N° 258, del 25 de agosto de 2008 y se realizó 4 de setiembre de 2008, concluyendo que el mecanismo de impugnación fue ejercido por la defensa cuando la misma ya había quedado firme por imperio del Art. 127 del C.P.P... Es evidente que ha omitido dar estricto cumplimiento al Art. 125 del C.P.P...." (sic). Finalmente la solución pretendida, articulado el Recurso de Casación, la defensa pretende nulidad del Ac. y Sent. N° 16 o su revocación y se proceda al reenvío, conforme lo dispone el Art. 473 CPP, o en su caso, realizar una decisión directa de la apelación especia deducida, conforme lo prescribe el Art. 474 CPP, declarando la extinción de la acción por la duración máxima del procedimiento previsto en el Art, 136 del CPP, plenamente vigente al tiempo de la iniciación de la presente causa.

Como puede corroborarse, las cuestiones sometidas a consideración, es decir, los dos motivos de casación invocados por el recurrente se refieren a una misma cuestión, al estudio de la extinción de la acción penal, no considerada por los órganos jurisdiccionales inferiores.

Previo al estudio de los motivos invocados como fundamentos del Recurso de Casación, corresponde la verificación en esta instancia de la vigencia de la acción penal, pues de haber transcurrido el plazo máximo de duración del procedimiento, resultaría innecesario el estudio de recurso extraordinario de casación.

Del recuento de las actuaciones cumplidas en la presente causa, verificamos que el acta de imputación, presentada por el entonces Agente Fiscal de la causa Rafael Fernández Alarcón en fecha 04.10.2002, fue notificada a la indiciada el 24 de febrero de 2003 (fs. 15); este acto procesal constituye el inicio del procedimiento y, el tiempo a partir del cual debe computarse el plazo de duración máxima del procedimiento. Seguidamente se observa que luego de la acusación presentada en fecha 23.11.2004, posterior al sobreseimiento provisional decretado (A.I. N° 1584 del 27.11.2003, fs. 87, 88), se ordena la reapertura de la

causa y se convoca a la audiencia preliminar (A.I. N° 351 04.03.2005, fs. 104). En fecha 22 de setiembre de 2006, se ordenó la apertura del juicio oral y público (A.I. N° 1878 del 22.09.2006, fs. 194-197). Finalmente, el Tribunal de Sentencia integrado por los jueces, abogado Wilfrido Peralta Argüello, en calidad de Presidente y, como miembros titulares, los jueces Ricardo Medina y Enrique Alfonso Gastó, dicta la S.D. N° 258 del 29.08.2008, condenando a la Acusada a la sanción, pena privativa de libertad de 2 (dos) años (fs. 218-228).

Como puede corroborarse, de las constancias precedentemente enumeradas, la sentencia definitiva fue pronunciada habiendo trascurrido en exceso el plazo de tres años previstos para la duración máxima del procedimiento; tal afirmación resulta igualmente válida, aun teniendo en consideración la extensión del plazo de duración máxima del proceso, prevista por la Ley 2341/2003 del 31.12.2003, no aplicable por expresa disposición del Art. 14 de la Constitución Nacional.

La circunstancia apuntada no puede pasar desapercibida en esta instancia por tratarse –la prescripción– de una institución de orden público, prevista en beneficio del ciudadano y limitativa del ius punendi por parte del Estado; en consecuencia, al haberse comprobado el fenecimiento del plazo previsto en el Art. 136 del CPP, corresponde declarar extinta la acción penal en la presente causa y; de conformidad a lo dispuesto en el Art. 359 inc. 3° del CPP, sobreseer definitivamente a la Sra. A.B.O., declarando que la formación de la presente causa no afecta su buen nombre y honor.

Por último, igualmente soy del parecer que en atención a las consecuencias que trae aparejada la extinción de la acción penal por morosidad judicial, donde la víctima deberá ser indemnizada por los funcionarios actuantes, salvo prueba en contrario, se ordene la remisión de las compulsas de estos autos al Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, a fin de la determinación de los responsables por dilaciones indebidas, retardo injustificado o ejercicio abusivo del derecho, que pudieran configurarse en la tramitación del presente proceso. Es mi voto.

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

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,
RESUELVE:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. DECLARAR admisible el recurso de casación interpuesto por el Abog. E.A.M. contra el Acuerdo y Sentencia N° 16 de fecha 25 de marzo de 2009, dictada por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Cuarta Sala de la Capital.

2. DECLARAR que en la causa penal seguida a A.B.O. sobre Producción de Documentos no Auténticos, se ha operado la extinción de la acción, por haberse cumplido en exceso el plazo previsto en el Art. 136 del Código Procesal Penal para la duración del proceso.

3. DECRETAR EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO de la SRA. A.B.O. de conformidad al Art. 359 inc. 3) del Código Procesal Penal.

4. DISPONER la remisión de los autos al Juzgado de Ejecución competente a los efectos de que ordene el levantamiento de las medidas cautelares que pesen sobre A.B.O., previa comprobación exhaustiva de que la misma no registre otra orden restrictiva de libertad dictada por juez competente.

5. REMITIR compulsas de estos autos al Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia a los efectos previstos en el exordio que antecede.

6. ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y Gladys Bareiro.

Ante mí: Norma Domínguez, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 23

***Cuestión debatida:** El objeto del pronunciamiento de esta Sala consiste en dilucidar si la privación de libertad que soporta J. CH. P. es o no ilegal, para así determinar la procedencia o no de la solicitud por la vía constitucional promovida.*

HABEAS CORPUS.

Para que prospere el habeas corpus se requiere inexorablemente la “privación ilegal de libertad”. En el caso concreto y a la luz de las circunstancias acreditadas en las constancias de autos, la medida de reclusión impuesta no resulta ilegal puesto que la privación de libertad ambulatoria se halla fundada en una resolución judicial, emanada de un órgano jurisdiccional competente (Tribunal Colegiado de Sentencia), resolución que a su vez fuera confirmada por

el Tribunal de Apelación, hallándose pendiente de resolución en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra ésta última.

HABEAS CORPUS. RECURSO DE CASACIÓN.

En consecuencia, al hallarse pendiente de resolución el recurso extraordinario de casación, en la misma instancia y por la vía ordinaria en que se haya promovido esta garantía constitucional, hacen que deba primar el procedimiento ordinario en su resolución y no el Habeas Corpus, caso contrario, se podría dar la situación de duplicidad de resoluciones sobre el mismo punto debatido, como la posibilidad de resoluciones contradictorias, originando un escándalo jurídico.

CSJ. Sala Penal. 21/02/13. “Habeas Corpus reparador presentado por el abogado C. F.V. a favor del señor J. CH. P.” (Acuerdo y Sentencia N° 23).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la garantía constitucional solicitada?

Practicado el sorteo previsto por la Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Doctores OCAMPOS GONZÁLEZ, BRAY MAURICE y JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL MIEMBRO PREOPINANTE DOCTOR OCAMPOS GONZÁLEZ DIJO: El abogado Carlos Fernández Villamayor, en representación del señor J. CH. P., promueve Habeas Corpus Reparador, en base a los siguientes fundamentos: “... la persona afectada por el acto ilegítimo se encuentra actualmente privado de su libertad por Resolución N° 64 del 28 de diciembre de 2009, por la que se ha ordenado su prisión preventiva, resolución confirmada por los fallos A.I. N° 339 del 12 de noviembre de 2012, emanada del Tribunal de Sentencia conformado por los jueces ELIO RUBÉN OVELAR, como presidente, y VÍCTOR HUGO ALFIERI y MARÍA LUZ MARTÍNEZ como miembros y su confirmatoria el ACUERDO Y SENTENCIA N° 248 de fecha 3 de diciembre de 2012, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, de la Capital, 4ª Sala, resolución que se halla atacada ante la Sala Penal por Recurso Extraordinario de Casación. Del modo expuesto quedan holgadamente satisfe-

chas, amén de invocada, las demás exigencias de índole formal previstas en el Artículo 7 numerales “a” y “b” de la Ley N° 1.500/99. ... Mi representado, el ciudadano J. CH. P., aún se encuentra privado de su libertad bajo el régimen de prisión preventiva, sin que se haya dictado a la fecha una sentencia condenatoria en su contra, hallándose privado de libertad de manera ilegal durante más de 3 (tres) años y 1 (un) mes a la fecha de la interposición de la presente garantía constitucional” (sic).

Termina solicitando que se haga lugar al Habeas Corpus Reparador y en consecuencia ordenar la libertad del ciudadano J. CH. P.

Dando inicio al procedimiento, de conformidad al Art. 133 numeral 2 de la Constitución Nacional, a la garantía constitucional planteada se le imprimió el trámite de ley, por providencia de fecha 31 de enero de 2013, oficiándose al Juzgado de Sentencias a cargo del abogado Elio Ovelar, a fin de eleve un informe en relación al proceso penal que se le sigue al señor J. CH. P., sobre el estado actual del mismo, debiendo acompañar copias autenticadas, como asimismo, a la Penitenciaría Nacional de Tacumbú, a los efectos de que informe si el referido ciudadano guarda reclusión en esa institución, y a la Jefa de antecedentes penales, para que eleve la planilla de antecedentes.

A fs. 29 se encuentra agregado el Oficio del director de la Penitenciaría Nacional, en el que informa que el señor J. CH. P. guarda reclusión en dicha institución.

A fs. 30 se encuentra el informe de Antecedentes Judiciales, en el que consta por un lado un expediente sobre Exhorto con fines de Extradición, y otro por Lavado de Dinero.

Por último a fs. 41/42 consta el Informe del Juez Penal de Sentencia, abogado Elio Rubén Ovelar, sobre el estado actual de la causa que por Lavado de Dinero se le sigue al Señor J. CH. P.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA DEL HABEAS CORPUS REPARADOR.
El dispositivo implementado constituye una garantía de rango constitucional. En efecto el Artículo 133 inciso 2 de la Constitución Nacional dispone que en virtud de Habeas Corpus Reparador: *“toda persona que se halle ilegalmente privada de su libertad puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso. ...”*. En concordancia con la norma transcrita, el Artículo 19 de la Ley 1500/99 expresa: *“Procederá el habeas corpus reparador en los casos que se invoque la privación ilegal de la libertad física de una persona”*.

El objeto del pronunciamiento de esta Sala consiste en dilucidar si la privación de libertad que soporta J. CH. P. es o no ilegal, para así determinar la procedencia o no de la solicitud por la vía constitucional promovida. En ese sentido, se debe resaltar que el Habeas Corpus Reparador es una vía excepcional por la que se busca reparar la ilegalidad de una privación de libertad, cuando se demuestre que los mecanismos procesales ordinarios rectamente empleados no han podido restablecer el imperio de la legalidad o que no es susceptible que lo hagan en el futuro, por lo que su ejercicio debe compatibilizarse con las disposiciones que fijan la competencia de los órganos del procedimiento, porque de lo contrario se corre el riesgo de la desnaturalización del instituto constitucional a través del cual se operaría la sustitución de los jueces naturales de la causa, que trastrocaría el régimen procesal ordinario cuya reglamentación prevé una amplia y generosa posibilidad de debate, por oposición al breve y sumario trámite que rige la sustanciación del Habeas Corpus.

En el caso concreto, de acuerdo a los propios argumentos del peticionante a favor de su defendido, surge que este último soporta una causa en procedimiento ordinario, por la supuesta perpetración del hecho punible de Lavado de Dinero, en el que se ha dictado la medida cautelar de prisión preventiva, resolución que fuera confirmada por el Tribunal de Apelación en lo Penal Cuarta Sala de Asunción, y actualmente ésta última se halla impugnada por la vía del Recurso Extraordinario de Casación, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y pendiente de resolución, agregándose a ello que el argumento de la supuesta ilegalidad de la medida se basa en el hecho de que la misma se ha prolongado por más de tres años, excediendo a su entender el periodo máximo de duración de la privación de libertad.

Al estudio del planteamiento formulado en la forma descripta por el peticionante y las constancias de autos expuesta precedentemente, como asimismo las disposiciones que rigen la materia, se advierte que la garantía constitucional promovida deviene **NOTORIAMENTE IMPROCEDENTE** conforme los argumentos que se exponen a continuación.

Para que prospere el habeas corpus se requiere inexorablemente la “privación ilegal de libertad”. En el caso concreto y a la luz de las circunstancias acreditadas en las constancias de autos, la medida de reclusión impuesta al Señor J. CH. P., no resulta ilegal puesto que la privación de libertad ambulatoria se halla fundada en una resolución judicial, emanada de un órgano jurisdic-

cional competente (Tribunal Colegiado de Sentencia) resolución que a su vez fuera confirmada por el Tribunal de Apelación, hallándose pendiente de resolución en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra ésta última.

En consecuencia, al hallarse pendiente de resolución el recurso extraordinario de casación, en la misma instancia y por la vía ordinaria, en que se haya promovido esta garantía constitucional, hacen que deba primar el procedimiento ordinario en su resolución y no el Habeas Corpus, caso contrario, se podría dar la situación de duplicidad de resoluciones sobre el mismo punto debatido, como la posibilidad de resoluciones contradictorias, originando un escándalo jurídico.

A mayor abundamiento, se debe resaltar lo establecido en el artículo 26 de la Ley N° 1500/99, que expresa: “*Caso de privación de libertad por orden escrita de autoridad judicial. Si el informe expresara que la persona se halla privada de libertad en virtud de orden escrita de autoridad judicial, individualizando a ésta y acompañado esa orden escrita, el juzgado, previa verificación inmediata de la veracidad del informe, dentro del plazo de un día dictará sentencia definitiva rechazando el habeas corpus, remitirá los antecedentes a quien dispuso su detención y pondrá en conocimiento de todo ello a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. ...*”.

Al afirmarse la legalidad de la reclusión decretada contra J. CH. P. en la causa sobre Lavado de Dinero, corresponde explicar las razones por las que se considera jurídicamente inconsistente el argumento expuesto en la petición de Habeas Corpus. En ese orden de consideraciones, se debe resaltar, que si bien son ciertas las alegaciones del recurrente, en el sentido que la privación de libertad ha excedido el tiempo de dos años estatuido en el artículo 236 del Código Procesal Penal, para duración de la privación de libertad por vía de la prisión preventiva, pero la disposición como hemos dicho se halla pendiente de estudio y resolución en esta instancia por vía del recurso extraordinario de casación.

En ese sentido el Art. 253 del Código Procesal Penal, al regular el trámite en las apelaciones contra resoluciones que disponen medidas cautelares, preceptúa: “la interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento de la medida apelada”, por lo que cualquiera fuera la decisión adoptada sobre las medidas cautelares son de cumplimiento efectivo, por lo que la eventual interposición de

un recurso que tendría, en el caso examinado, la virtualidad de negar la firmeza del fallo, no puede tener la capacidad suspensiva de los efectos de la medida cautelar de prisión preventiva, extremo que explica la legalidad de la reclusión carcelaria.

A todo lo expuesto, se debe considerar que la Sala Penal, al igual que los demás órganos jurisdiccionales, tienen la ineludible obligación de asegurar el sometimiento de los justiciables a los mandatos de la justicia, y ante la existencia de la eventual realización del juicio oral y público, en el que pueda recaer sentencia condenatoria, fijado para los días 5 y 6 de marzo de 2013, resulta imperativa la vigencia de las medidas restrictivas impuestas a los efectos de asegurar su efectivo cumplimiento, sin perjuicio, que mediante la implementación de los medios procesales impugnativos sean susceptibles de ser articulados por la respectiva defensa, se obtenga una suerte procesal favorable.

Los cuestionamientos tendientes a demostrar las falencias del procedimiento respecto a quien se halla sometido a un órgano jurisdiccional, no pueden resolverse por la vía del Habeas Corpus, sino por las vías ordinarias y ante el órgano jurisdiccional que gerencia el proceso penal, respecto de cuyas resoluciones, en caso de agravios, existen para las partes los medios legales correspondientes expuestos en la ley penal de forma, que rige la tramitación del proceso. En otros términos, se puede decir, que el Habeas Corpus, por el esquema estructural de su ley regulatoria, no puede servir para sustraer del juez de la causa un caso que está tramitando o que debe tramitar, porque además de confirmar la existencia de un órgano que goza de plenitud jurisdiccional, el mismo sistema posee variados mecanismos procesales ordinarios que permiten tutelar con rapidez algún derecho o garantía del procesado que pueden verse afectados por aquel acto del órgano jurisdiccional interviniente; renunciar a tales remedios y extenderlo en el contexto de la garantía constitucional planteada, importa una pretendida sustitución del juez natural de la causa y de los procedimientos establecidos en la ley, que exceden el ámbito excepcional del Habeas Corpus.

Este desenlace jurisdiccional es consecuente con el criterio jurisprudencial que sobre la materia viene sustentando la Sala Penal en cuanto afirma que la garantía del Habeas Corpus no es una vía para obtener la resolución de cuestiones procesales puestas a consideración del órgano jurisdiccional competente. (Acuerdo y Sentencia N°1 del 7 de enero de 2008 en el Habeas Corpus Reparador presentado a favor del señor Juan López Bogado y Acuerdo y Sentencia N° 208

del 17 de mayo de 2010, en el Hábeas Corpus presentado a favor del Señor José Fernando Sosa).

Por tanto, a tenor de los fundamentos esgrimidos, la norma constitucional que rige la materia (Art. 133 Inc. 2), a las disposiciones constitucionales y legales citadas (Art. 19, 26 y concordantes de la Ley N° 1500/99; Art. 253 y 454 del Código Procesal Penal) y los precedentes judiciales invocados, corresponde NO HACER LUGAR a la garantía constitucional planteada por el Abogado C. F. V.a favor del Señor J.CH.P. , EN los autos caratulados: “HABEAS CORPUS REPARADOR presentado por el Abogado C. F. V.a favor del señor J.H.P.”. Voto en el sentido y con los alcances expuestos.

Por tanto, atento a las razones señaladas y a las normas constitucionales mencionadas corresponde RECHAZAR la garantía constitucional solicitada. ES MI VOTO.

VOTO DEL MIEMBRO DR. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ: Comparto en líneas generales la opinión del Dr. Gustavo Ocampos, pero considero que debe hacerse la siguiente puntualización: En el *themadecidendum*, son de observancia obligatoria las disposiciones del Art. 133 inc. 2° de la Constitución de la República, en donde se contempla el Hábeas Corpus reparador, a más de la Ley N° 1.500/99 “QUE REGULA LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL HÁBEAS CORPUS”. El Art. 19 de este cuerpo legal establece que ella procederá cuando se invoque la privación ilegal de libertad física de una persona, siendo éste el objeto de comprobación en esta decisión. Por su parte, el Art. 26 de la referida ley dispone cuanto sigue: “**Caso de privación de libertad por orden escrita de autoridad judicial.** Si el informe expresara que la persona se halla privada de libertad en virtud de orden escrita de autoridad judicial, individualizando a ésta y acompañando esa orden escrita, el Juzgado, previa verificación inmediata de la veracidad del informe, dentro del plazo de un día dictará sentencia definitiva rechazando el hábeas corpus, remitirá los antecedentes a quien dispuso su detención y pondrá en conocimiento de todo ello a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”.

La requisitoria legal referida se halla cumplida según el informe obrante a fs. 41/42 en el que se consignan los datos que se relacionan con el proceso en cuestión y que cumplen acabadamente lo preceptuado en este artículo 26 de referencia, pudiendo constatarse con los elementos de juicio arrimados la veracidad del informe. Se puede inferir de esto entonces la existencia de un pro-

ceso penal con jueces de primera y segunda instancia competentes, en donde deben plantearse eventualmente las peticiones que hagan a los derechos del recurrente, incluso interponer las acciones o mecanismos legales correspondientes, del que se desprende inequívocamente la existencia de una orden escrita de autoridad judicial competente.

Genera la petición de Hábeas Corpus ante esta Instancia la vulneración del Art. 236 del C.P.P. referente a la proporcionalidad de la privación de libertad, que estipula que ello no debe durar más de 2 (dos) años, adjuntándose jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, también se alega la violación de los artículos 16, 17, 19 y 137 de la C.N., los artículos 4 y 74 inc.1° del C.P.P., el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica (Art. 8 – Garantías Judiciales), alegándose sustancialmente que la ilegitimidad de la privación de libertad se configura con el transcurso del tiempo y no con la falta de orden judicial escrita. Es copioso el escrito en cuanto a aportar jurisprudencia que justifique sus pretensiones, sin embargo, debemos expresar que la cuestión alegada por el recurrente se circunscribe en un campo estrictamente procesal. En efecto, el recurrente cuenta con los resortes o herramientas procesales que puede emplear para exponer sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales naturales con competencia material para entender en el asunto, siendo inidónea la reclamación de la garantía constitucional del Hábeas Corpus para cuestionar u objetar las resoluciones judiciales, más aún cuando se cuenta con órganos de jurisdicción superiores que aún no se han pronunciado definitivamente sobre el tema en tratamiento y que son los competentes para la dilucidación de la petición formulada erróneamente por esta vía.

El ordenamiento jurídico regula diversos mecanismos procesales ordinarios a los que puede acceder el recurrente para buscar la protección de algún derecho o garantía cuando ellos sean objeto de afectación por alguna decisión judicial. En el caso en estudio, el Hábeas Corpus es inconducente para la solución pretendida, y sostener lo contrario significaría algo tan grave como la sustitución del Juez Natural de la causa y de los procedimientos estatuidos en la Ley, por lo que definitiva e inexorablemente, la petición efectuada está fuera de la órbita de la garantía constitucional de marras.

La Sala Penal de la Corte Suprema viene manteniendo invariablemente esta posición, en fallos entre los que se puede citar el Ac. y Sent. N° 212 de fecha 18 de mayo de 2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sobre la base de estos breves argumentos y de las disposiciones legales citadas, corresponde no hacer lugar a la concesión de la garantía constitucional del Hábeas Corpus reparador planteado por la defensa técnica. ES MI VOTO.

A su turno el doctor BRAY MAURICE manifiesta que se adhiere a los votos que anteceden por compartir los mismos fundamentos.

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:

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,

RESUELVE:

NO HACER LUGAR al Habeas Corpus Reparador planteado por el abogado C.F.V. a favor del señor J.CH.P., conforme a las consideraciones expuestas en el exordio del presente fallo, y con sustento constitucional en el Art.133 inciso 2 de la Carta Magna.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Carlos Bray Maurice, José Agustín Fernández Rodríguez y Gustavo Adolfo Ocampos González.

Ante mí: Karina Penoni de Bellasai.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 166

Cuestión debatida: *Si corresponde o no, continuar pagando los beneficios acordados a un cargo, luego de que el funcionario deja de ejercerlo.*

FUNCIONARIO PÚBLICO. ESTABILIDAD LABORAL.

La nombrada institución al dictar la resolución cuestionada en estos autos, se apartó del principio de legalidad que debe regir los actos emanados de ese órgano. Digo que se apartó del mencionado principio y que ha violado el derecho de permanencia en el cargo de los funcionarios, esta opción de continuación llamada también “derecho del cargo”, implica no solamente la pertinencia a *no ser separado de la función pública sino por justa causa determinada en sumario administrativo*, cosa que no ha ocurrido en autos. Esto también se refiere al poder que le asiste a todo funcionario público a no ser trasladado o nombrado en cargos de categoría inferior a los que ocupaba y menos aún cuando la remune-

ración no sea similar, pues este hecho además de ser ilegal, resulta agravante para el afectado.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos laborales.

Corresponde señalar que tenemos los artículos 101 y 102 de la Constitución Nacional, que establecen la figura de la estabilidad laboral, entre los derechos del funcionario público al decir los funcionarios y empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la Sección Derechos Laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la ley y con resguardo de los derechos adquiridos. Estos derechos otorgados al trabajador son irrenunciables, según los términos del art. 86 de la C.N. Por otra parte la Ley 1.626/00 “De la Función Pública”, también se refiere a los mencionados derechos al regular la situación jurídica de los funcionarios y empleados públicos con las entidades del estado, así las cosas, el artículo 37 establece: “El funcionario público podrá ser trasladado por razones de servicio. El traslado será dispuesto por la autoridad competente y deberá ser de un cargo a otro de igual o similar categoría y remuneración”. El artículo 47 dispone que: “se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública”.

Que, esta Sala Penal ya se ha expedido al respecto señalando que: “...El movimiento intermitente de un cargo a otro dentro de esta categoría especial no altera su condición de personal administrativo superior, cualquiera que fuere el cargo ocupado... Está demás resaltar que hubo pérdida de categoría y además que su remuneración entendida genéricamente como comprensiva de salarios, bonificaciones por responsabilidad en el cargo, gastos de representación y demás accesorios legales, estos últimos por estar debidamente presupuestados. En otras palabras, si estuvo presupuestado es porque se previó en la Ley de la Nación y en consecuencia ello implica una orden que el estado dispone sea cumplida por parte de los principales responsables del máximo nivel de la Institución Pública demandada. *El hecho jurídico de que estuviera presupuestado por ley releva de toda responsabilidad al servidor público porque la cuestión no es meramente producto de reglamento sino más bien es voluntad exlegecuya eficacia jurídica no puede ser menoscabada vía reglamento*”.

CSJ. Sala Penal. 12/04/13. C.G.M.G. c/ Resolución N° 15, Acta N° 8 de fecha 5 de febrero de 2010, dictado por el Directorio del Banco Central del Paraguay” (Acuerdo y Sentencia N° 166).

Previo el 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 ella ajustada a derecho?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la Dra. PUCHETA de CORREA DIJO: De la lectura del escrito de expresión de agravios se observa que el recurrente no fundamentó el recurso de nulidad. Por lo demás, como no se observan en el fallo recurrido vicios o defectos que ameriten la declaración de oficio de su nulidad en los términos autorizados por los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil, corresponde en consecuencia desestimar este recurso. ES MI VOTO.

A su turno los doctores BLANCO y BAJAC manifiestan que se adhieren al voto de la Dra. PUCHETA de CORREA por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, la Dra. PUCHETA de CORREA prosiguió diciendo: El actor de la demanda impugnó en autos la Resolución N° 15, Acta N° 8 de fecha 5 de febrero de 2.010, por la cual el Directorio del Banco Central del Paraguay, resolvió: 1. “*Disponer que el funcionario C.G.M.G., pase a prestar servicios como Adscripto de la Gerencia General de la Institución, con antigüedad de la fecha de la presente resolución*; 2. *Dar las gracias por los servicios prestados al funcionario , en el ejercicio de sus funciones como Director del Departamento de Asesoría en Administración*”. La entidad fundó la determinación tomada, en el Art. 8° de la Ley N° 1.626/00, de la Función Pública, según el cual el cargo que ocupaba era de confianza y, por ende, sujeto a libre disposición.

El representante del Sr. C.G.M.G., sostiene que dicho traslado configura un agravio a los derechos laborales adquiridos de su mandante, pues cercena gravemente su remuneración. En base a lo preceptuado en el Art. 37 de la Ley N° 1.626/00, señala que el traslado no puede afectar su categoría y remuneración, cercenando derechos laborales garantizados y protegidos jurídicamente. Añade

que el perjuicio económico que se deriva de la resolución cuestionada, es de G. 3.216.920, concernientes a los rubros Responsabilidad en el Cargo y Gastos de Representación. Ante tal circunstancia, solicita al Tribunal de Cuentas que ordene la devolución de sus derechos laborales cercenados y la conservación permanente de los mismos, por corresponder a derecho. El A-quo, por Acuerdo y Sentencia N° 543/11, hizo lugar a lo solicitado con costas, argumentando que los funcionarios designados en cargos de confianza, al ser removidos deben conservar los derechos laborales adquiridos, incluyendo la remuneración que percibía, la que no puede ser suprimida ni disminuida, pues de no ser así, se estarían conculcando derechos adquiridos por el accionante.

El representante de la entidad demandada, en su escrito de expresión de agravios, que glosa a fs. 99/104 de autos, manifiesta que el Tribunal interpretó erróneamente los conceptos de Cargo de Confianza y Derechos Laborales Adquiridos, así como la normativa aplicable. Con sustento en el Art. 8 de la Ley N° 1.626/00, sostiene que los derechos adquiridos son obtenidos en el cargo Anterior y no hacen derecho adquirido los del Cargo de Confianza. El Tribunal erróneamente le otorga los beneficios reclamados desvirtuando lo dispuesto en el Art. 37 de la Ley De la Función Pública. Luego de aclarar que el Sr. Morínigo no impugnó su nueva designación, sino los beneficios patrimoniales que percibía cuando era Director, añade que es impensable que el accionante sea beneficiado con un rubro por Responsabilidad en el Cargo o Gasto de Representación, cuando ya no ostenta ni representa dicho cargo, rubros que son asignados a quien hoy en día lo ocupa. El sobresueldo reclamado por el accionante, de acuerdo lo dispuesto en la Resolución N° 4, Acta N° 5 del 17 de enero del 2002, acto administrativo no impugnado por la parte actora, sólo corresponde percibirlo a quien está en ejercicio del cargo, razón por la cual no se le puede otorgar dicho reclamo. La máxima instancia del Banco ha dispuesto su cesantía en el cargo y traslado a otro departamento dentro de los parámetros legales, pues siendo el cargo de confianza, un cargo removible por determinación unilateral del órgano, no puede pretenderse que los beneficios le sean incorporados definitivamente al administrado cuando el cargo es transitorio. En base a los fundamentos expuestos, concluye solicitando la revocación del fallo apeado con costas.

La cuestión controvertida en el presente acaso, es si corresponde o no, continuar pagando los beneficios acordados a un cargo, luego de que el funcio-

nario deja de ejercerlo. En el caso de autos, se advierte que el accionante se desempeñaba en el cargo de Director del Departamento de Asesoría en Administración, del Banco Central del Paraguay, al cual accedió mediante la Res. N° 21, Acta N° 15, del fecha 10 de mayo del 2007 y por el cual percibía una asignación básica más gastos de representación. Por Resolución N° 15, Acta N° 8 de fecha 5 de febrero del 2010, se le da las gracias al Sr. C.G.M.G. por los servicios prestados en dicho cargo y se lo designa como Adscripto de la Gerencia General de la Institución. Este cambio trajo aparejado una disminución en el salario del citado funcionario, pues dejó de percibir la suma que correspondía al rubro, Gastos de Representación y en el rubro Responsabilidad en el Cargo, hubo una disminución.

Primeramente, cabe precisar que el cargo de Director del Departamento de Asesoría en Administración, del Banco Central del Paraguay, por expresa disposición del Art. 8°, de la Ley N° 1.626/00, es un cargo de confianza y, por ende, la persona que ocupe dicho cargo puede ser removido por quien esté facultado para ello y sin necesidad de que medie sumario. En el caso de autos, como el accionante era un funcionario con estabilidad laboral antes que ocupara el cargo de confianza, conserva los derechos adquiridos en el anterior cargo. En lo que respecta a los beneficios que percibía cuando ocupaba el cargo de Director, no corresponde que el mismo siga percibiéndolo, de acuerdo al Art. 29 del Estatuto del Personal, vigente conforme al Resolución N° 4, Acta N° 5 de fecha 17 de enero de 2002, del Directorio del Banco Central del Paraguay, que dispone: “*El Personal Superior, los Jefes de División, Jefes de Sección, Secretarios y otros cargos similares, percibirán el sobresueldo por responsabilidad en el cargo y otros beneficios inherentes al cargo, que se establece en el presupuesto del Banco, mientras estén en el ejercicio del mismo*”. También debe aclararse, que no se ha violado lo dispuesto en el Art. 37 de la citada Ley de la Función Pública, que en cuanto al traslado de un funcionario establece: “...*deberá ser de un cargo a otro de igual o similar categoría y remuneración*”, porque para el caso en particular rige lo dispuesto en la última parte del Art. 9°, que preceptúa: “*Cuando se produzca la cesantía de un funcionario con estabilidad que hubiera estado ocupando un cargo de confianza, el afectado podrá optar por volver a las funciones que cumplía con anterioridad o por recibir la indemnización prevista para los despidos sin causa*”. En lo que atañe a las remuneraciones percibidas en función al cargo que se ocupa, estas no constituyen una suerte de propiedad

del funcionario, ni significa un desmedro o disminución ilegal el dejar de percibir esas remuneraciones extraordinarias establecidas en razón del ejercicio del cargo. Los gastos de representación, el adicional de responsabilidad jerárquica o los establecidos para un cargo específico no constituyen salario a los efectos legales, en primer lugar porque **son destinados para el cargo y no para la persona**, en segundo lugar, porque generalmente constituyen liberalidades que pueden ser dejadas sin efecto, están sujetas al presupuesto y son de carácter variable. Resultaría ilógico y atentaría directamente contra todo principio de administración racional de los Recursos del Estado pretender que todo aquel que ocupe circunstancial y temporalmente un cargo de confianza, al salir de mismo, tenga que seguir percibiendo todos los benéficos de ese cargo.

Esta representación, en casos similares al que nos ocupa, ha sostenido en forma uniforme y reiterada que las bonificaciones y gratificaciones en cuanto a la responsabilidad en el cargo, bajo ningún concepto pueden ser asignados al personal Directivo o Administrativo del BCP que no ocupe dicho cargo por el principio de razonabilidad que impera en el derecho administrativo, en concepto de cargo retenido. Dichos beneficios corresponden ser percibidos mientras duren en la función que goce dicha asignación. Ver: Acuerdo y Sentencia N° 21 de diciembre del 2008, Acuerdo y Sentencia N° 499 del 7 de julio del 2009, Acuerdo y Sentencia N° 887 del 21 de diciembre del 2009, entre otros.

En base a las consideraciones hechas precedentemente, las normas legales citadas y la jurisprudencia, soy del parecer que el fallo recurrido debe ser revocado. En cuando a las costas, las mismas deben ser impuestas en ambas instancias a la parte perdedora, en virtud del principio contenido en el art.192 del C.P.C. ES MI VOTO.

A su turno el Dr. BLANCO manifiesta que: El Tribunal de Cuentas 2ª Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 543 de fecha 22 de diciembre de 2011, resolvió: “1. HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa instaurada en estos autos por el señor C.G.M.G. contra la Resolución Nro.15 Acta N° 8 de fecha 5 de febrero del 2010, del Directorio del Banco Central del Paraguay, y en consecuencia: 2. REVOCAR el acto administrativo atacado y DISPONER la devolución de los beneficios laborales no percibidos desde la fecha que ha dejado de percibir el señor C.G.M.G. y el resguardo de los derechos adquiridos, con los alcances consignados en el exordio de la presente resolución. 3. IMPONER LAS COSTAS a la parte perdedora, 4) ANOTAR, notificar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia”.

Contra dicha sentencia se agravia la parte demandada, quien a través del Abog. CARLOS MORALES en nombre y representación del Banco Central del Paraguay, contesta el memorial obrante a fs. 99/104, con réplica de la contraria obrante a fs. 106/110 de autos.

ARGUMENTO DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

APELANTE-BCP: Se agravia en contra de la precitada resolución, señalando que la revocatoria de la resolución dictada en el Acuerdo y Sentencia objeto de recurso, importaría necesariamente que el administrado vuelva a ocupar el mismo cargo, no así que se apropie de los beneficios de un cargo no ostentado. Añadió que si la intención era impugnar la resolución que lo excluía de los beneficios del cargo, se hubiera atacado la Resolución N° 4, Acta N° 5 de fecha 17/01/02, que dispone: “El Personal Superior, los Jefes de División, Jefes de Sección, Secretarios y otros cargos similares percibirán el sobresueldo por responsabilidad en el cargo y otros beneficios inherentes al cargo, que se establezcan en el presupuesto del Banco mientras estén en el ejercicio del cargo...”(sic). Agrega que el Tribunal de Cuentas no tiene competencia ni potestad para resolver:” (...) consecuencia disponer que el señor C.G.M.G., conserve la remuneración que venía percibiendo en su anterior puesto (...) (sic). Esto en virtud de dos razones simples y lógicas del Derecho Administrativo: 1. El Tribunal de Cuentas solo tiene facultad de entender sobre la legitimidad de los actos administrativos y el alcance de sus fallos solo puede CONFIRMAR O ANULAR el acto impugnado. 2. El Tribunal de Cuentas no tiene facultad de modificar, reformar o sustituir actos administrativos. Que así también, de que derecho adquirido se habla?, cual es el derecho adquirido trasgredido si expresamente se hablan de beneficios que le corresponden por ostentar un cargo clave. Se hablaría de un derecho adquirido sobre compensaciones pecuniarias sucesivas que le corresponden al desempeño de las personas y que se registra de manera voluntaria, reiterativa y por un espacio de tiempo determinado y sobre un rubro designado específicamente al administrado. Nada de esto ha ocurrido aquí, pues el beneficio le corresponde al cargo, cesa el cargo, cesa el beneficio. Que, lo grave de este tipo de fallos se encuentra en la incoherencia en que recae el Tribunal otorgando derechos sobre cuestiones no debatidas y vulnerando principios rectores instituidos como la esencia misma del Derecho Administrativo. Que, en resumen, hemos demostrado y reafirmado conceptos e instituciones centrales del ordenamiento jurídico administrativo. Los cargos de confianza son instituciones pro-

pías taxativamente prescriptas en la Ley de la Función Pública. Siendo el “cargo de confianza” un cargo removible por simple determinación unilateral del órgano y no sujeto a indemnizaciones, no puede pretenderse que los beneficios le sean incorporados definitivamente al administrado cuando el cargo sea transitorio. Y que encima de todo, que se intente restituir “beneficios de un cargo” mediante la impugnación de una resolución que lo “designa en un nuevo cargo”, esto resulta descabellado, pues el efecto inmediato de revocar la resolución de designación sería restituirlo al cargo de confianza del cual fuera removido, y entonces se vulneraría el derecho del BCP de disponer libremente de dichos cargos, contrariando la esencia del Derecho Administrativo. *Finaliza peticionando se dicte resolución revocando la resolución recurrida en todas sus partes con expresa condenación de costas.*

ACCIONANTE: Contesta el traslado de los agravios y responde a la fundamentación del Recurso de Apelación enfatizando que: “...En primer lugar incurre en error el recurrente al manifestar que mi parte solo reclama los beneficios económicos derivados de su cargo anterior, nótese que en el escrito de promoción obrante a fs. 23 a 30 de autos, hacemos referencia en todo momento a los derechos laborales adquiridos –ello implica el cargo o un cargo similar– y los beneficios económicos derivados del mismo, por lo que se solicita en el petitorio se revoque la resolución objetada, y la preservación y vigencia de los derechos y beneficios laborales adquiridos. Mi parte en todo momento hace referencia a los derechos y beneficios laborales, ello implica que el Acto Administrativo atacado e impugnado en su totalidad debe ser revocado, en razón a que se ha creado un derecho subjetivo a favor del derecho habiente (el interesado), y a la vigencia del principio de que “Los actos administrativos son en principio irrevocables, debido a la seguridad jurídica y buena fe que ampara las situaciones por ellos creadas”. Que el Tribunal de Cuentas, 2ª Sala, en su considerando ha referido con absoluta claridad que los funcionarios designados en cargos de confianza, al ser removidos deben conservar los derechos laborales adquiridos, incluyendo la remuneración que percibía, la que no puede ser suprimida ni disminuida. Mayor claridad aún se observa en el considerando del A-quem obrante a fs. 90, cuando se lee: “En general se entiende adquirido un derecho cuando se han realizado los presupuestos de hecho necesarios y suficientes para su nacimiento o adquisición, de conformidad con la ley vigente para la época en que se cumplieron, de modo que, en su virtud, se haya incorporado inmediatamente al patri-

monio de su titular y no puede ser revocado por el conferente o por terceros, sean personas naturales o entes públicos o privados” (sic). Sigue manifestando el Tribunal inferior, que el propio maestro Savigny ha apuntado: “...el derecho adquirido es irrevocable, es el derecho nuestro, el derecho que legítimamente nos pertenece, que ha ingresado en nuestro patrimonio, el que ya no puede sernos arrebatados por el hecho de un tercero...”. A lo manifestado, agregan que “...tampoco se puede soslayar una garantía de rango constitucional como la consagrada en el art. 102 de la C.N. que dispone: “Los funcionarios y empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la ley y con resguardo de los derechos adquiridos”. Lo que ha obviado manifestar la adversa es, toda acción genera una reacción, vale decir, el nombramiento o designación siempre genera derechos a favor del funcionario, y ante la destitución “¿cómo quedan los derechos laborales adquiridos?” del afectado, ¿simplemente se dejan de respetarlos?, ¿aunque ello implique una violación de sus derechos constitucionales previstos en el art. 102 de la C.N.?, ¿o genera alguna consecuencia? Justamente para salvaguardar los derechos laborales adquiridos es que se ha consagrado en nuestra Carta Magna (art. 102) dicha garantía a favor de los funcionarios públicos y privados, es por ello que se debe tener un extremo cuidado en el nombramiento del funcionario en un cargo elevado, y para ello se deberían tener en cuenta su carrera, sus méritos, capacidad y aptitudes, que son la base fundamental para asegurar a la Administración la provisión del personal idóneo, así como para garantizar a todos la igualdad en el acceso a dichas funciones. En el caso que nos ocupa, mi mandante C.G.M.G. cuenta con 22 años de antigüedad en el Banco Central del Paraguay, ha sido designado Personal Superior del Banco, cuenta con cursos de grado y posgrado, como Maestría en Administración de Empresas, ha cumplido múltiples funciones en el exterior, en varios países, como Brasil, Costa Rica, España, México, además de haber desarrollado una extensa carrera bancaria, fruto de su esfuerzo y su dedicación (ver documentos agregados a fs. 8 a 20 de autos) que se ofrece como prueba en esta instancia, no estamos en presencia de una persona improvisada o nombrada por cuestiones ajenas a la carrera, por lo que debe ponerse énfasis en el extenso currículum del recurrente y su foja de servicios para tener una visión horizontal de la cuestión debatida. En consecuencia, para un correcto juzgamiento de la causa, se debe hacer un análisis desde ambos

ángulos, desde la propia Administración en el nombramiento de cargos delicados, y desde la óptica del funcionario, quién al acceder al cargo, accede a un derecho que legítimamente le pertenece, que no puede ser arrebatado en forma incólume o sin consecuencia. Por ello, en todos los casos se debe tener sumo cuidado y respetar estrictamente lo dispuesto en la ley para el nombramiento de personas en determinados cargos, atendiendo a las consecuencias que una ulterior destitución pueda acarrear, como el caso que nos ocupa. En el supuesto que el funcionario haya incurrido en alguna irregularidad, existen los resortes legales o procesales (sumario administrativo, denuncias, etc.) que pueden ser articulados para evitar incurrir en excesos o arbitrariedades. En los casos de cargos de confianza, tanto el nombramiento como la destitución generan consecuencias jurídicas y económicas, que deben asumir los órganos, y los agentes que adoptaron dichas resoluciones, puesto que median los derechos laborales adquiridos, de rango constitucional. El maestro Salvador Villagra Maffiodo nos enseña en su obra “Principios de Derecho Administrativo”, Ed. El Foro, pág. 379, cuanto sigue: “No puede concebirse que la Administración Pública tenga otros fines más elevados que la preservación y promoción de los derechos humanos”. Asimismo, cuando se trata de responsabilidades o consecuencias por decisiones del órgano administrador, también ha quedado consagrada la responsabilidad personal del agente, incluso en el derecho administrativo, principio consagrado en el art. 106 de la C.N. que establece que ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad y que en los casos de trasgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho a repetir el pago. En el presente caso, el órgano administrador al tomar la decisión del relevo del funcionario debió designarlo en un cargo similar, respetando su cargo, así como sus derechos laborales económicos, y no limitarse a disponer que el mismo preste servicios en un cargo de menor jerarquía, además de cercenarle parte de su remuneración, como se observa en la Resolución y comprobantes de ingresos obrantes a fs. 5 a 8 de autos. *Finaliza peticionando el respeto pleno e irrestricto de la garantía consagrada en el art. 102 de la C.N. y por tanto el resguardo de todos sus derechos adquiridos.*

ANÁLISIS JURÍDICO. Resulta de interés formular la secuencia de acontecimientos constatados en autos, de tal manera a ubicar convenientemente el siguiente tema a tratar. Queda claro que la cuestión controvertida en el presen-

te caso es si corresponde bajo la figura de un traslado ignorar la jerarquía alcanzada de un funcionario de carrera, con estabilidad y tenerlo disponible “sin funciones o responsabilidades” sin causa justa. Adelanto ya mi respuesta negativa a la situación planteada.

Así las cosas, corresponde señalar en primer lugar que de las documentaciones obrantes en esta litis se desprende que el actor ostenta la calidad de funcionario dependiente de la institución bancaria, al margen de las categorías y cargos ocupados, lo cual le habilita para iniciar este juicio, tiene legitimación activa, ya que ha sido nombrado como personal permanente en virtud de la Resolución N° 1, Acta 1 de fecha 30 de mayo de 1990 (fs. 9/10). Igualmente se ha desempeñado como jefe de la Sección Difusión dependiente de la División de Recursos del Departamento de Informática del BCP. Luego, jefe de División adscripto a la Gerencia de Desarrollo y gestión institucional con rango de jefe, e igualmente fue nombrado (2005) como jefe de Despacho del Directorio del Banco Central del Paraguay, con rango de Jefe de Gerente de Área, para luego en 2007 ser nombrado como director del Departamento de Asesoría en Administración del Banco Central del Paraguay, al cual accedió mediante la Resolución N° 21, Acta 15 de fecha 10 de mayo del 2007 hasta que por la Resolución recurrida N° 15, Acta 8 del 5 de febrero del 2010 se le dan las gracias por los servicios prestados y se dispone que preste servicios como Adscripto de la Gerencia General de la institución. Se advierte en consecuencia que existe el dictado de un acto administrativo del Banco Central del Paraguay, mediante el cual el actor ha ingresado al selecto grupo de funcionarios denominado PERSONAL ADMINISTRATIVO SUPERIOR (PAS) del Banco Central del Paraguay, sin embargo después de haber ocupado cargos de extraordinaria relevancia, el mismo mediante la resolución puesta en crisis es vuelto a designar en un cargo de diferente categoría y diferente o distinta remuneración. He aquí el meollo de la cuestión.

De las probanzas emergen que el actor ha demostrado un menoscabo en su status jerárquico con la nueva asignación, ya que le fueron asignadas nuevas funciones y ha variado ostensiblemente su retribución económica. Este cambio trajo aparejado una deducción en el salario del citado funcionario, hubo una disminución. El hecho que la demandada insista en la pretensión de incluir al accionante en el artículo 8 de la ley de la Función Pública, debido a que el mismo fue cesado en su función y como tal, del ejercicio del cargo que ostentaba porque

–le atribuyen– el rótulo de confianza de conformidad a la disposición legal citada. En cambio, de las constancias de autos podemos afirmar que dichos hechos aseverados por la entidad bancaria están remotamente alejados de la realidad.

Por fin, caben otras reflexiones, en torno al tema: La “confianza” es la esperanza que el empleador tiene de que la conducta del trabajador será intachable. Cuando palidece en la práctica, se llega a la desconfianza, que puede llevar a la inestabilidad en las relaciones laborales. En autos no se llegó a esta situación. Cuando la Ley de la Función Pública creó cargos de confianza, con denominaciones expresas, sus titulares deben cumplir funciones inherentes, de la misma naturaleza, siendo de libre nombramiento y remoción. Aparecen claramente apartados de los servicios de carrera aquellos contratos para cargos de confianzas. La designación o nombre que se le da al puesto o cargo no es decisivo para la calificación (como de confianza), faltando coherencia con la categoría presupuestaria y las tareas efectivas o reales, sea de dirección, inspección, vigilancia, fiscalización o de carácter técnico (Teodosio A. Palomino Ramírez, pág. 170, obra: “Trabajadores de confianza”. Edic. Trafotécnica Editoras, 1989, Lima, Perú). Cuando un funcionario está nombrado en un cargo de confianza, en la categoría correcta, las funciones correspondientes al cargo deben prestarse. El Estado empleador, mediante las personas físicas que integran el gobierno dará ocupación efectiva, para hacer el trabajo, dignificando a la persona (obligación legal). Se evitarán el menoscabo, retiro del rango, zozobra, inseguridad y ansiedad, en homenaje a los derechos humanos del Funcionario. (Ejemplos de persecución laboral o Mobbing puede leerse en la obra “El freezer”, del paraguayo Dr. Dago Fernández López. Edic. AGR, 2006). De lo actuado surge el trato inestable al actor de esta demanda, hecho que no son propios de los cargos-servicios de confianza. La combinación de actividades varias, en el tiempo, siendo algunas de confianza y otras no, convergen para reconocer la condición más ventajosa, de que los dependientes son de carrera, con antigüedad, estabilidad, y con derecho a un trato jurídico-laboral diferente, donde la permanencia en el empleo está mejor garantizada, forma no observada en autos.

En consecuencia, de esto se infiere que la nombrada institución al dictar la resolución cuestionada en estos autos, se apartó del principio de **legalidad** que debe regir los actos emanados de ese órgano. Digo que se apartó del mencionado principio y que ha violado el derecho de permanencia en el cargo de los funcionarios, esta opción de continuación llamado también “derecho del cargo”, impli-

ca no solamente la pertinencia a *no ser separado de la función pública sino por justa causa determinada en sumario administrativo*, cosa que no ha ocurrido en autos. Esto también se refiere al poder que le asiste a todo funcionario público a no ser trasladado o nombrado en cargos de categoría inferior a los que ocupaba y menos aun cuando la remuneración no sea similar, pues este hecho además de ser ilegal, resulta agravante para el afectado.

Corresponde señalar que tenemos los artículos 101 y 102 de la Constitución Nacional, que establecen la figura de la estabilidad laboral, entre los derechos del funcionario público al decir que los funcionarios y empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la Sección Derechos Laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la ley y con resguardo de los derechos adquiridos. Estos derechos otorgados al trabajador son irrenunciables, según los términos del art. 86 de la C.N. Por otra parte, la Ley 1.626/00 “De la Función Pública”, también se refiere a los mencionados derechos al regular la situación jurídica de los funcionarios y empleados públicos con las entidades del estado, así las cosas el artículo 37 establece: “El funcionario público podrá ser trasladado por razones de servicio. El traslado será dispuesto por la autoridad competente y deberá ser de un cargo a otro de igual o similar categoría y remuneración”. El artículo 47 dispone que: “se entenderá por estabilidad el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública”. Por su lado, la Ley 489/95, Orgánica del Banco Central del Paraguay, dispone que es una entidad autónoma normativamente y autárquica presupuestariamente, teniendo la libertad de establecer la política laboral que mejor juzgue conveniente a sus intereses, porque su carta orgánica dispone al regular las funciones, como una de sus atribuciones, lo siguiente: “determinar la política monetaria, crediticia y cambiaria, siendo responsable de su ejercicio y desarrollo...” (artículo 4º). Igualmente esta ley dispone en el art. 19 inciso d) la atribución de dictar la reglamentación interna necesaria y adecuada para el cumplimiento de sus fines. Y en el art. 19 dispone que son deberes y atribuciones del Directorio... inciso f) crear, suprimir, modificar o separar unidades y cargos administrativos, determinar sus funciones e interrelaciones y asignarles rango o jerarquía dentro de la estructura legal y orgánica del Banco Central del Paraguay. Las disposiciones legales citadas más arriba facultan plenamente a la

institución a reestructurar administrativamente la misma, cuando razones de mejor servicio así lo exijan, en tanto no se vulneren garantías esenciales sobre los derechos laborales de los funcionarios afectados. Siempre que se cumplan estas premisas, no puede cercenarse la potestad de la administración para disponer las medidas administrativas adecuadas y orientadas a prestar una mejor función, cuando surjan razones valederas y razonables que así lo aconsejen.

Que, esta Sala Penal ya se ha expedido al respecto señalando que: "...El movimiento intermitente de un cargo a otro dentro de esta categoría especial no altera su condición de personal administrativo superior, cualquiera que fuere el cargo ocupado... Está demás resaltar que hubo pérdida de categoría y además que su remuneración entendida genéricamente como comprensiva de salarios, bonificaciones por responsabilidad en el cargo, gastos de representación y demás accesorios legales, estos últimos por estar debidamente presupuestados. En otras palabras, si estuvo presupuestado es porque se previó en la Ley de la Nación y, en consecuencia, ello implica una orden que el Estado dispone sea cumplida por parte de los principales responsables del máximo nivel de la institución pública demandada. *El hecho jurídico de que estuviera presupuestado por ley releva de toda responsabilidad al servidor público porque la cuestión no es meramente producto de reglamento sino más bien es voluntad exlegecuya eficacia jurídica no puede ser menoscabada vía reglamento*" (Acuerdo y Sentencia N° 265 del 27 de mayo de 2008, Acuerdo y Sentencia N° 499 del 7 de julio de 2009, Acuerdo y Sentencia N° 887 del 21 de diciembre de 2009).

En razón a todo lo dicho voto por la confirmación del Acuerdo y Sentencia N° 543 de fecha 22 de diciembre de 2011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

A SU TURNO el ministro BAJAC manifiesta que se adhiere al voto del ministro Dr. SINDULFO BLANCO, por sus mismos fundamentos.

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:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL

RESUELVE:

DESESTIMAR el Recurso de nulidad.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 543 del 22 de diciembre de 2011, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, de conformidad con los fundamentos expresados en el exordio de la presente resolución.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Alicia B. Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco, Miguel O. Bajac

Ante mí: Abog. Norma Domínguez, Secretaria.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 195

Cuestión debatida: *Determinar si corresponde hacer lugar a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios se ha incoado contra el Estado Paraguayo en virtud de un accidente de tránsito entre un vehículo de propiedad del accionante y otro automotor empleado al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.*

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación pasiva. PODER EJECUTIVO. Ministerios del Poder Ejecutivo.

La Constitución Nacional, en su Art. 226, establece que el ejercicio del Poder Ejecutivo se da exclusivamente por medio del Presidente de la República; la propia ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, Ley N° 167/93, no contempla en ninguna de sus disposiciones ningún tipo de autonomía o autarquía.

En suma, el pronunciamiento de una sentencia condenatoria contra el Ministerio y no contra el Estado Paraguayo produce una resolución que no podría de ninguna manera ser ejecutada, ya que tal dependencia del Estado no cuenta con autonomía ni autarquía y por ello carece de un patrimonio propio. Tampoco podría serle opuesta tal condena al Estado Paraguayo, en razón de no haber sido condenado en el mentado fallo.

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. FALTA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA Y LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO.

La parte demandada se limitó a expresar que el vehículo de la actora no debía estar circulando debido a una irregularidad administrativa y que por ello no sería ajustado a derecho reconocer un derecho a ser resarcido a quien se

encontraba en contravención. Esta defensa no puede ser atendida, ya que aun cuando el vehículo del demandante se hallaba en una situación de irregularidad administrativa, esta cuestión no es determinante en la relación de causalidad que conllevó a la producción del siniestro en el que se materializaron los daños reclamados. La contravención genera responsabilidad administrativa, pero su influencia sobre la producción de los eventos que provocaron el accidente es cuestión diversa a la responsabilidad administrativa precitada.

PÉRDIDA DE CHANCE.

Corresponde calificar correctamente la pretensión de la parte actora como pérdida de chance de contratar el transporte de nuevas partidas de carbón, debido a que el actor demostró que con anterioridad al accidente regularmente transportaba carbón entre distintos municipios, pero no probó la existencia de contratos celebrados y a ejecutarse con posterioridad al siniestro. Por ende, la celebración de dichos contratos es un evento con cierto grado de incertidumbre y lo que se repara es la pérdida de la oportunidad de celebrar dichos contratos que producirían, eventualmente, un lucro al actor.

CSJ. Sala Civil. 22/04/13. “G.T.S.R. c/ Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones (M.O.P.C.) sobre indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 195).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, 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: TORRES KIRMSER, GARAY Y BAJAC ALBERTINI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: El recurrente no expresó agravios referentes al recurso de nulidad; sin embargo, en virtud de lo establecido por el Art. 113 del Código Procesal Civil, corresponde el abocamiento oficioso del órgano jurisdiccional cuando existan vicios que impidan el pronunciamiento de una sentencia válida.

En estos autos se reclama la reparación de daños y perjuicios producidos en un accidente de tránsito entre un vehículo de propiedad del accionante y otro automotor empleado al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.

La demanda en estos autos fue dirigida contra el citado Ministerio, lo que plantea necesariamente la cuestión sobre la personalidad jurídica de los ministerios, así como su posibilidad de estar en juicio y ser condenados, es decir, su legitimación procesal referida no a la representación, sino al ser persona de los sujetos procesales, esencial a la validez del juicio. Se plantea entonces la existencia del requisito de la personalidad jurídica en la demandada, esto es, del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.

En el caso, es de aplicación el Art. 91 del Código Civil, que dispone: “Son personas jurídicas: a) El Estado [...] d) Los entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta y demás entes de Derecho Público, que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse” (redacción según la Ley N° 388/94).

En cuanto al Estado, la Constitución Nacional establece, en su Art. 1°, el carácter unitario del Estado, lo que se complementa con la disposición contenida en el Art. 3°, que establece el ejercicio del gobierno por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ahora bien, la independencia de la cual habla dicho artículo es una independencia funcional, que no afecta al carácter unitario de la personalidad del Estado. Esto es, la división de poderes no conlleva una análoga división o fragmentación de la personalidad del Estado. No es posible entender de otra manera el Art. 91 del Código Civil, que fuera modificado por la Ley N° 388/94, al enumerar como persona jurídica al Estado, en su inciso a). Esto es, no enumera a los poderes del Estado por separado, ni mucho menos a cada Ministerio como ente independiente, confiriendo a cada uno de ellos personalidad autónoma; luego, en su inciso d) se refiere a los entes autónomos y a los autárquicos, como dotados de personalidad jurídica. Aquí es donde mayores problemas interpretativos se plantean, dado que no se distingue al Estado de los entes autárquicos, autónomos y de economía mixta, los que no se encuadran dentro del caso que nos ocupa ya que los ministerios no son entes autárquicos, autónomos o de economía mixta, sino órganos del Estado. La doctrina más autorizada ha sostenido sobre este punto: “Los órganos que integran la Administración guardan entre sí una *relación piramidal*: convergen hacia una autoridad con quien se enlazan los demás órganos del sistema. Los órganos *no están dotados de personalidad jurídica* propia e independiente de la personalidad jurídica estatal. Por el contrario, esos órganos se agrupan respecto de otros, se enlazan y unifican para la acción en situación de *dependencia* y *subordinación*, mante-

niendo entre sí una estricta *relación jerárquica* con diversos grados y niveles, pero siempre respetando las instrucciones y directivas que imparte el órgano superior, generalmente el jefe de Estado. El ejemplo típico es el ministerio”. (Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, pág. 590).

El Estado, como sujeto de derecho, como persona jurídica, es siempre uno, aunque sus relaciones sean diversas. En este sentido, la doctrina ha establecido: “La Administración Pública, considerada como uno de los órganos *esenciales* del Estado, vale decir, como integrante del “Poder Ejecutivo”, carece de personalidad; en ese ámbito, la personalidad no le incumbe a la Administración, ni a alguno de los otros dos “poderes” (Legislativo y Judicial) sino al *Estado*. La personalidad de la “Administración” va subsumida en la del “*Estado*”. (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 360).

La posibilidad reconocida a los ministerios de actuar en virtud de la Ley y ejercicio de las funciones que esta le confiere, no puede implicar la escisión del Estado en otras tantas personas jurídicas de derecho público, más aún cuando la subordinación del ministro al Poder Ejecutivo está expresamente prevista en el Art. 242 de la Constitución Nacional, donde se establece expresamente la subordinación de la administración de las diversas carteras –entre las que se encuentra la actora– al Presidente de la República. Ello, además de contradecir el espíritu de los Arts. 1º y 3º de la Constitución Nacional, crearía personas jurídicas que tendrían la peculiar característica de una personalidad que podría llamarse *intermitente*: Una personalidad que sería distinta para cada actuación, con matices diversos para las distintas personas que se vean afectadas por ellos. Ello es jurídicamente inconcebible.

De esta manera, las conclusiones de Marienhoff no pueden sino compartirse: “La administración meramente *descentralizada* (descentralización burocrática) carece asimismo de personalidad: se trata de simples órganos que ejercen porciones de la actividad de la Administración general, pero que no se separan *orgánicamente* de ésta: la separación es meramente *funcional*; más aún, desde este punto de vista trátase de una separación “*relativa*”. (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 361).

Algo similar cabe decir acerca de la demandada en autos. En efecto, amén de notarse que la Constitución Nacional, en su Art. 226, establece que el ejerci-

cio del Poder Ejecutivo se da exclusivamente por medio del Presidente de la República; la propia ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, Ley N° 167/93, no contempla en ninguna de sus disposiciones ningún tipo de autonomía o autarquía. Desde luego, tampoco puede hacerlo, puesto que los Ministerios son divisiones meramente funcionales de auxilio al titular del Poder Ejecutivo para la dirección y gestión de los negocios públicos, conforme lo dispone el Art. 240 de la Constitución Nacional. Es decir, nos hallamos ante un ente o “cartera”, si queremos usar la denominación constitucional –que en sus Arts. 240 a 243 no utiliza la palabra “ministerio”–, que carece de personalidad jurídica.

Este vicio, que podría acarrear la nulidad de todo el proceso, ha sido subsanado, por una vía irregular, como se verá, pero subsanado al fin. Esto es debido a que sin que haya existido una petición de parte, se procedió a correr traslado de la demanda a la Procuraduría General de la República –representante de los intereses de la República por mandato constitucional–. Ante este hecho, el procurador adjunto procedió a contestar la demanda, trabándose así la litis con el Estado Paraguayo, quien es el verdadero sujeto de derecho y, por ende, legitimado pasivo en estos autos. Poco relevante son los nombres que las partes y los mismos magistrados intervinientes en las instancias inferiores incorrecta e imprecisamente han dado a este proceder –citación en garantía, tercería coadyuvante, por citar algunos–, el hecho concreto es que el controversial fue establecido contra el Estado Paraguayo, como consecuencia del traslado de la demanda corrido y la comparecencia al proceso y contestación de la demanda, sin impugnar la forma en que se trabó la litis, por parte de la Procuraduría General. Por ello, puede decirse, sin temor a equívocos, que el proceso se halla debidamente integrado entre las personas legitimadas, la víctima y el Estado Paraguayo, de conformidad con lo requerido por el Art. 246 de la Constitución Nacional.

En suma, el pronunciamiento de una sentencia condenatoria contra el Ministerio y no contra el Estado Paraguayo produce una resolución que no podría de ninguna manera ser ejecutada, ya que tal dependencia del Estado no cuenta con autonomía ni autarquía y por ello carece de un patrimonio propio. Tampoco podría serle opuesta tal condena al Estado Paraguayo, en razón de no haber sido condenado en el mentado fallo.

Por tanto, el acuerdo y sentencia dictado por el Tribunal debe ser declarado nulo, por haber recaído una condena contra una entidad que no reviste el papel de persona jurídica.

En cumplimiento del art. 406 del Cód. Proc. Civ., se procede seguidamente a dictar resolución sobre el fondo de la cuestión planteada.

Como primer punto debe indicarse que la resolución de primera instancia adolece del mismo vicio que la resolución anulada, dictada por el Tribunal de Apelaciones, es decir, haber condenado a una entidad que no reviste el carácter de persona jurídica y no pronunciarse respecto del verdadero legitimado pasivo en estos autos. Este vicio queda corregido con este pronunciamiento y puede ser subsanado por la vía de la apelación con la correcta identificación del Estado Paraguayo como parte demandada.

Sobre la responsabilidad civil por la producción de un accidente de tránsito entre dos vehículos de similar porte, se tiene establecido que rige el principio de la culpabilidad en la producción del siniestro, sin por ello desconocer la responsabilidad que recae sobre el propietario o guardián de la cosa empleada por otro sin que medie una prohibición expresa o presunta de su parte.

En este sentido, de las propias pruebas arrimadas por la parte demandada surge que el accidente se produjo como consecuencia de un desperfecto mecánico del camión de su propiedad y que además la misma demandada reconoce que amén del desperfecto mecánico, el hecho de su propio dependiente incidió en la producción del accidente. Estos hechos surgen de la copia autenticada de la resolución recaída en el sumario administrativo llevado por el Ministerio contra el funcionario que fungía como chofer del camión de propiedad del Estado Paraguayo, fs. 118 a 120. Por ello, no caben dudas de que el hecho se produjo como consecuencia del mal estado del vehículo empleado por el Ministerio, amén de la impericia del conductor de dicho camión.

La parte demandada se limitó a expresar que el vehículo de la actora no debía estar circulando debido a una irregularidad administrativa y que por ello no sería ajustado a derecho reconocer un derecho a ser resarcido a quien se encontraba en contravención. Esta defensa no puede ser atendida, ya que aun cuando el vehículo del demandante se hallaba en una situación de irregularidad administrativa, esta cuestión no es determinante en la relación de causalidad que conllevó a la producción del siniestro en el que se materializaron los daños reclamados. La contravención genera responsabilidad administrativa, pero su influencia sobre la producción de los eventos que provocaron el accidente es cuestión diversa a la responsabilidad administrativa precitada. Ambas, responsabilidad civil y administrativa, pueden converger, como sería el caso en el que

el pasar una señal semafórica en rojo haya sido la causa del accidente. En este supuesto, hay una maniobra que produce el accidente y que constituye una falta administrativa al mismo tiempo.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la demandada no ha logrado demostrar la relevancia en la forma que se produjo el accidente de la contravención en que incurrió el demandante, ya que dicha falta no lleva implícita una maniobra imprudente o un desperfecto del vehículo que pueda ser considerado como factor causal del accidente y que altere el nexo de causalidad en la producción del siniestro.

En cuanto a los daños, debe indicarse que el hecho de que el vehículo no se halle registrado en la DINATRAN o como contribuyente, no produce la nulidad de los contratos de transporte celebrados, sino que tan solo constituye una falta administrativa –o eventualmente penal, en cuanto al ilícito tributario–. Por ello, este argumento no es suficiente para desvirtuar las probanzas que dan fe del empleo como camión de carga para el transporte de carbón del vehículo del actor. Ahora bien, aun cuando en autos se demostró que el actor empleaba el vehículo en cuestión para el transporte de carbón, no puede dejar de señalarse que no ha demostrado la existencia de contratos celebrados cuyo cumplimiento se viera imposibilitado como consecuencia del siniestro. Esto es relevante, ya que existe una diferencia entre el lucro cesante y la pérdida de chance, consistente en la certidumbre sobre la materialización del aumento patrimonial en caso de no haberse producido el siniestro. El lucro cesante exige que el beneficio patrimonial futuro haya sido cierto y por ello, su reparación está dada por el monto que se deja de percibir. En materia de pérdida de chance, existe tan solo una oportunidad de obtener un beneficio patrimonial, pero no una certitud como en el lucro cesante. Por ende, la medida de la reparación está dada por la estimación que hace el órgano juzgador sobre el valor que representa tal oportunidad de obtener un contrato o lograr una posición que se traduzca en un beneficio patrimonial. Esta estimación, usualmente, será de un monto menor que aquel que constituiría el beneficio esperado, ya que a mayor incertidumbre sobre el éxito de la operación, menor el valor de la oportunidad. Por ello, corresponde calificar correctamente la pretensión de la parte actora como pérdida de chance de contratar el transporte de nuevas partidas de carbón, y establecer como reparación para este daño la suma de G. 23.625.000 (veintitrés millones seiscientos veinticinco mil Guaraníes). Esto es así, se repite, debido a que el

actor demostró que con anterioridad al accidente regularmente transportaba carbón entre distintos municipios, pero no probó la existencia de contratos celebrados y a ejecutarse con posterioridad al siniestro. Por ende, la celebración de dicho contratos es un evento con cierto grado de incertidumbre y lo que se repara es la pérdida de la oportunidad de celebrar dichos contratos que producirían, eventualmente, un lucro al actor.

En cuanto al daño emergente, constituido por el costo de reparación de los daños sufridos por el camión como consecuencia del siniestro, debe destacarse que es facultad del dañado reparar antes o después el daño sufrido, con sus propios medios y luego repetir lo abonado o mediante la obtención de una suma en concepto de reparación de daños. Por ello, no es relevante si efectivamente las reparaciones ya fueron realizadas o no; lo relevante es establecer la entidad económica de dicha reparación. Por otra parte, el que el valor por el cual adquirió el rodado el actor sea inferior al costo de las reparaciones que deban hacerse como consecuencia del daño sufrido, tampoco es relevante. El daño es establecido según el valor que representa el bien dañado a titular de un derecho sobre dicho bien. Este valor está constituido no solamente por el valor comercial del bien —o su valor de cambio—, sino también por la utilidad y las posibilidades de uso que representa para el propietario del bien. Para determinar el valor de lo debido en concepto de reparación de una cosa, por ende, no se tiene en consideración el costo que su adquisición representó al propietario —ya que bien podría haber adquirido la cosa a título gratuito—, sino que se estima cuánto debe emplearse para restituir la cosa a la situación anterior al evento dañoso, para que pueda seguir siendo empleada en la misma forma que lo era con anterioridad al accidente.

Específicamente sobre los daños concretos sufridos por el camión y el costo de sus reparaciones, debe indicarse que la parte demandada tan solo se agravió contra el hecho de que la indemnización supere el valor de compra del vehículo, contra el hecho de que se haya probado el valor de las reparaciones con un presupuesto, cuando supuestamente la reparación ya habría sido realizada —cuestiones irrelevantes y ya desestimadas más arriba— y contra la reparación de un espejo retrovisor cuando de las fotografías presentadas pareciera que ambos espejos del camión quedaron en buen estado. Solamente este último agravio merece atención. Correspondía al actor probar efectivamente los daños, prueba que no da certidumbre respecto de esta pieza. Los demás reclamos sí

son, en cambio, coincidentes con las fotografías agregadas, con el parte de accidente de tránsito y con el relato sobre cómo se habría producido el accidente.

En cuanto a la prueba del valor de las reparaciones debe aclararse que la forma establecida para dar certitud a documentos presentados por terceros a la litis en el proceso es a través de la declaración testifical del tercero de quien procede el documento. La prueba de informes debe versar sobre hechos concretos y controvertidos en el proceso, relativos a cuestiones que resulten de los registros contables, archivos o documentación del informante –Art. 372 del Código Procesal–. A pesar de esto, la parte demandada no se opuso a que los presupuestos presentados por el actor hayan sido reconocidos a través de los informes diligenciados, por ello, la prueba rendida es válida en consecuencia. Así, con los informes obrantes a fs. 181, 193 y 195, quedan probados los costos de reparación y restitución del juego de diferencial completo, elásticos traseros y reparación del chasis. Cabe agregar que la existencia de estos daños no fue negada en forma específica en los escritos de contestación de demanda, en los que se vertieron negaciones genéricas respecto al monto exigido como reparación, lo que genera una presunción a favor de la existencia de dichos daños, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 235 inc. a) del Código Procesal, y que abona cuanto hasta aquí se tiene dicho.

En cuanto a los dos neumáticos traseros, que también se habrían dañado en el accidente, debe considerarse que al hecho mismo del daño como probado, puesto que como se dijo, la parte demandada no negó la existencia de dicho daño y la presunción generada por esta omisión se ve reforzada con los daños detallados en el parte policial y con las tomas fotográficas agregadas a estos autos, las que si bien son instrumentos privados, no fueron atacadas por la demandada, sino más bien reconocidas y aceptadas como imágenes reales de cómo quedaron los vehículos siniestrados. Por ello, si bien es cierto que el presupuesto en el que se detallaba el valor de cada cubierta no ha sido objeto de reconocimiento por parte del tercero de quien emanó, no es menos cierto que el daño se halla cabalmente demostrado y por ello, en virtud de lo establecido por el Art. 452 del Código Civil, cabe al órgano jurisdiccional fijar un monto en concepto de reparación por dicho perjuicio. Este monto queda establecido en la suma de G. 1.000.000 (un millón de guaraníes). Por tanto, en concepto de daño emergente, corresponde a la demandada abonar al actor la suma de G. 15.083.500 (quince millones ochenta y tres mil quinientos guaraníes).

Por último, la pretensión de resarcimiento de los salarios que el actor pagó a su dependiente durante el periodo en el que el camión no podía circular como consecuencia de los daños sufridos por el accidente debe ser analizada a la luz de lo dispuesto por los Art. 68 y 71 del Código del Trabajo, que facultan al empleador a suspender los efectos de los contratos de trabajo cuando se produce la imposibilidad de proseguir con los trabajos por una causal no imputable al empleador. Por ello, continuar pagando a sus dependientes, a pesar de que era imposible la realización de la actividad empresarial, por una causal no imputable a su parte –como lo es el accidente provocado por un tercero–, no es un daño que tenga un vínculo de causalidad suficiente con el hecho, ya que la ley lo facultaba a no hacerlo. Por tanto, este rubro debe ser desestimado.

Por lo previamente expuesto, corresponde modificar la sentencia apelada en el sentido de hacer lugar a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios ha incoado G.T.S.R. contra el Estado Paraguayo y, en consecuencia, corresponde condenar al Estado Paraguayo a abonar la suma de G. 38.708.500 (treinta y ocho millones setecientos ocho mil quinientos guaraníes) en concepto de indemnización de daños por pérdida de chance y daño emergente. Es necesario destacar, en este punto, que lo resuelto por la S.D. N° 507, del 16 de julio de 2008, no fue objeto de agravios, por lo que lo dispuesto en dicha resolución en materia del término a partir del cual corren los intereses, así como la tasa a ser aplicable ha quedado firme y pasó a fuerza de cosa juzgada.

Las costas del juicio deben ser impuestas a la parte demandada y perdedora, en virtud de lo establecido por el art. 192 del Código Procesal Civil.

ASU TURNO EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY dijo: El Fallo impugnado contiene vicios que ameritan sanción de nulidad, en los términos del Artículo 113 del Código Procesal Civil, pues condenó al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones al pago de indemnización de daños y perjuicios cuando debió hacerlo al Estado Paraguayo, contraviniendo con ello disposición contenida en el Artículo 15, inciso b), del Código Ritual, que conlleva a la nulidad, según lo dispuesto en el Artículo 404 de esa misma normativa.

A fin de llegar a esa conclusión, cabe realizar breve análisis respecto a la naturaleza jurídica del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.

Nuestra Carta Magna en su Artículo 240 establece: “La dirección y la gestión de los negocios públicos están confiadas a los ministros del Poder Ejecutivo...”. El Artículo 242 de la misma normativa dispone: “Los ministros son los

jefes de la administración de sus respectivas carteras, en las cuales, bajo la dirección del Presidente de la República, promueven y ejecutan la política relativa a las materias de su competencia. Son solidariamente responsables de los actos de gobierno que refrendan. Anualmente, presentarán al Presidente de la República una memoria de sus gestiones, la cual será puesta a conocimiento del Congreso”.

La Ley N° 167/93 (Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones), en su Artículo 1°, establece: “El Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones es el organismo encargado de elaborar, proponer y ejecutar las políticas y disposiciones del Poder Ejecutivo referente a las infraestructuras y servicios básicos para la integración y desarrollo económico del país...”. El Artículo 3° de dicha normativa reglamenta que el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones es un órgano del Poder Ejecutivo.

De las disposiciones mencionadas se advierte que el Presidente de la República junto con los Ministros del Poder Ejecutivo constituyen el poder central de la Administración. Villagra Maffiodo explicita al respecto: “Dentro del mismo Poder Ejecutivo, en el que se asegura la unidad de la Administración mediante las facultades del Presidente, la Constitución abre la posibilidad de la especialización de funciones con la previsión de creación por ley de Ministerios que tendrán a cargo el despacho de los negocios de la República” (“Principios de Derecho Administrativo”, pág 134).

En efecto, el Poder Ejecutivo desenvuelve su labor a través de Ministerios. “El órgano ministerial es de origen constitucional. Trátase de un órgano carente de personalidad. Es un órgano de órgano, pues pertenece al órgano “Ejecutivo”... Hay una total interdependencia entre el órgano presidencial y el ministerial... el órgano ministerial integra el Poder Ejecutivo” (Mariernnhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 389).

Ilustra Dromi: “El Poder Ejecutivo no puede descentralizar sus propias funciones, por el principio de la indelegabilidad de las funciones públicas” (“Derecho Administrativo”, pág. 468).

En ese mismo sentido, Bidart Campos enseña: “Se trata de un órgano de órgano, ya que por ser el Poder Ejecutivo unipersonal, los ministros no integran el órgano presidencial, al cual, sin embargo, se hallan jerárquicamente subordinados” (“Derecho Constitucional del Poder”, Tomo II, pág. 145).

De ahí que “los Ministros, en su condición de colaboradores del Poder Eje-

cutivo, no pueden por sí solos adoptar resoluciones” (Cassagne, “Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 271).

Se aprecia, entonces, que de acuerdo a la Constitución Nacional y la norma de su creación, el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones no está dotado de personalidad para actuar por sí mismo, pues en razón de hallarse “jerárquicamente” subordinado al órgano central, con todas sus consecuencias. En estas condiciones, el Fallo impugnado debe anularse pues ha inobservado lo dispuesto en la Constitución y la Ley especial, al haber demandado a órgano sin personalidad jurídica.

Al haberse anulado el Fallo impugnado, correspondería dictar Resolución en su reemplazo, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 406 del Código Procesal Civil. Sin embargo, por el Principio de la doble Instancia, que garantiza el debido proceso, con el agravante que el A-quo incurrió en el mismo yerro (o desconocimiento), cabe remitir Autos al Tribunal que sigue en orden de Turno a fin que se pronuncie sobre la cuestión de Fondo. Las Costas serán impuestas en el orden causado, considerando que la nulidad fue declarada de oficio. Así voto.

ASU TURNO EL MINISTRO BAJAC ALBERTINI dijo: Que se adhiere al voto del ministro Torres Kirmser por sus mismos fundamentos.

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:

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL,

RESUELVE:

ANULAR el Acuerdo y Sentencia Número 140, de fecha 14 de diciembre del 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, de la Capital.

MODIFICAR la S.D. N° 387, de fecha 9 de junio del 2008 y, en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios ha incoado G.T.S.R. contra el Estado Paraguayo y, en consecuencia, corresponde condenar al Estado Paraguayo a abonar la suma de 38.708.500 (treinta y ocho millones setecientos ocho mil quinientos guaraníes).

IMPONER las costas a la parte demandada y perdidosa.

ANOTAR, notificar y registrar.

Ministros: Bajac, Garay y Torres.
Ante mí: Alejandrino Cuevas, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.018

Cuestión debatida: *Si corresponde la indemnización por daños y perjuicios contra la entidad bancaria por incumplimiento de órdenes judiciales.*

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

La responsabilidad extracontractual requiere, para su procedencia, que exista un hecho antijurídico, que a su vez se constituya en causa del daño cuya reparación se pretende.

CSJ. Sala Civil. 26/08/13. “A.Z. c/ Interbanco S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 1.018)

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 ella 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: El recurrente ha desistido expresamente del Recurso y al no advertirse vicios que autoricen pronunciamiento de oficio, en los términos del Artículo 113 del Código Procesal Civil, corresponde tenerlo por desistido. Así voto.

A su turno el ministro José Torres Kirmser, manifestó: Que se adhiere al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A su turno el ministro Miguel Oscar Bajac dijo: Que se adhiere a los términos expresados por el preopinante, por los mismos fundamentos. Es mi voto.

A la segunda cuestión el señor ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por S. D. N° 875, del 21 de octubre del 2010, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Tercer Turno resolvió: “*HACER LUGAR,*

con costas, a la acción promovida por A.Z. contra INTERBANCO S.A. s/ indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, EN CONSECUENCIA CONDENAR a la demandada a pagar la suma de DÓLARES TREINTA Y OCHO MIL QUINIENTOS (US\$ 38.500), y más los intereses legales sobre dicho capital desde el inicio del presente juicio hasta el pago efectivo, más la suma de DÓLARES AMERICANOS TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA (\$ 3.850) en concepto de Daño Moral, dentro del plazo de diez días de ejecutoriada la presente resolución; ANOTAR, registrar...” (fs. 70/7).

Esa Resolución fue modificada por el Fallo impugnado que sentenció: “*TE-
NER POR DESISTIDO el recurso de nulidad interpuesto por la parte actora;
DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto por la demandada;
REVOCAR en todas sus partes la S. D.Nº875 de fecha 21 de octubre de 2010,
dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno
de esta Capital; y su Aclaratoria, la S. D.Nº927 de fecha 4 de noviembre de
2010, dictado por el referido Juez, conforme a los fundamentos expuestos en el
exordio de esta resolución; IMPONER las costas de ambas Instancias a la actora
perdidos; ANOTAR...” (fs. 111/3).*

Contra dicho Acuerdo y Sentencia el apelante expresó agravios, de conformidad al escrito de memorial que corre de fs. 117/21. Esgrimió que el Ad quem incurrió en incorrecta valoración del material probatorio rendido en Juicios en grave detrimento a su Parte. Arguyó que el Banco incumplió con la orden de embargo y transferencia de fondos, omitiendo informar al Juzgado que el C.D.A. no se encontraba en esa Institución, circunstancia que –según él– le produjo daño a su patrimonio al privarle de un crédito que se hallaba garantizado por orden judicial. Solicitó elevar el monto de la condena, en concepto de lucro cesante y daño moral. El accionado contestó traslado, solicitando confirmación del Fallo impugnado (fs. 124/30).

La discusión está en determinar si la entidad bancaria demandada es o no responsable por supuesta actitud remisa, tardía y lenta para cumplir reiteradas órdenes judiciales.

A.Z. promovió demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Interbanco S.A., afirmando que la accionada omitió dar cumplimiento a la orden de embargo ejecutivo y transferencia de fondos embargados a la cuenta abierta en el Banco Nacional de Fomento, a nombre del Juicio: “A.Z.c/ I.V. s/ preparación de acción ejecutiva y embargo ejecutivo”. Esgrimió que tal actitud

le provocó daño patrimonial, pues en el marco de otro juicio fue transferido C.D.A. a favor de otra persona. Sostuvo que con los Oficios omitidos sufrió serios agravios e insospechada tendencia de debilitamiento físico, al verse disminuido moralmente por el dinero perdido (fs. 16/7).

Interbanco S.A. afirmó que no causó daño alguno al accionante, señalando que el C.D.A. es inembargable y pagadero única y exclusivamente con la sola presentación del documento. Arguyó que dicho documento no se encontraba en poder del Banco y que el correcto proceder sería que el Juzgado ordene el embargo, libre el mandamiento respectivo, y el Oficial de Justicia –en ejecución de la orden judicial– haga las averiguaciones pertinentes a fin de esclarecer en poder de quién se encontraba dicho documento para hacer efectiva la medida cautelar. Aseveró que si embargase sin el título, el Banco estaría frustrando los derechos del legítimo tenedor, desvirtuando toda la seguridad jurídica que protege la circulación de los títulos de créditos. Señaló que resaltaba la mala fe del accionante al pretender el cobro de su crédito a espaldas de todos los demás acreedores de la masa, afirmando que al tener conocimiento del fallecimiento de I.V., ha tenido especial cuidado en pagar a la persona jurídica que era la legítima tenedora de dicho título, resultando ser Bríos de Finanzas. Afirmó que no existió imputabilidad civil y que no existe elemento probatorio que acredite daño alguno (fs. 26/35). Así quedó trabada la litis.

A fs. 7 surge que en el marco del expediente intitulado: “A.Z. c/ I.V. S/ PREPARACIÓN DE ACCIÓN EJECUTIVA”, el Juzgado ha librado Oficio N° 980, el 30 de agosto del 2005, por el que comunicó para su cumplimiento “*el embargo ejecutivo decretado por este Juzgado por providencia de fecha 29 de agosto del año en curso, sobre el CDA N° 8.4.800055/0, propiedad del señor I.V. hasta alcanzar la suma de DÓLARES AMERICANOS TREINTA Y CINCO MIL (US\$ 35.000) y más la suma de DÓLARES AMERICANOS TRES MIL QUINIENTOS (US\$ 3.500), fijados provisionalmente para gastos de justicia...*”. Ese mandamiento fue ingresado al Banco, el mismo día, conforme se constata del sello puesto al pie del documento. Posteriormente, fue dictada S. D. N° 371, el 12 de julio del 2006, por la que se llevó adelante la ejecución hasta el cobro de la suma reclamada (fs. 5). Por Oficio N° 923, del 3 de agosto del 2006, el J.A. comunicó “*la orden de transferencia dispuesta por providencia de esta misma fecha, de la suma embargada ejecutivamente por Oficio N°980 del 30 de agosto del 2005 sobre el C.D.A. N°8.4.800055/0...*”. Ese Oficio fue recepcionado por la

demandada institución bancaria, conforme se constata del sello obrante al pie del mandamiento (fs. 8). Por Oficio N° 1.134, del 30 de agosto del 2006, el A-quo reiteró la orden de transferencia, dándose entrada en la accionada entidad bancaria (fs. 11). Por Oficio N° 1.257, del 19 de septiembre del 2006, el A-quo volvió a reiterar el cumplimiento de la orden de transferencia de la suma embargada ejecutivamente (fs. 12). Por Nota expedida en fecha 16 de octubre del 2006, la accionada comunicó al Juez de la ejecución: “... *no es posible realizar la transferencia de las sumas correspondientes al C.D.A. N° 8.4.800055/0 a nombre del señor I.V., debido a que el mismo fue pagado conforme orden judicial de fecha 26/12/2005 remitida por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y Adolescencia del primer turno de Paraguarí, en los autos caratulados: “INCIDENTE DE TERCERÍA DE DOMINIO Y MEJOR DERECHO PROMOVIDO POR BRÍOS S.A. DE FINANZAS EN EL EXPDTE. I.V. S/SUCESION...”* (fs. 19).

Del expediente intitulado: “Compulsas del exp. caratulado: “I.V. s/ sucesión”, se constata que I.V. falleció el 30 de diciembre del 2003. A fs. 43 de ese expediente se aprecia que uno de los herederos denunció como bien de la sucesión el Certificado de Depósito de Ahorro N° 8.4.800055/0, por la suma de USD 40.000, expedido por Interbanco S.A. (fecha 31 de diciembre del 2004). Por Oficio Judicial de esa misma fecha, el juez que atiende la sucesión, decretó la indisponibilidad de dicho Certificado, al cumplirse el plazo convenido y la retención del Certificado de Depósito de Ahorro a su presentación en la entidad consignándola a la orden de la sucesión (fs. 45). A fs. 57 se denunció que dicho Certificado se encontraba en poder de la firma Bríos S.A. de Finanzas. Por Oficio Judicial del 10 de junio del 2005, fue decretado embargo preventivo sobre dicho título de crédito (fs. 59). A fs. 60, fue remitido Oficio a la firma Bríos S.A. de Finanzas, a fin de comunicar para su cumplimiento el embargo preventivo del C.D.A.

De constancias referenciadas, surgen indiscutible e irrefutablemente que el Banco no ha dado respuesta –oportuna e inmediata– a Oficios Judiciales remitidos para su cumplimiento. Por lo demás, no resulta atendible el argumento de la accionada que afirma que el Oficial de Justicia era el responsable de efectivizar la orden, pues al ingresarse dicha documentación, el Banco asumió la responsabilidad de su cumplimiento. Más allá que dicho título de crédito no se encontrara en poder de la accionada, era obligación de aquella dar res-

puesta inmediata a esas órdenes judiciales, informando sobre tal circunstancia, para que el accionante practique las diligencias pertinentes a fin de proceder a su efectivización.

Explicita Villegas: “*Los depósitos a plazo fijos son susceptibles de embargos por los acreedores de los depositantes. El embargo se deberá trabar sobre el monto del certificado existente hasta la cantidad indicada en el oficio o mandamiento judicial. El Banco deberá informar de inmediato al Juzgado que se ha procedido a cumplir la orden respectiva*” (“Operaciones Bancarias”, pág. 178).

Desde esa perspectiva se aprecia, pues, conducta negligente, indolente y descuidada por el Banco que debía inexorablemente proceder al embargo o, en este caso, informar sobre la indisponibilidad del título de crédito. Cabe mencionar que el Artículo 451 del Código Procesal Civil, establece que, en caso de ser necesario, para el cumplimiento del mandamiento de embargo, se podrá recurrir –incluso– al auxilio de la Fuerza Pública.

Martínez Botos, citando a Novellino, ilustra: “*Una vez declaradas procedentes por el Juez, deben concretarse inexorablemente, sin que ningún incidente pueda detener su cumplimiento. Se evita así que la mala fe de éste dilate ... la traba de tales medidas hasta tornarlas de imposible ejecución*” (“Medidas Cautelares”, pág. 110).

Sin embargo, no podemos soslayar el hecho que en la fecha que se emitió la primera orden de mandamiento (30 de agosto del 2005), ya se había decretado otro embargo preventivo sobre el título de crédito –en otro Juicio– (22 de junio de 2005) y que, posteriormente, en fecha 26 de diciembre del 2005, fue pagado en el expdte.: “INCIDENTE DE TERCERÍA DE MEJOR DOMINIO Y MEJOR DERECHO PROMOVIDO POR BRÍOS S.A. DE FINANZAS EN EL EXPDTE. I.V. s/ SUCESIÓN”, según constancias procesales detalladas antecedentemente.

Tampoco puede afirmarse que el accionante estaba en desconocimiento del fallecimiento de I. V., pues al tiempo de prestar absolucón de posiciones sostuvo: “...el certificado de defunción fue agregado en el expediente de la ejecución que fue presentado por los herederos del Sr. I. V., quienes se presentaron a intervenir en el juicio en representación de I. V. y es así que me enteré de la existencia del Juicio sucesorio y el C.D.A embargado por el Juzgado de la Ejecución ...” (posición tercera, vide: fs. 51). Esa declaración hace que sabía o por lo menos debía saber de las tramitaciones realizadas en el Juicio sucesorio.

El Artículo 1.833 dispone: “*El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño...*”. Mientras el Artículo 1.834 de dicho cuerpo normativo establece: “*Los actos voluntarios sólo tendrán el carácter de ilícitos: inciso b) si hubieren causado un daño o produjeren un hecho exterior susceptible de ocasionarlo; inciso c) siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratare de una simple contravención...*”.

No resulta –en Derecho– procedente, entonces, hacer lugar a la demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual, pues si bien el Banco obró descuidada y negligentemente, no es menos cierto que tal obrar no produjo daño al accionante, pues –de cualquier manera– la orden de embargo no podía haberse cumplido debido a que existía con anterioridad otro embargo.

Cazeax-Trigo Represas ilustran: “*El daño es el primer elemento de la responsabilidad civil, ya que sin él no hay “acto ilícito punible”... En realidad, si se atiende a la cronología temporal, el daño sería el último elemento en aparecer como consecuencia o resultado de la acción antijurídica, pero desde el punto de vista metodológico el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado. Solo en presencia del daño, el jurista tiene que indagar si ha sido causado ilícitamente, infringiendo un deber jurídico (antijuridicidad) y culpablemente (imputabilidad): a la inversa, si no hay daño alguno, resulta superfluo investigar la existencia o inexistencia de otros elementos*” (“Derecho de las Obligaciones”, Tomo IV, pág. 241).

Por las motivaciones explicitadas, corresponde en estricto Derecho confirmar el Fallo impugnado, con imposición de Costas en el orden causado, de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 193 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

A su turno el ministro José Torres Kirmser, dijo: En estos autos se discute la procedencia de una demanda de indemnización de daños y perjuicios incoada por A.Z. contra el banco Interbanco S.A., fundada en el supuesto incumplimiento de una orden de embargo ejecutivo ordenado sobre fondos depositados en la referida entidad bancaria por I.V. quien fuera deudor del hoy demandante.

La demandada sostuvo a lo largo del proceso que el embargo sobre la cuenta no podría haberse ejecutado, dado que el derecho al cobro de la misma fue incorporado a un título de crédito, específicamente un certificado de depósito en ahorro, por lo que el embargo debía trabarse sobre dicho instrumento, que no se

hallaba en su posesión y que fue presentado al cobro por una persona distinta del deudor embargado, que justificó adecuadamente la posesión del título.

La responsabilidad extracontractual requiere, para su procedencia, que exista un hecho antijurídico, que a su vez se constituya en causa del daño cuya reparación se pretende. De no existir antijurídico, no puede configurarse la responsabilidad de reparar.

Corresponde entonces, de modo ineludible, delimitar la naturaleza de los Certificados de Depósito de Ahorro –CDA en adelante– sobre los cuales versa la presente Litis, para así determinar la licitud o no de la conducta de la demandada.

Como podrá fácilmente advertirse del desarrollo de la presente fundamentación, este aspecto es fundamental para determinar la normativa aplicable a las pretensiones deducidas en estos autos.

Puestos en esta labor, puede afirmarse que el Certificado de Depósito en Ahorro –en adelante, CDA– es un título de crédito y, por consiguiente, sujeto a los arts. 1508 a 1516 del Código Civil, en cuanto disposiciones generales aplicables a todo documento de tal índole; y a las normas relativas a los títulos a la orden, como consecuencia de la Reglamentación del Banco Central del Paraguay, de la cual seguidamente nos ocuparemos.

Tal conclusión se justifica sobradamente, a la luz de la interpretación conjunta de la normativa relativa a la materia. En primer término, el contenido de estos títulos está predeterminado por resoluciones del Banco Central del Paraguay. Más específicamente, a la época de la emisión –año 2003–, estaba vigente la Resolución número 3, del 3 de octubre de 1996 –que por lo tanto es la que resulta aplicable a la presente controversia–; derogada por la Resolución número 5, del 19 de enero de 2004. Ambas resoluciones establecen el texto de los CDA, por lo que son títulos típicos en el sentido que están completamente regulados, incluso en cuanto a su contenido, que, como lo adelantáramos líneas arriba, es obligatoriamente a la orden, atentos al modelo contenido en las resoluciones de referencia, que no ofrecen alternativa respecto a dicha modalidad de emisión.

Ahora, la potestad regulatoria del Banco Central en tal sentido no puede ponerse en duda, atentos a la disposición del Art. 5º de la Ley 489/95 y, sobre todo, estando a lo que previene el Art. 4º inc. c) y 40 primer párrafo de la Ley 861/96. Es decir, el BCP tiene potestad para determinar el contenido y el texto de un CDA, por lo que de la reglamentación emanada en consecuencia no solo se puede, sino que se debe echar mano para determinar su naturaleza jurídica.

El texto establecido por las resoluciones del Banco Central deponen claramente en el sentido de indicar que el CDA es un título de crédito, como tal sujeto a las normas de los arts. 1507 y siguientes del Código Civil, en los términos ya indicados, y no solo un mero documento de legitimación –caso en el cual sería aplicable el art. 1516 del mismo cuerpo legal y sus relativas consecuencias–. El primer punto a favor de esta conclusión viene dado por el hecho de que el modelo establecido por el BCP se remite a las normas relativas a los títulos de crédito a la orden: Art. 1523, relativamente al endoso; y Art. 1530 para el extravío y consiguiente procedimiento de privación de eficacia, ambos del Código Civil.

Este primer elemento, de por sí bastante sugestivo vista la remisión reglamentaria a las normas de derecho privado que habrán de regir respecto de los CDA, se refuerza ni bien se pasa al análisis del contenido del título como tal. En efecto, resulta decisiva la indicación de que los derechos emergentes del CDA se transfieren mediante endoso: es decir, es el mismo derecho al cobro el que circula, no la mera legitimación. Por ende, esto es excluyente y revelador en el sentido de configurar al CDA como un título de crédito, porque su esencia es ser precisamente vehículo de circulación de derechos, a través del fenómeno de la “incorporación”, que precisamente plasma el derecho en el documento, de tal modo que aquél no solo pueda ser exigido, sino que propiamente no exista sin éste. Este es el elemento propio y característico de los títulos de crédito, como lo enseña la doctrina unánime. Por esta característica, añadimos, se diferencian los títulos de crédito de los títulos de legitimación; dado que estos últimos no llevan “incorporados” en sí mismos el derecho en cuanto tal, sino que funcionan simplemente como elementos idóneos a identificar al derechohabiente a la prestación en los términos del art. 1519 del Código Civil, operando meramente en el plano probatorio, pero sin que el documento resulte indispensable a los efectos del ejercicio de tal derecho.

En otras palabras: cuando se endosa el CDA circulan todos los derechos que emergen de él: por ende, es un título de crédito. Esto se confirma plenamente por la norma general del Art. 1507 del Código Civil, que confiere precisamente tal contenido al tipo legal “título de crédito”. Por lo demás, reiterando un concepto esbozado líneas arriba, el título de crédito nace históricamente respondiendo a la necesidad de una circulación más veloz y expedita de los derechos, que permita evitar las engorrosas reglas de la cesión de créditos y que al mismo tiempo tutele al adquirente contra eventuales excepciones y defensas del deudor. Este

efecto, que se alcanza a través de la interacción de los instrumentos técnico-jurídicos de la autonomía, por la cual cada endosatario adquiere un derecho autónomo, nacido “ex novo”; y de la abstracción, por la cual el campo de acción de la causa queda delimitado a las relaciones entre contratantes inmediatos – art. 1508 del Cód. Civ.– ha sido expresado, desde siempre, en el campo económico, como “negociabilidad” de los títulos. No en vano, algunas expresiones de la doctrina más reciente se refieren ya a “títulos negociables”, como indicativa de aquellos instrumentos que, por las características indicadas supra, son particularmente idóneos a una circulación veloz, que responde a las necesidades de una economía moderna, enfatizando así los aspectos económicos a la que da lugar el fenómeno de los títulos de crédito, que, como es natural, no pueden ser soslayados en el análisis del instituto.

Estas consideraciones no solo son coincidentes con lo desarrollado hasta ahora, sino que constituyen un poderoso elemento de interpretación de la normativa vigente; permitiéndonos disipar absolutamente cualquier duda que pueda haber quedado, puesto que el Art. 40 inc. 2) de la Ley 861/96, habla expresamente de Certificados de Depósito de Ahorro negociables, resaltando claramente el aspecto económico de la negociabilidad de los CDA y encuadrándolos, sin temor a equívocos, dentro del campo de los títulos de crédito.

Establecido esto, entonces resulta claro que, al ser el CDA un título de crédito, debe regirse por las normas relativas los títulos de crédito. Se nos perdonará la expresión tautológica, que sin embargo las constancias de autos justifican plenamente, puesto que, como se puede fácilmente apreciar, es clave para la decisión de la controversia.

Cuando dicho hasta este punto sobre la naturaleza del CDA o certificado de depósito de ahorro, ya ha sido sostenido por esta Corte, particularmente en el Acuerdo y Sentencia Nro. 237, del 24 de mayo de 2010.

En este punto, corresponde puntualizar algunas cuestiones. El CDA es la instrumentación de un depósito bancario, que como depósito irregular –por consistir en la entrega de bienes fungibles y consumibles–, constituye en propietario de dichos bienes al banco depositario, quien se haya obligado a restituir dichos bienes a quien acredite la titularidad del derecho al cobro mediante la posesión, justificada por una serie de endosos, del título en cuestión. En este sentido, el Art. 1404 del Código Civil establece, en lo pertinente: “En los depósitos de sumas de dinero en un banco éste adquiere su propiedad y está obligado

a restituir en la misma especie de moneda”. Se dice que la transcripción es en lo pertinente, ya que la titularidad del derecho al cobro corresponde a la persona legitimada a ello por su calidad de poseedor del título al que quedó incorporado el crédito, de conformidad con lo establecido por las resoluciones Resolución número 3, del 3 de octubre de 1996 –que por lo tanto es la que resulta aplicable a la presente controversia–; derogada por la Resolución número 5, del 19 de enero de 2004; así como por lo establecido por el Art. 1507 del Código Civil: “El poseedor de un título de crédito tiene derecho a la prestación indicada en él, contra su presentación, siempre que su posesión esté justificada conforme con lo prescripto por la ley”.

Por lo tanto, puede sostenerse que las sumas depositadas en el banco, eran de propiedad de la entidad bancaria y que como tales no podían ser embargadas para garantizar el pago de una obligación que tenga por deudor al depositante, menos aún al considerar que dicha operación de depósito fue instrumentada en un CDA, por lo que el derecho a exigir la restitución de dichas sumas depositadas quedó incorporado a la presentación de dicho título, como puede leerse también en el texto del propio instrumento: “Este Certificado de Depósito de Ahorro en moneda extranjera, esta emitido conforme a la Ley N° 489/95 ‘Carta Orgánica del Banco Central del Paraguay’ y la Ley N° 861/96 ‘General de Bancos, Financieras y Otras Entidades de Crédito’ y sus normativas. Es pagadero contra su presentación a su vencimiento en el domicilio de la Entidad Emisora” (fs. 53), cabe repetir que este texto es impuesto por la Resolución N° 3 del 3 de octubre de 1996, por lo que tiene carácter normativo.

En consecuencia, el derecho de propiedad sobre los bienes depositados es transferido a la entidad bancaria quedando para el depositante el derecho a exigir la restitución de dichos bienes, derecho de crédito que en la mecánica del CDA, queda incorporado al título de crédito. Por tanto, los bienes en depósito irregular en sí no pueden ser embargados por deudas del depositante, sino tan solo el derecho al cobro que asiste a éste y si, tal derecho al cobro se halla incorporado a un título de crédito, la única forma de hacer efectiva tal disposición precautelar debe hacerse sobre el título. Por este motivo, se hace ineludible cuanto dispuesto por el Art. 1512 del Código Civil: “El embargo, el comiso, la prenda o cualquier otra restricción sobre el derecho mencionado en un título de crédito o sobre mercaderías representadas por él, no producirán efecto si no se llevan a cabo sobre el título”.

Como en estos autos no se ha demostrado, ni tan siquiera alegado, que el título en cuestión estaba en poder del banco, en virtud de haber sido depositados en administración por el deudor contra quien fue emitida la orden de embargo, no cabía al Banco demandado ejecutar acción alguna, ya que los bienes depositados eran de su propiedad y estaban destinados al cumplimiento de la obligación de pago a favor de quien se presente con el título y justifique la posesión del mismo con una serie ininterrumpida de endosos y no de propiedad del deudor. Por ello el derecho a la restitución o crédito—bien cuyo embargo correspondería—correspondía a quien presente el título en calidad de poseedor legitimado por una serie de endosos, situación desconocida por el banco hasta la presentación del título—como consecuencia de no tener el título en su poder—. Como el título fue presentado al cobro por un tercero, distinto al deudor embargado, el derecho incorporado al título no era de propiedad de la persona cuyos bienes debían ser embargados, por lo que el Banco obró legítimamente al honrar dicho instrumento y no proceder a trabar embargo sobre el mismo.

Al no existir conducta ilícita, no puede siquiera pasar a analizarse los demás elementos que configurar la responsabilidad extracontractual y no cabe más que rechazar la acción de daños y perjuicios incoada. Como consecuencia, el acuerdo y sentencia apelado debe ser confirmado, con costas a la perdedora, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 192 del Código Procesal Civil.

A la segunda cuestión, el ministro Miguel Oscar Bajac Albertini prosiguió diciendo: Que el recurrente interpone recurso de apelación contra el Acuerdo y Sentencia N° 120 del 3 de octubre de 2011, dictado por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Cuarta Sala de la Capital, por la cual el Ad-quem resolviera, revocar en todas sus partes la sentencia de primera instancia N° 875 de fecha 21 de octubre de 2010, y su aclaratoria N° 927 de fecha 11 de noviembre de 2010.

Haciendo un análisis histórico del proceso, vemos que por S.D. N° 875 de fecha 21 de octubre de 2010, el A-quo, resolvió hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual promovida por Aníbal Zarza condenando a la demandada a pagar la suma de DÓLARES TREINTAY OCHO MIL QUINIENTOS, más intereses legales, más la suma de DÓLARES AMERICANOS TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA, en concepto de daño moral. Así mismo por S.D. N° 927 de fecha 11 de noviembre de 2010, resolvió rechazar el recurso de aclaratoria deducido por la

parte actora, contra la S.D. N° 875 de fecha 21 de octubre de 2010, por considerarla improcedente.

El apelante en su escrito de expresión de agravios menciona que el fallo emitido por el Tribunal, hoy materia de recurso ante la Corte Suprema de Justicia, le ocasiona un gravamen irreparable por ser injusto y contrario a los hechos y al derecho debatido, incurriendo en una incorrecta valoración del material probatorio rendido en autos, en grave perjuicio a su parte. Menciona que el Tribunal omitió expresamente referirse a los hechos debatidos como ser el incumplimiento de la orden de embargo y transferencia de fondos, así como la omisión de informar por parte de Interbanco S.A., en tiempo oportuno, cuando a contrario sensu trabó, conforme señala, con veloz diligencia, la orden dictada por el Juez de Paraguarí. Refiere que Interbanco S.A. señala que pagó cumpliendo una orden judicial, sin haber acreditado la existencia de dicha orden.

Al contestar el traslado de la expresión de agravios presentada, la parte demandada contradice las manifestaciones del agravante, señalando que el embargo solicitado no pudo ser llevado a cabo por Interbanco S.A., en razón de que el mismo debe efectuarse sobre el título, el cual no se encontraba en poder del mismo, sino en poder de la firma Bríos de Finanzas S.A., y que de lo contrario su acatamiento sería contra legem. Manifiesta además que el Señor A.Z. estuvo en conocimiento que en fecha anterior al pedido de embargo por el solicitado dentro del proceso ejecutivo, ya existía un reclamo y pedido de embargo, como también que el documento C.D.A., se encontraba en poder de la firma Bríos S.A. Señala también que con la circunstancia indicada no se cumplieron los presupuestos de responsabilidad civil por parte de Interbanco S.A.

Encontrando así trabada la cuestión debatida en esta instancia con respecto del fallo dictado por el Ad-quem, es ineludible adentrarnos en primer término al reclamo efectuado por el recurrente conforme a la exposición que presentara, y dicho reclamo se refiere a la tardía respuesta del requerimiento del oficio judicial emanado del presente proceso, en cuanto a los pedidos de embargos y transferencia de los fondos referentes al Certificado de Depósito de Ahorro perteneciente al demandado, y el perjuicio que menciona, le situó este suceso.

De las aseveraciones referidas durante el transcurso del presente proceso en las instancias correspondientes surge sin lugar a dudas para el accionante, a estas alturas, cuál es la naturaleza del título, y la modalidad legal indicada a los efectos de la traba de embargo sobre el mismo. En este sentido corresponde

recalcar que la norma indica claramente que la medida cautelar de embargo debe trabarse sobre el título, no así sobre los montos en dinero en él indicados, esto en salvaguarda de la seguridad jurídica que requieren las transacciones realizadas con el mismo. (Art. 1512 C:C:).

Ahora bien, quedó claro y probado la excesiva lentitud por parte de Interbanco S.A., en responder, tanto el oficio judicial de embargo, como la orden de transferencia, y sus reiteraciones, conforme lucen en las fechas de emisión, y su contestación, las cuales distan unas de otras de aproximadamente un año. Esta situación denota por parte de la demandada desidia en cuanto a informar al Juez del proceso ejecutivo sobre la circunstancia suscitada en cuanto a la imposibilidad de verificar el pedido de embargo y transferencia.

Esta postura asumida por Interbanco S.A., podría reubicar la responsabilidad de la demandada en autos en cuanto al daño reclamado por el Sr. A.Z., de no ser por el conocimiento que el mismo reveló tener con respecto a la existencia y tramitación del juicio sucesorio, en circunstancias de que los propios herederos se presentaran en el proceso ejecutivo, como así también en cuanto a la existencia del certificado de depósito de ahorro, conforme lo mencionara el mismo al momento de responder a las posiciones en audiencia llevada a cabo en autos.

En este punto y al haber accedido el señor A.Z. a dicha información de la existencia del juicio sucesoral del accionado, debió haber advertido que conforme a las constancias de las compulsas debidamente autenticadas de los citados autos, en fecha 28 de junio de 2005, fue presentado un escrito por parte de la firma Bríos S.A., en donde menciona ser tenedor legítimo del certificado de depósito de ahorro, al tiempo de interponer recursos contra la providencia de fecha 10 de junio de 2005, a f. 58, por la que fuera decretado embargo preventivo sobre el certificado de depósito de ahorro, medida cautelar cuyo oficio fuera recepcionado por Interbanco S.A., en fecha 22 de junio de mismo año.

Como puede notarse este hecho fue registrado dos meses antes del pedido de embargo ejecutivo solicitado y decretado por pedido del señor A.Z., con lo cual podemos inferir que el accionante pudo advertir que su reclamo pudiera resultar menguado o ilusorio, en cuanto al resarcimiento reclamado en el proceso correspondiente, con respecto al certificado de depósito de ahorro.

De lo antedicho se puede colegir que no surge propiamente una conducta antijurídica por parte de Interbanco S.A., que derive en el daño mencionado por

el accidente, no obstante no podemos dejar de recalcar así mismo la actitud del Banco en cuanto a la tardía respuesta a las medidas decretadas y requeridas por el Órgano Jurisdiccional, en el proceso ejecutivo en el que accionara el demandante.

Se comparte, el criterio expuesto por el preopinante Dr. César Garay en cuanto a que “surge indiscutible e irrefutablemente que el Banco no ha dado respuesta -oportuna e inmediata- a oficios remitidos. Por lo demás, no resulta atendible el argumento de la accionada que afirma que el Oficial de Justicia es quien debía de efectivizar su cumplimiento”.

Es este punto, reitero lo dicho por el Ministro preopinante de haber observado conducta “negligente, indolente y desinteresada” por parte del Interbanco S.A.

Sin embargo, y por el análisis referido en los párrafos más arriba descritos se corrobora igualmente la conclusión de que no resulta procedente la demanda de indemnización de daños y perjuicios, pues, si bien el Banco obró de manera descuidada y negligente, no es menos cierto que tal obrar no produjo daño al accionante, pues –de cualquier manera– la orden de embargo no podía haberse cumplido debido a que la misma corresponde sea realizada sobre el título, el cual debió necesariamente encontrarse en poder del Banco, para su debida toma de razón.

Por tanto me adhiero al voto del Ministro preopinante Dr. César Garay, en cuanto a la confirmación del Acuerdo y Sentencia recurrido.

En otro orden y en cuanto a la imposición de las costas, instituye el artículo 193: “El juez puede eximir total o parcialmente de las costas al litigante vencido, siempre que encontrare razones para ello...”.

La excepción a la regla de la imposición de las mismas al vencido por le hecho objetivo de la derrota, surge para aquellos casos en que proceda su aplicación luego de un análisis objetivo de las circunstancias comprobadas en la causa.

En el caso que nos ocupa vemos pues que la actitud y conducta del Banco demandado respecto a la tardía repuesta al requerimiento de la orden judicial, y otras respuestas emanadas del mismo en otros procesos, con respecto del CDA, cuyo embargo se solicitara, fueron escenarios de hechos que motivaron la promoción de la presente demanda, de donde podemos colegir que la presente acción no puede traducirse en una actitud precitada o insensata del accionante,

quien además se vio frustrado en el cobro de su crédito, sino más bien se traduce en la creación de un clima de duda en cuanto al actuar de la demanda, de tal forma que suscitó en el accionante la necesidad de promover la demanda que nos ocupa.

Las circunstancias señaladas constituyen razones significativas que se enmarcan en el requerimiento de la norma cuando prevé la exención de las costas al litigante vencido, excepción ésta al principio de la objetividad de la derrota, prevista igualmente en nuestra Ley procesal, - correspondiendo en consecuencia que las mismas se impongan en el orden causado en todas las instancias. (Art. 193 y 205 del C.P.C.). ES MI VOTO.

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

VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL,

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el Recurso de Nulidad.

CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia Número 120, del 3 de octubre del 2011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala.

IMPONER Costas en el orden causado, en las tres Instancias.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: BAJAC, GARAY Y TORRES

Ante mí: ALEJANDRINO CUEVAS (SECRETARIO JUDICIAL)

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.184

Cuestión debatida: *Si corresponde hacer lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios contra Luis María Ramírez B. en razón de la responsabilidad directa y personal de los Funcionarios y Empleados Públicos del Estado "por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones"; y subsidiaria del Estado, el cual responde en caso de insolvencia de aquellos.*

RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO.

La existencia de una relación jurídica de derecho administrativo, en virtud de un vínculo de función pública entre el particular y el Estado, hace con

que todo lo relacionado a la ejecución, cumplimiento o inejecución de las recíprocas obligaciones caiga dentro de la esfera de la responsabilidad administrativa del Estado y que no pueda ser nuevamente considerada a la luz de la responsabilidad aquiliana.

Es ya un criterio establecido en la doctrina que la aplicación del Art. 106 de la Constitución de 1992 se halla circunscripta a los casos en que el hecho generador de la responsabilidad no se haya producido dentro del marco de una relación jurídica preexistente, es decir, para aquellos casos de responsabilidad extracontractual o aquiliana.

CSJ. Sala Civil. 19/09/13. Juicio: “G. M. V. c/ L. M. R. B. s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 1.184)

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, 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: TORRES KIRMSER, GARAY Y BAJAC ALBERTINI.

SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO, EL MINISTRO TORRES KIRMSER EXPRESÓ: El Procurador Delegado de la Procuraduría General de la República, Abog. Víctor Emmanuel Arriola Rojas, fundó este recurso en los términos del escrito obrante a fs. 316 a 319 de autos. En el mentado escrito, la codemandada se agravió contra la sentencia recaída en segunda instancia debido a que fue pronunciada sin que a su parte se le haya dado intervención en el trámite de la instancia recursiva, por lo que se habría violado su derecho a participar del controversial.

El Abog. Edgar Báez Recalde, en representación del codemandado L. M. R. B., fundó este recurso en los términos del escrito obrante a fs. 321 a 339 de autos. Sostiene que la sentencia de segunda instancia sería nula debido a la aplicación de una norma que no habría entrado en vigencia, es particular el Decreto Ley N° 14.757 del 24 de julio de 1946. Según lo expuesto por el recurrente, el mentado decreto ley nunca reunió los requisitos establecidos por el Art. 54 de la Carta Política de 1940, para entrar en vigencia, puesto que en dicho periodo la Cámara de Representantes no entró en funciones, por lo que

no podría haber sido sometido a la misma para su aprobación en el siguiente periodo de sesiones al que fue dictado. Expresa, además, que respecto del mencionado decreto ley, en el supuesto que se lo considere como vigente al tiempo de los hechos que motivaron la presente acción, se habría producido la derogación por desuetudo, ya que habría sido inveteradamente inobservada por los órganos encargados de su aplicación.

El Abog. Luis Andrés Andrés Arévalo Kunert, invocando la representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, expresó agravios en los términos del escrito obrante a fs. 367 a 374 de autos. Sostiene que lo decidido deviene nulo como consecuencia de que su parte no habría tenido intervención en el controversial en segunda instancia, por lo que sostiene que se habría producido su indefensión. Sostiene, además, que el Decreto Ley N° 14.757 del 24 de julio de 1946 nunca habría entrado en vigencia y que por ello la decisión recaída en segunda instancia se funda en normas no vigentes. Señaló que aun en el supuesto que se considere que dicho decreto-ley entró en vigencia, éste habría sido derogado en forma tácita por la Ley N° 219/70, en cuanto contendrían disposiciones incompatibles, según el criterio del recurrente.

El representante de la parte demandante, Abog. Roberto Améndola, contestó los agravios de los codemandados expresando, entre otras cosas, que no existió agravios para el Estado o el Ministerio de Relaciones Exteriores con la omisión de su inclusión en el controversial de la instancia recursiva, debido a que su carácter es de responsable subsidiario y por ello no repercutiría directamente en su patrimonio la resolución que recayó en dicha instancia y, respecto a la supuesta aplicación de una norma que no se hallaba vigente, afirmó que el Decreto Ley en cuestión sí se hallaba vigente y prueba de ello sería que fue expresamente derogado por la Ley N° 1.335 del año 1999.

Como primera cuestión corresponde aclarar que el Decreto Ley N° 14.757 del 24 de julio de 1946, efectivamente entró en vigencia como consecuencia de lo dispuesto por la Ley N° 9 del año 1948, cuyo Art. 1° establece: “Apruébase todos los Decretos-Leyes dictados por el P.E. desde el 18 de febrero de 1940 hasta el 31 de marzo de 1948”. Respecto de la invocación de la desuetudo, nuestro derecho positivo históricamente ha sido tajante en el sentido de negar dicha posibilidad, como surge de lo dispuesto por el Art. 17 del derogado Código Civil, así como de la norma establecida por el Art. 7° de nuestro Código Civil vigente. Baste sobre este punto, cuanto ha sido expuesto por De Gásperi al comentar la

norma del Art. 17 del derogado Código Civil: “La costumbre suplía el silencio de la ley, servía para interpretarla y, por último, hasta para derogarla. Mas, como surgiesen muchas dificultades en la aplicación de los usos y costumbres y hubiese gran propensión en prescindir de la ley a título de no observarla, en violarla, so color de su desuso (desuetudo) se produjo la reacción contraria y fruto de ella es la disposición de la segunda parte del art. 17 de nuestro Código Civil, según la cual, el uso ni la costumbre no pueden derogar la ley. Las mismas reglas son aplicables al ‘uso contrario’ (consuetudo abrogatoria) que tampoco puede derogar la ley” (Luis De Gásperi. *Curso de Derecho Civil, Personas*. Imprenta Nacional. Asunción, año 1929. Pág. 74).

Respecto de la falta de integración de la Litis en la instancia recursiva, por no haberse dado participación en el controversial al Ministerio de Relaciones Exteriores, debe señalarse que no puede existir nulidad alguno por dicho motivo, dado que el Ministerio no reviste el carácter de parte en el presente proceso, dado el hecho de que esta repartición estatal carece de personalidad jurídica propia, independiente de la personalidad jurídica del Estado Central, que es representado en aquellas causas donde se discutan derechos patrimoniales del Estado, por la Procuraduría General de la República. Al respecto, la doctrina nacional tiene establecido: “La responsabilidad recae sobre la entidad administrativa [...] con personalidad jurídica. En el caso del Estado, aunque la ejecución del contrato hubiese quedado a cargo de algún Ministerio o repartición administrativa [...] sin personalidad jurídica, la responsabilidad es del Estado, contra quien debe dirigirse la demanda”; “La acción [...] de indemnización [...] debe ser dirigida [...], por hechos accidentales, contra la institución administrativa en que se produjo el hecho, si tiene personalidad jurídica, y contra el Estado si no la tiene” (Salvador Villagra Maffiodo. *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial “El Foro”. Asunción. Págs. 297, 311 y 312).

La jurisprudencia de la Corte Suprema es firme en este sentido: “La posibilidad reconocida a los Ministerios de actuar en virtud de la Ley y ejercicio de las funciones que esta le confiere, no puede implicar la escisión del Estado en otras tantas personas jurídicas de derecho público, más aún cuando la subordinación del Ministro al Poder Ejecutivo está expresamente prevista en el Art. 242 de la Constitución Nacional, donde se establece expresamente la subordinación de la administración de las diversas carteras –entre las que se encuentra la actora– al Presidente de la República. Ello, además de contradecir el

espíritu de los Arts. 1º y 3º de la Constitución Nacional, crearía personas jurídicas que tendrían la peculiar característica de una personalidad que podría llamarse intermitente: Una personalidad que sería distinta para cada actuación, con matices diversos para las distintas personas que se vean afectadas por ellos. Ello es jurídicamente inconcebible [...] En suma, el pronunciamiento de una sentencia condenatoria contra el Ministerio y no contra el Estado Paraguayo produce una resolución que no podría de ninguna manera ser ejecutada, ya que tal dependencia del Estado no cuenta con autonomía ni autarquía y por ello carece de un patrimonio propio” (S.D. N° 195, del 22 de abril de 2013, Sala Civil).

El hecho que no se haya substanciado el controversial con la Procuraduría General de la República en segunda instancia definitivamente produce un vicio que podría motivar la declaración de nulidad de lo actuado ante dicha instancia, como consecuencia de la indefensión de que esto motiva respecto de una de las personas –el Estado Paraguayo– que reviste el carácter de parte demandada en la presente Litis, conforme con lo dispuesto por el Art. 420, 113 y concordantes del Código Procesal Civil. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 407 del Código de Forma, corresponde pasar al estudio del Recurso de Apelación también interpuesto en estos autos; ya que el vicio de nulidad puede ser subsanado por dicha vía. Así voto.

SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD EL SEÑOR MINISTRO GARAY EXPLICITÓ: Coincido juzgamiento al del señor Ministro preopinante por las motivaciones que se leen. Séame permitido rememorar que nuestra legislación niega validez al procedimiento consuetudinario que surge de la costumbre contra legem y a su efecto negativo que es la desuetudo. En efecto, el Artículo 7º del Código Civil dispone: “*Las leyes no pueden ser derogadas, en todo o parte, sino por otras leyes... El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieran a ellos*”.

Es sabido que la desuetudo “*es la derogación de la ley por su no uso se configura cuando la costumbre o el uso social prescinden totalmente de una ley y actúan como si ella no existiera. Ello se debe, como es obvio, del divorcio existente entre la norma y el medio social para el que ha sido establecido*” (GARRONE, José A., Diccionario Jurídico – Tomo II, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2.005, p. 261).

Aftalion-Vilanova explicitan: “*El caso de desuetudo es uno de los puntos que hace crisis la doctrina tradicional que identifica el derecho con la Ley, es*

decir con las normas emanadas de autoridad competente... Esta conclusión es reforzada a menudo por disposiciones legales que pretenden establecer expresamente la inoperancia de la costumbre frente a la ley. Es lo que ocurría con el artículo 17 de nuestro Código Civil: las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos... (“Introducción al Derecho”, págs. 672/3).

Por lo demás, el Decreto Ley N° 14.757/46 fue aprobado por Ley N° 9/48, por lo que al no estar derogada –dicha normativa– estaba plenamente vigente al tiempo que ocurrió el hecho generador.

En lo atinente a la falta de intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Procuraduría General de la República, de constancias procesales surge que, efectivamente, no se les dio intervención en Segunda Instancia, pues no se dispuso traslado de los escritos de expresiones de agravios.

Respecto al Ministerio de Relaciones Exteriores, cabe señalar que según lo dispuesto en los artículos 240 y 242 de la Constitución Nacional, no está dotado de personalidad para actuar por sí mismo, pues es institucional y “jerárquicamente” subordinado al Órgano Central con todas sus consecuencias. Por ello, no tiene legitimación pasiva para estar en Juicio, razón por la cual no corresponde la nulidad.

Cabe precisar que S.E. el Presidente de la República, junto con los ministros del Poder Ejecutivo, conforman el Poder Central de la Administración. Villagra Maffiodo explicita: *“Dentro del mismo Poder Ejecutivo, en el que se asegura la unidad de la Administración mediante las facultades del Presidente, la Constitución abre la posibilidad de la especialización de funciones con la previsión de creación por ley de Ministerios que tendrán a cargo el despacho de los negocios de la República”* (“Principios de Derecho Administrativo”, pág. 134).

Se aprecia, pues, que el Poder Ejecutivo desenvuelve su acción a través de Ministerios. *“El órgano ministerial es de origen constitucional. Trátese de un órgano carente de personalidad. Es un órgano de órgano, pues pertenece al Órgano “Ejecutivo”... Hay una total interdependencia entre el órgano presidencial y el ministerial... el órgano ministerial integra el Poder Ejecutivo”* (Maiernhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 389). Y ello así, pues *“El Poder Ejecutivo no puede descentralizar sus propias funciones, por el principio de la indelegabilidad de las funciones públicas”* (Dromi, “Derecho Administrativo”, pág. 468).

Si bien –como dijimos– el Ministerio de Relaciones Exteriores no tiene legitimación pasiva, no ocurre lo mismo con la Procuraduría General de la República, a la que ineludiblemente debió correrse traslado en Segunda Instancia, pues sólo aquella interviene y representa al Estado, que fue demandado en forma subsidiaria. Esta Magistratura juzgó y resolvió así en casos similares anteriores, invariablemente.

Con ello, se incurrió en considerable vicio, pero en estricta observancia de lo dispuesto en el Artículo 407 del Código Procesal Civil, pasaremos al estudio del Recurso de Apelación. Así voto.

ASU TURNO EL SEÑOR MINISTRO BAJAC ALBERTINI DIJO: Que se adhiere al voto del ministro Torres Kirmsler por sus mismos fundamentos.

SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO, EL MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: Por S.D. N° 134, del 29 de marzo de 2011, el Juzgado de Primera Instancia del Cuarto Turno, en lo Civil y Comercial, resolvió: “No Hacer Lugar la excepción de prescripción opuesta por el señor L. M. R.B., conforme a lo expuesto en el considerando de la presente resolución; Hacer Lugar, con costas, a la excepción de falta de acción opuesta por el señor L. M. R. B. y, rechazar, consecuentemente, la demanda promovida en autos por el señor G.M.V. en contra del excepcionante, conforme y con el alcance expuesto en el considerando de esta resolución; Anotar...”. (sic) (f. 226).

El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, de Asunción, por Sentencia Definitiva N° 142, del 1 de octubre de 2012, resolvió: “I. Tener por desistidos a los recurrentes del recurso de nulidad; II. Confirmar el apartado primero de la sentencia en estudio; III. Revocar el segundo apartado, rechazar la Excepción de Falta de Acción opuesta como medio general de defensa, y en consecuencia, Hacer lugar a la demanda promovida por el Sr. Gustavo Miranda Valenzuela, contra L. M. R. B. y en forma subsidiaria contra el Estado Paraguayo, condenando al demandado a abonar al actor los rubros detallados en el exordio de la presente resolución identificados como daño material, cuyos montos finales serán establecidos en el momento de la liquidación, a Gs. 90.000.000, más sus intereses al 2,5% mensual desde la promoción de la demanda, en concepto de daño moral; IV. Imponer las costas de ambas instancias al demandado; V. Hacer lugar a la demanda subsidiaria contra el Estado Paraguayo; VI. Anotar...” (sic) (fs. 306 vlta. y 307).

El Abog. Edgar Báez Recalde, en representación del codemandado L. M. R. B., fundó este recurso en los términos del escrito obrante a fs. 321 a 339 de

autos. Por el referido escrito, explicitó: “En primer lugar cabe resaltar que el Sr. G.M.V.demandó al Estado, llegando a un acuerdo resarcitorio y además fue repuesto en el cargo [...] Habiendo el actor llegado a un acuerdo voluntariamente, no puede pretender una doble compensación sobre lo resuelto en los Tribunales, pretendiendo además hacerlo responsable al Dr. L.M.R.B. sobre hechos posteriores a su retiro del Ministerio de Relaciones Exteriores [...] La demanda tuvo como origen en el Decreto N° 12.288 del 31 de enero del año 1996; pero el tribunal inferior no tuvo en cuenta que aproximadamente tres meses después del mencionado Decreto se nombró canciller al Dr. R.D.M.L. en reemplazo del Dr. L. M. R. B. [...] Mi mandante no puede ser responsable con respecto a sus aumentos salariales, ascensos, intereses, daño moral, etc., porque no tenía ninguna injerencia en el Ministerio de Relaciones Exteriores en esa época, desde el momento de su retiro como Ministro [...] La alegación de la actora, que no se le hizo ningún sumario administrativo, no tiene razón de ser porque no fue una ‘cesación en el cargo’, sino pasarlo a ‘disponibilidad de la Cancillería’ para tener otras funciones del Ministerio o en el exterior, como ocurrió poco tiempo después. Nunca, hasta la fecha, se lo dejó cesante. Tampoco mi comitente tuvo responsabilidad en la demora en su reposición porque dejó la Cancillería tres meses después del referido decreto [...] La actora pretende a través una acción resarcitoria de daños, perjuicios y demás rubros, solicitar encubiertamente lo que ya se le ha concedido anteriormente, para lo cual utiliza nuevamente el argumento general histórico que parte del supuesto de ilegalidad del Decreto N°. 12.288/96 [...] La propia actora admite expresamente que el caso que plantea ya se halla resuelto por el Tribunal de Cuentas y con sentencia confirmada por la Corte Suprema de Justicia, según copias presentadas, de ello se colige que la Administración de Justicia ha impuesto la sanción al Estado conforme a la pretensión de la actora percibiendo sus salarios caídos, siendo repuesta en el cargo, con lo que ha quedado finiquitado al caso litigioso, extinguiéndose cualquier otra responsabilidad de las partes, de ahí que la actora carezca de acción para plantear y promover la demanda por indemnización que ahora pretende”.

El Procurador Delegado de la Procuraduría General de la República, Abog. Víctor Emmanuel Arriola Rojas, no fundó el recurso de apelación interpuesto, por lo que corresponde declarar la deserción del mismo. Esto, sin embargo, dado el carácter reflejo de la responsabilidad del Estado –cuya procedencia o

no depende directamente de la constatación de un hecho ilícito generador de responsabilidad imputable al codemandado en su carácter de funcionario público—, no obsta a que el Estado se vea eventualmente beneficiado por el pronunciamiento que recaiga respecto del recurso de apelación interpuesto y fundado por el codemandado y ex funcionario L.M.R.B., conforme lo expresado más arriba al tratar la nulidad y diferir su pronunciamiento.

El Abog. Luis Andrés Andrés Arévalo Kunert, invocando la representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, expresó agravios en los términos del escrito obrante a fs. 367 a 374 de autos.

El representante de la parte demandante, Abog. Roberto Améndola, expresó: “El resultado de la demanda contenciosa no debe beneficiar al demandado, ya que en el mismo se resolvió, por acuerdo, reincorporar al Sr. Miranda, porque ello así correspondía [...] El acuerdo fue solo sobre su reincorporación; sobre los salarios se siguió litigando y la condena ha recaído en esa materia sobre el Estado. Ahora bien, a nadie escapa que quedarse sin trabajo no es solamente quedarse sin salario, sino que abarca la afectación de otros derechos muy sensibles para el empleado público, como ser las promociones, ascensos, integridad moral, etc. [...] Con respecto a la supuesta inexistencia de responsabilidad personal, el demandado ignora todos los cánones, reglas y leyes. La discrecionalidad que alega no significa arbitrariedad. Para rechazar las ideas desordenadas que exhibe en su escrito bastará con volver sobre los Artículos 106 y 242 de la Constitución Nacional: estos establecen la responsabilidad de toda persona que accede a la función pública y en especial al cargo de Ministro del Poder Ejecutivo” (sic) (fs. 343 a 345).

Como primera cuestión, debe señalarse que, efectivamente, en el Derecho Paraguayo se distinguen claramente dos regímenes de responsabilidad, con sus respectivas subclases, cuyas características difieren en diversos aspectos, tales como presupuestos para su procedencia, régimen probatorio, plazos de prescripción, órganos competentes para su juzgamiento según la materia, extensión de la reparación, e inclusive sujetos obligados, entre otras diferencias. En este sentido, puede hablarse de responsabilidad contractual u obligacional, que nace como consecuencia del incumplimiento de una obligación concreta y específica, dentro del marco de una relación jurídica concreta; así como de responsabilidad extracontractual, que nace como consecuencia de la producción de un evento imprevisto que genera daños a una persona que no se halla obli-

gada a soportarlos por el derecho. Dentro de estas categorías puede distinguirse diversas categorías que determinarán, por ejemplo, el órgano jurisdiccional competente en razón de la materia, como ser el caso de la responsabilidad relacionada al incumplimiento de contratos laborales o aquella que nazca dentro del marco de relaciones jurídicas de derecho administrativo.

Normalmente, todo este universo de cuestiones pasa desapercibido, dado el hecho de que la materia sometida a la competencia del órgano jurisdiccional es fácilmente encuadrable para su juzgamiento dentro de una de las categorías mencionadas. El caso de marras no es uno de esos supuestos. Por el contrario, en la presente Litis se discute la responsabilidad de un funcionario por su participación en la decisión que motivó la puesta a disposición de otro funcionario público dentro del marco de una relación laboral administrativa con el Estado central, situación que a su vez fue objeto de una Litis ante la instancia contencioso administrativa en la que se reclamó la responsabilidad del Estado en su rol de empleador.

Esta breve reseña obliga a plantearse el interrogante sobre si es posible en nuestro derecho la coexistencia o concurso de la responsabilidad contractual de la persona jurídica con aquella extracontractual del sujeto que fungió como órgano de la misma, con respecto a terceros, fundadas a partir de un mismo evento.

Así, pues, lo dicho puede plantearse en los siguientes términos: ¿Es posible que el hecho causante de un daño pueda provocar al mismo tiempo la aplicación de dos tipos de responsabilidad, es decir la aquiliana y la contractual? La doctrina presenta la cuestión de la siguiente manera: “El problema que se presenta [...] es el de la posible concurrencia de ambas clases de responsabilidad cuando en el hecho causante del daño concurren, al mismo tiempo, los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber general de no causar daño a otro” (García Valdecasas, citado por Mariano Yzquierdo Tolsada, “La responsabilidad por culpa en el ámbito médico: Cauces para su exigencia”. V Congreso Nacional de Derecho Sanitario. <http://www.aeds.org/congreso5/5congre-14.htm> -15/07/2010-).

En nuestro país la actividad económica se desarrolla dentro del ámbito del libre intercambio de bienes, de la libertad de concurrencia y en un marco donde los factores de la producción no son de exclusiva propiedad del Estado –conforme con los Arts. 107, 108, 109, 176 y 177 de la Constitución Nacional–. En el

contexto jurídico económico así descrito, la posibilidad de conocer de antemano, en la forma más certera posible, las consecuencias de las decisiones económicas es esencial para la producción de los bienes y servicios destinados a la satisfacción de las necesidades de la población. Por ello son fundamentales las normas que el derecho dicte en materia de responsabilidad contractual, ya que el contrato es, mayoritariamente, el instrumento jurídico por medio del cual se realiza el intercambio en el mercado.

La seguridad jurídica y la previsibilidad del riesgo adoptado son elementos tenidos en consideración por cualquier individuo al iniciar cualquier tipo de negociación con miras a la contratación. Esto es igualmente reconocido por nuestro derecho, verbigracia, al reconocer institutos tales como la imprevisión, Art. 672 del Código Civil.

Por ende, es lícito afirmar que el derecho paraguayo parte de la base de que en virtud del contrato, sea éste administrativo o de derecho privado, las partes han acordado renunciar a una parte de su libertad, obligándose a una prestación y en busca de un beneficio –que podría no ser patrimonial, sino una mera satisfacción moral–. En este ámbito, las partes, mediante el ejercicio de la autonomía de sus voluntades, circunscriben sus derechos y obligaciones al ámbito del contrato –con mayor o menor amplitud, según el ámbito en que se desarrolle la relación–, lo que les permite a su vez prever las consecuencias de tal negociación y les faculta a realizar otros actos que puedan comprometer su patrimonio en lo futuro.

Esto se traduce en que en nuestro derecho las reglas de la responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones no son las mismas que aquellas aplicables a la responsabilidad aquiliana o por hecho ilícito. El Código Civil Paraguayo netamente distingue los efectos de la responsabilidad que nace del incumplimiento de un deber preciso y preestablecido en forma concreta –cuyas consecuencias, por ende, son más restringidas–, de los efectos que pueda producir el incumplimiento de la obligación genérica de no dañar a otro –cuyas consecuencias son a su vez más amplias–.

Estas diferencias se traducen en la presunción de culpa ante el incumplimiento obligacional en materia contractual, los plazos prescripcionales, la extensión de los daños reparables, etc. Como ejemplo, valga analizar la regulación de los daños resarcibles en materia contractual y en materia de responsabilidad por ilícito.

En materia de responsabilidad por el incumplimiento de una obligación concreta y distinta del deber genérico de no dañar, la culpa del deudor lo obliga a reparar tan solo el daño directo o las consecuencias inmediatas de su incumplimiento: “el valor de la pérdida sufrida y de la utilidad dejada de percibir por el acreedor como consecuencia de la mora o del incumplimiento de la obligación” –Art. 450 del Código Civil–; y si el incumplimiento fuese doloso, la reparación de dichos daños podrá extenderse a las consecuencias “mediatas”, de conformidad con el Art. 425 del mismo cuerpo legal. Si la obligación nació de un acto jurídico a título oneroso, es posible reclamar también la reparación del daño no patrimonial sufrido inclusive.

En materia de responsabilidad aquiliana, donde por regla general la culpa no se presume, el elenco de daños reparables es mucho más amplio. En este sentido, el acto culposo obliga a la reparación de las consecuencias inmediatas, así como de las mediatas previsibles; mientras que la realización de un delito o acto doloso, motiva el deber de reparar inclusive las consecuencias casuales – Art. 1856 del Código Civil–. Por ende, no es difícil percibir que el deber de reparar es más amplio en la responsabilidad aquiliana que en la contractual, tanto tratándose de un hecho culposo, como doloso.

Como consecuencia, puede afirmarse que, ante la existencia de distintos supuestos de hecho –uno el incumplimiento de una prestación determinada; el otro el quebrantamiento de un deber genérico de no dañar–, distintas reglas probatorias, distinta extensión de los daños reparables y distintos plazos de prescripción, la ley ha querido que sean tratados de manera distinta la responsabilidad contractual o por incumplimiento obligacional, de la responsabilidad aquiliana o por hecho ilícito.

Especialmente si tenemos en cuenta que las leyes son obligatorias en todo el territorio nacional –Art. 1º del Código Civil– y que el juez está obligado a aplicar la ley y a calificar los hechos expuestos por las partes de acuerdo al derecho vigente, independientemente de la calificación que estas hayan dado a sus pretensiones –Art. 159, inc. e) del Código Procesal Civil–. Por esto, puede sostenerse que las partes no pueden optar por el régimen de responsabilidad aplicable al hecho generador del daño cuya reparación se pretende.

La doctrina ha expresado en este sentido: “Es incorrecto decir, por ejemplo, que como el dolo y el fraude se oponen ‘a todas las reglas del derecho contractual, no está ya el culpable bajo la protección del contrato y deberá sufrir la

aplicación del derecho delictual' (entiéndase, extracontractual), debiéndose así dar a la víctima la posibilidad de optar por una u otra vía porque 'el sentido de la justicia reclama una mayor protección'. Y es incorrecto porque el dolo y el fraude aludidos, como también la negligencia o la mora pueden encontrar perfectamente su acomodo en las reglas de la responsabilidad contractual, y no hay necesidad de buscar mayor protección fuera de ellas [...] Si hubo vínculo, la obligación encuentra en el contrato su única fuente posible, y las normas han de ser las contractuales. Como dice Barassi, el contrato crea una situación particular, la cual es absorbente y excluye aquella más general que la ley crea por su cuenta, a falta de pactos particulares" (Mariano Yzquierdo Tolsada, obra citada). En idéntico sentido, la doctrina francesa ha sentado: "Los artículos 1832 y siguientes del Código Civil no son aplicables cuando se accione en virtud de la falta cometida por la inexecución de una obligación resultante de un contrato" (Leveneur, Laurent. Code Civil 2010. Actualizado por André Lucas. LexisNexis S.A. París, pág. 729).

Igualmente la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, se manifiesta en términos análogos: "Los juzgadores han omitido por completo el estudio y fundamentación de circunstancias claves para la resolución del caso; esto es, la configuración del régimen de responsabilidad como contractual o extracontractual [...] Nos hallamos, pues, en presencia del instituto previsto en el art. 669 del CC, en cuya virtud las partes pueden reglar libremente sus derechos. No cabe, pues, la aplicación de las normas por indemnización derivada de acto ilícito; puesto que en el caso el deber jurídico que se asume violado es concreto y preciso, derivado de una relación contractual puntual entre actor y demandado" (Ac. y Sent. N° 853, 24/09/2008, Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, Sala Civil y Comercial). "El art. 1107 C.C., y en general todas las soluciones y la sistemática del libro II de ese cuerpo legal consagran un doble sistema de responsabilidad: el contractual y el extracontractual, pero no ha establecido la posibilidad de que el interesado ejercite libremente y en función de una decisión personal, una elección que le permita derivar las consecuencias del hecho por el que reclama a uno u otro de los sistemas existentes. La voluntad de aquél resulta ineficaz para modificar una derivación que resulta de la propia naturaleza de las cosas" (SCBA, Ac. 33411 S 6-11-1984).

La postura sentada líneas más arriba ya ha sido sostenida en voto mayoritario de esta Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por Sentencia Defini-

tiva N° 746, del 30 de diciembre de 2010. Vale resaltar una vez más que la locución “responsabilidad contractual” debe ser considerada como omnicomprensiva de todos aquellos supuestos en los que el evento dañoso se haya materializado en el marco de una relación jurídica preexistente, en la que los derechos y obligaciones de las partes, así como las consecuencias del incumplimiento, ya eran previsible de antemano, según la dinámica negocial y las reglas a la que se halle sometida la relación jurídica concreta. De esta manera, las conclusiones indicadas son igualmente aplicables a los contratos de la administración pública, a pesar de las numerosas diferencias que puedan existir entre estos y los contratos de derecho privado, conforme con lo apuntado por la más distinguida doctrina nacional (Salvador Villagra Maffiodo, obra citada, págs. 154, 155 y 217). En otros términos, la existencia de una relación jurídica de derecho administrativo, en virtud de un vínculo de función pública entre el particular y el Estado, hace con que todo lo relacionado a la ejecución, cumplimiento o inejecución de las recíprocas obligaciones caiga dentro de la esfera de la responsabilidad administrativa del Estado y que no pueda ser nuevamente considerada a la luz de la responsabilidad aquiliana.

En este sentido: “Los contratos de la Administración que generalmente son considerados ‘contratos administrativos’, los enumeramos en el orden siguiente: función pública [...] Sólo por completar el cuadro de responsabilidades del Estado nos ocupamos aquí de la responsabilidad contractual [...] La responsabilidad recae sobre la entidad administrativa contratante con personalidad jurídica. En el caso del Estado, aunque la ejecución del contrato hubiere quedado a cargo de algún Ministerio o repartición administrativa [...] la responsabilidad es del Estado, contra quien debe dirigirse la demanda [...] Para nosotros, el problema de la responsabilidad extracontractual del Estado está resuelto en la Constitución vigente que en su Art. 41, al consagrar la responsabilidad personal de los agentes, prescribe: ‘sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, que será reglamentada’, y en el Art. 53 que establece: ‘Los paraguayos y los extranjeros tendrán derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios de que hayan sido objeto por parte de la autoridad legítima en ejercicio de sus funciones’” (Salvador Villagra Maffiodo, obra citada, págs. 296, 297). Al respecto, debe señalarse primeramente que si bien la actual Constitución no es la misma a la que se hace referencia en el texto citado, los Artículos citados por el Doctrinario, son perfectamente asimilables a los actuales y vigentes Arts.

106 y 39 de la Constitución. Por lo tanto, puede verse que es ya un criterio establecido en la doctrina que la aplicación del Art. 106 de la Constitución de 1992 se halla circunscripta a los casos en que el hecho generador de la responsabilidad no se haya producido dentro del marco de una relación jurídica pre-existente, es decir, para aquellos casos de responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Por tanto, no puede pasar desapercibido el hecho de que el demandante es funcionario público del Ministerio de Relaciones Exteriores y que conforme con las disposiciones legales vigentes al tiempo en que se produjeron los hechos, fue dispuesta su puesta a disposición por quien tenía la competencia para así disponerlo, el Presidente de la República, por decreto refrendado por el Ministro del ramo, por lo que si bien podría discutirse la oportunidad o la fundabilidad o mérito de la decisión tomada por quien ostentaba la posición de órgano competente y superior jerárquico, no puede discutirse que se trató de un acto administrativo formalmente válido ejecutado dentro del marco de una relación de función pública. Por lo tanto, los derechos y obligaciones que dicho motivo haya generado, solamente podrían ser estudiados dentro del marco del derecho administrativo laboral o de la función pública, como efectivamente ocurrió, sin que pueda sustentarse la posibilidad de una concurrencia de regímenes de responsabilidad que, según lo visto, resultan excluyentes entre sí, como son los regímenes de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual.

De sostener la tesis contraria, se estarían duplicando las responsabilidades de los sujetos intervinientes en la relación jurídica, puesto que el individuo que ejerza como órgano se hallaría en la obligación de responder respecto a la persona jurídica como consecuencia de las decisiones equivocadas que haya adoptado en ejercicio de sus funciones en aquellos negocios jurídicos en que intervenga como órgano de la persona jurídica –en virtud de las normas que rijan la relación interna entre quien ejerza como órgano y la persona jurídica– con terceros y, además, debería responder, por el mismo hecho que ya respondió la persona jurídica, también al tercero contratante por una supuesta responsabilidad extracontractual. Lo más notorio de esta perspectiva, es que se llega al sin sentido de sostener que el Estado, que ya respondió en virtud de la relación jurídica, deba responder subsidiariamente por el supuesto hecho ilícito del funcionario, duplicándose de esta manera también la responsabilidad del ente de derecho público. Esto excede los límites de lo razonable.

En estos autos se da, además, la particularidad de que lo relacionado a la función pública, en la faz del Estado como empleador, es competencia de la jurisdicción administrativa, a la que recurrió el actor de la presente demanda y en la que recayeron sendos pronunciamientos del Tribunal de Cuentas (S.D. N° 66, del 7 de mayo de 2002, Primera Sala) y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (S.D. N° 1.446, del 29 de agosto de 2003), en los que se dejó establecida la naturaleza de la responsabilidad y los rubros indemnizatorios que el demandante se hallaba facultado a percibir. Estos pronunciamientos han pasado a fuerza de cosa juzgada y no pueden ser desconocidos en esta instancia, por lo que podemos afirmar que a estas alturas no es posible discutir que el hecho que motivó la presente demanda fue un acto administrativo formalmente válido –puesto que no fue anulado por la jurisdicción competente– y ejecutado por el órgano competente –conforme lo dispuesto por los Arts. 226, 238 num. 1) y 5), y 242 de la Constitución de 1992 y por el Art. 61 del Decreto Ley N° 14.757, que claramente establece la facultad del Poder Ejecutivo de declarar “en disponibilidad” a los funcionarios del servicio exterior–, por lo que tan solo comprometió la responsabilidad de la persona jurídica respecto del funcionario y no así la personal de quién ejercía el cargo de superior jerárquico.

Por tanto, la actuación del codemandado, L.M.R.B., en estos autos no puede ser estudiada desde la perspectiva de su responsabilidad civil por la comisión de un hecho ilícito, ya que su conducta se desarrolló en el marco de su actuación como órgano de una persona jurídica de derecho público, en la ejecución de un contrato administrativo de función pública. Por ende, las consecuencias que las vicisitudes en la dinámica negocial de la relación de función pública puedan generar, deben ser analizadas desde la esfera administrativa correspondiente, como lo fueron, en la que la actuación de los órganos es reeditada como actos de la persona jurídica y, por ende, no obligan a quienes ejerzan la función en forma personal, fuera de los supuestos indicados más arriba. Por lo previamente expuesto, corresponde hacer lugar a la excepción de falta de acción, por falta de legitimación pasiva, opuesta como medio general de defensa por L. M. R. B.

En consecuencia, al no existir un hecho ilícito extracontractual o extraño a la relación jurídica de funcionariado público que unía al demandante con el Estado, respecto de quien el codemandado L. M. R. B. fungía como órgano, no existe responsabilidad personal que le pueda ser reclamada por el demandante

e, igualmente y por vía de consecuencia, tampoco existe deber del Estado de responder subsidiariamente ante una obligación que no existe siquiera en cabeza del supuesto deudor principal.

La demanda de indemnización de daños incoada por Gustavo Miranda Valenzuela contra L. M. R. B. y contra el Estado Paraguayo, debe ser rechazada, por lo que el Acuerdo y Sentencia apelada debe ser revocado en este punto.

Vista la forma en que fue resuelto el recurso de apelación, el recurso de nulidad interpuesto por los demandados debe ser desestimado, de conformidad con lo establecido por el Art. 407 del Código Procesal Civil.

En virtud de lo dispuesto por los Art. 205, 203 incs. b) y 192 del Código Procesal Civil, las costas del juicio deben ser impuestas a la parte actora y perdidosa.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY PROSIGUIÓ DICIENDO: El objeto de la demanda encuentra recepción legal en los Artículos 106 de la Constitución Nacional y 1.845 del Código Civil, que establecen la responsabilidad directa y personal de las Autoridades superiores, Funcionarios y Empleados Públicos del Estado “*por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones*”. Y, subsidiaria del Estado, quien responde en caso de insolvencia de aquellos.

Surge, pues, que el sujeto pasivo de la responsabilidad prevista por dicha normativa es el Agente de la administración que -como tal- causa daño a tercero, por el que resulta personal y directamente responsable.

Villagra Maffiido ilustra al respecto: “*La responsabilidad personal del funcionario es una de las piedras angulares sobre las que reposa la legalidad de la Administración... La responsabilidad estatal debe ser subsidiaria y no sustituir o enervar de ningún modo la responsabilidad personal del Funcionario, porque subvertiría peligrosamente el principio general y fundamental consagrado en la constitución*” (Principios de Derecho Administrativo, pàg. 162). Continúa diciendo el citado autor: “*El primer caso de responsabilidad de la Administración es la emergente de actos antijurídicos (delitos y cuasidelitos) de sus agentes. Se llama responsabilidad indirecta en razón de que la Administración la asume por actos de sus agentes y nó por actos propios, ya que los actos ilícitos no le son imputables...*” (Ibídem, pág. 299).

Sin embargo, para que el funcionario público incurra en responsabilidad, no será suficiente cualquier hecho u omisión que cause perjuicio, sino que por

propio imperativo legal es menester que ello importe el obrar irregular en sus obligaciones legales. Siendo así, y como a nadie puede imputarse un daño del cual no resulta causante, con la particularidad de culpa anunciada, será necesario determinar cuál es el deber jurídico que se ha conculcado para incurrir en el supuesto irregular acto.

La más sólida Jurisprudencia ha establecido: “*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos sólo son justiciables civilmente si sus obligaciones legales han sido cumplidas de una manera irregular*” (Cámara Civil de la Capital, Fallo reproducido por H. Aguiar en “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley”, “Actos ilícitos. Responsabilidad civil”, Bs. As. Tea, 1.950, p. 458).

Los Funcionarios y Empleados Públicos tienen en general el Derecho de obrar conforme a Leyes y Reglamentos que establecen las formas y límites del ejercicio de sus funciones: si obran dentro de ellos su responsabilidad estará a buen resguardo legal; si por el contrario prescinden de las formas y límites allí determinados, es posible que su responsabilidad resulte comprometida.

G.M.V., funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores, sostuvo que el único responsable de la firma del Decreto N° 12.288, con fecha 31 de Enero de 1.996, era —el a la sazón— canciller L. M. R. B., aseverando que el instrumento administrativo fue elaborado en forma arbitraria por su Gabinete y que —a instancias de aquel— el entonces Presidente de la República firmó dicho Decreto. Sostuvo que el demandado utilizó la facultad legal (Decreto) para perjudicarlo, concretando abuso del poder, despotismo y arbitrariedad. Arguyó que el demandado como administrador de Recursos Humanos debió asignarle cargo y remuneración por el tiempo que estuvo a disposición del Ministerio, circunstancia que no se dio. Esgrimió que promovió Juicio en lo Contencioso Administrativo, a fin de dejar sin efecto el citado Decreto, afirmando que logró su reincorporación al Ministerio en Enero del 2.001, pero no en el rango que ostentaba sino en el de Auxiliar Administrativo. Aseveró que el citado Decreto fue como el cese de su relación laboral con el Estado, truncándole antigüedad, ascensos, Derechos constitucionales, apartarle de la carrera diplomática, etc.

Al responder el Embajador L. M. R. B. aseveró que el Decreto N° 12.288/96, fue firmado por el Presidente de la República y refrendado por él como colaborador subalterno. Por ello, afirmó que la responsabilidad no podía recaer en él sino sobre el Presidente de la República, el Ministerio de Relaciones Exteriores y subsidiariamente contra el Estado. Refirió que después de un viaje

presidencial del ingeniero J.C.W. a Santiago de Chile, que acompañó oficialmente el demandado, al observar los requerimientos de esa Embajada se vio la imperiosa y urgente necesidad de poner más énfasis en el sector comercial y económico de esa sede diplomática y, no existiendo ninguna posibilidad de contar con más rubros presupuestarios para enviar un especialista en cuestiones comerciales y económicas, ya que el accionante no estaba capacitado para desempeñar esas funciones, se optó por utilizar los rubros del sector cultural para ese propósito. Alegó que como era de suma urgencia, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 12.288, el 31 de enero de 1996, refrendado por el ministro de Relaciones Exteriores, pasando el funcionario Miranda Valenzuela a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esgrimió que era la forma usual de proceder para utilizar los rubros en casos de urgencias, buscándose posteriormente otro acomodo y ubicación para la persona que pasaba a disposición de ese Ministerio. Aseveró que no se aplicó el Artículo 61, del Decreto Ley N° 14.757/46, de pasar a Dictamen del Tribunal de Calificaciones y Disciplina, pues no se le declaraba en disponibilidad, sino que pasaba a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores. Señaló que para que exista responsabilidad personal de los Funcionarios Públicos aquellos debían cometer actos ilícitos o faltas en el ejercicio de sus funciones, circunstancias que no se dieron, según expuso y demostró.

De lo expuesto, se constata que no fue cuestionado que por Decreto N° 12.288, del 31 de enero de 1996, el Poder Ejecutivo dispuso “*pasar a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores al Segundo Secretario de la Embajada del Paraguay de la República de Chile, abogado Gustavo Miranda Valenzuela*”. Tampoco que desde esa fecha hasta el 11 de enero del 2001, Gustavo Miranda Valenzuela estuvo sin ejercer funciones en el Ministerio de Relaciones Exteriores ni en el Servicio Exterior.

Asimismo, ha quedado fuera de discusión y debate procesales que el Decreto N° 12.288/96, fue dictado en forma “irregular” según Fallos. En efecto, en el Juicio intitulado: “Gustavo Miranda Valenzuela contra Decreto N° 12.288, de fecha 31 de enero de 1996; dictado por el Poder Ejecutivo”, fueron dictadas Resoluciones –que pasaron en autoridad de Cosa Juzgada– estableciendo que “*el pase a disposición del Ministerio de Relaciones exteriores del actor no respetó los condicionamientos de la norma cual es el previo dictamen del Tribunal de Calificaciones y Disciplina, lo cual lo torna irregular en su emisión*” (fs. 19/21;

22/3). Por ello, más allá que consideremos o no ajustadas a Derecho tales decisiones, no corresponde –a estas alturas– analizar la cuestión, bajo riesgo de emitir Sentencia arbitraria.

En tal escenario procesal, cabe dilucidar la atribución de responsabilidad del ex Canciller, por el acto accionado (Decreto). Y, en caso de haberlo, establecer los daños y quantum.

El Artículo 238, numeral 5), de la Constitución Nacional establece que son deberes y atribuciones del Presidente de la República “*dictar decretos que, a su validez, requieren el refrendo del Ministro del ramo*”. Ese mismo Artículo –de la Ley Fundamental– dispone que el Presidente de la República tiene el deber y la atribución “del manejo de las relaciones exteriores de la República”.

Se tiene, pues, que según nuestra Ley de Leyes el *modus operandi* institucional del Poder Ejecutivo es por Decretos, dictados por el Presidente de la República. En virtud de esa normativa, los Decretos, para su validez, estarán refrendados por el “Ministro del ramo”. Entonces, la firma estampada por el demandado fue al sólo efecto de dar validez formal al Decreto, signando como Canciller no como Jefe del Estado. Se impone con ello, la Tesis razonable que fue el Presidente de la República quien decidió poner a disposición al demandante, por motivos de reorganización del Servicio Exterior de la Cancillería, motivo por el cual dicho acto no es imputable al demandado en forma personal o directa. En efecto, la firma del accionado se hizo de acuerdo a los lineamientos trazados por la propia Constitución que reviste máxima jerarquía normativa. Quien dirige, dispone, ordena, remueve, designa, nombra, decreta, etc., en el ámbito del Poder Administrador es el Presidente de la República, careciendo de esas atribuciones y potestades quienes conforman el Poder Ejecutivo como Ministros, terminantemente.

Con ello quedó corroborado que la responsabilidad no podía ser atribuida en forma personal ni directa a quien era canciller nacional, en cabal observancia de la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Carta Magna.

Cabe rememorar que la responsabilidad del Funcionario Público ha de limitarse para el caso de haber acaecido infracción manifiesta de la Ley, cuya realización encuentre su causa directa e inmediata en actuación dolosa o gravemente culposa del servidor de la Cosa Pública. En el caso, el demandado, al refrendar el Decreto, ha cumplido con la exigencia establecida en la Constitu-

ción Nacional, siendo aquel acto regular y ajustado a la Ley, al menos en lo que hace y concierne a signar junto al Jefe de Estado.

Tampoco es posible otorgar responsabilidad al demandado por el hecho de no haber asignado función ni remuneración durante el tiempo que el accionante estuvo a disposición del Ministerio, ni por la incorporación posterior, pues no puede soslayarse que en fecha 10 de mayo de 1.996 –luego de tres meses de firmarse el Decreto N° 12.288 del 31 de Enero de 1996– fue nombrada otra persona Ministro de Relaciones Exteriores, todo ello sin perder de vista la subordinación funcional e institucional –para el caso– del accionado.

Al no tener el demandado responsabilidad directa y personal, el Estado tampoco puede tenerla, pues sólo ha sido demandado subsidiariamente, en virtud a lo dispuesto en los Artículos 106 de la Constitución Nacional y 1.845 del Código Civil.

El Estado y Entidades de Derecho Público pueden ser demandados por actos administrativos reglamentarios, válidos y regulares (Artículo 39 de la Constitución Nacional). Esto es, cuando la actuación del Funcionario en ejercicio del Cargo o Función Pública es ajustada a la norma y el daño se origina en una actividad regular y propia del ente. Sin embargo, en el *sub examine*, repetimos, la demanda no fue fundada en dicho supuesto.

Por las motivaciones explicitadas, corresponde en estricto Derecho hacer lugar a la Excepción de falta de acción, opuesta como medio general de defensa y, en consecuencia, revocar el Fallo impugnado. Las Costas de la Instancia deberán imponerse por su orden al haber razón probable para litigar y requerir exégesis, de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 193 y 205 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO BAJAC ALBERTINI DIJO: Concuero con la opinión del ministro Torres Kirmsner por las siguientes razones:

1. Los daños reclamados por el accionante deben encuadrarse necesariamente dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, dada la relación del reclamante (funcionario público), con los demandados L. M. R. B. (en su carácter de Ministro de Relaciones Exteriores al tiempo del acaecimiento del hecho) y del Estado Paraguayo (empleador del accionante), ante la decisión de su superior jerárquico de ponerlo “a disposición” en su cargo de funcionario de la Cancillería Nacional. Esta facultad se hallaba explícitamente contenida en el art. 61 del Decreto Ley N° 1457, vigente al tiempo de los hechos; con lo que el

hecho que genera el ilícito no solo se inserta en una relación de tipo administrativo existente entre las partes sino que además aparece como formalmente legítima, por emanar de quien tiene la potestad en tal sentido; lo que excluye la aplicación de las disposiciones que reglamentan la responsabilidad aquiliana, invocadas por la parte actora como fundamento de su demanda.

2. De los términos del escrito de demanda surge que el Sr. Gustavo Miranda Valenzuela demandó a L. M. R. B. en forma directa, mientras que el Estado Paraguayo fue demandado solamente para el caso de insolvencia del principal o de sus herederos; esto no es otra cosa que la invocación de la responsabilidad subsidiaria del Estado por acto ilícito de sus funcionarios prevista en el Art. 106 CN.

3. Abundante es la posición doctrinaria y jurisprudencial según la cual en el ámbito de la responsabilidad contractual –que se ha determinado aplicable al *sub examine*– el Estado responde en forma directa y no subsidiaria.

4. Trabada la Litis en términos de responsabilidad aquiliana, resulta imposible a estas alturas intentar una recalificación de la pretensión del accionante sin contravenir gravemente los principios de bilateralidad y de defensa en juicio. Por lo demás, como señalara el Ministro Preopinante, esta relación ya fue ampliamente juzgada en sede contencioso administrativa, ámbito natural de discusión de una relación jurídica como la ya apuntada.

Por estas breves consideraciones corresponde rechazar la demanda promovida.

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:

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL

RESUELVE:

Desestimar los Recursos de Nulidades interpuestos.

Revocar el apartado III del Acuerdo y Sentencia Número 142, de fecha 1° de octubre del 2012, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, y, en consecuencia, hacer lugar a la excepción de falta de acción opuesta como medio general de defensa por L. M. R. B. y rechazar la demanda de indemnización de daños incoada por G.M.V. contra L. M. R. B. y contra el Estado Paraguayo.

Imponer las Costas del Juicio a la Parte actora y perdidosa.
ANOTAR, notificar y registrar.
GARAY, BAJAC Y TORRES, MINISTROS.
Ante mí: ALEJANDRINO CUEVAS, SECRETARIO JUDICIAL.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 216

Cuestión debatida: *Se estudia si corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida, y en consecuencia declarar la inaplicabilidad del Art. 14 numeral 1) inc. a) de la Ley 125/91, modificada por Ley N° 2421/2004.*

IMPUESTO A LA RENTA. DOBLE IMPOSICIÓN.

Analizada la acción presentada y estudiados los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios sobre la materia, tanto a nivel nacional como extranjero, he de decir que corresponde hacer lugar a la acción contra el Art. 14 núm. 1) inc. A) de la Ley N° 125/91, modificada por Ley N° 2.421/2004; puesto que, dicha norma lesiona la garantía constitucional de la prohibición de doble imposición en materia tributaria, además del principio de igualdad de las personas y la no discriminación, pues mantiene la exoneración tributaria respecto de unos sujetos y no respecto de otros, cuando se tratan de circunstancias exactamente idénticas diferenciadas por el porcentaje de sus utilidades. Crea desigualdad tributaria sobre la misma fuente, con el agravante que establece una doble imposición tributaria para aquellos sujetos que superan el porcentaje establecido.

La norma hoy cuestionada señala que cuando los dividendos y las utilidades que obtengan los accionistas o socios de entidades sometidas al Impuesto a las Rentas de Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios y las Rentas de las Actividades Agropecuarias, los mismos deberán tributar nuevamente dicho impuesto, cuando sus ganancias o dividendos superen el 30% de los mismos. Esto obviamente representa una doble imposición, puesto que con el mismo impuesto, se está gravando más de una vez el mismo hecho generador, pretendiendo crear dicha normativa, una diferencia al establecer un porcentaje de exceptuación que de superarse dicho porcentaje de 30%, deberá pagarse más de una vez el mismo impuesto por el mismo hecho generador; situación que no

sólo viola la prohibición de doble imposición tributaria, sino lesiona de manera grave y contundente la garantía de igualdad y no discriminación, que también tienen rango constitucional. La garantía constitucional de la igualdad ante la ley supone fundamentalmente un trato igual ante la ley en similares condiciones. Exige pues la igualdad, el mismo tratamiento a quienes se encuentran en similares situaciones, de manera que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias

CSJ. Sala Constitucional. 26/04/13. Acción de Inconstitucionalidad: “Contra última parte del art. 14 num. 1) inc. A) de la Ley N° 125/91, modificado por la ley N° 2.421/2004”. (Acuerdo y Sentencia N° 216).

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 la Abog. M. V. D. en representación de la empresa A.C. S.A., a promover acción de inconstitucionalidad en contra de la última parte del Art. 14 núm. 1) inc. a) de la Ley N° 125/91, modificada por la Ley N° 2.421/2004.

1. Alega la accionante que la norma impugnada lesiona derechos y garantías de rango constitucional, en abierto perjuicio de los intereses de la firma representada, que tendrían al mismo al borde de medidas confiscatorias por parte del Estado, por el cobro un impuesto que no sólo es injusto, sino también inconstitucional. El accionante cuestiona que las disposiciones impugnadas son contrarias a las normas constitucionales que consagran los principios de irretroactividad de la ley (art. 14), de legalidad en materia tributaria (art. 179), de la doble imposición (art. 180), de la igualdad del tributo (art. 181), de la igualdad en dignidad y derechos (art. 46), de la igualdad antes las leyes (art. 47 inc. 2), y supremacía de la Constitución (art. 137). 2. El artículo 14 núm. 1) inc. a) de la Ley N° 125/91, modificada por Ley N° 2.421/2004, preceptúa: *“Exoneraciones. 1) Están exoneradas las siguientes rentas: a) Los dividendos y las utilidades que obtengan los contribuyentes del impuesto a la renta domiciliados en el país en carácter de accionistas o de socios de entidades que realicen actividades comprendidas en este impuesto, cuando estén gravadas por el Impuesto a las Rentas de Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios y las Rentas de las Ac-*

tividades Agropecuarias, siempre que el total de los mismos no superen el 30% (treinta por ciento) de los ingresos brutos gravados por el presente impuesto en el ejercicio fiscal. La exoneración no regirá a los efectos de la aplicación de las tasas previstas en los numerales 3) y 4) del Artículo 20”.

3. La acción debe prosperar.

Analizada la acción presentada, y estudiados los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios sobre la materia, tanto a nivel nacional como extranjero, he de decir que corresponde hacer lugar a la acción contra el Art. 14 núm. 1) inc. A) de la Ley N° 125/91, modificada por Ley N° 2.421/2004; puesto que dicha norma lesiona la garantía constitucional de la prohibición de doble imposición en materia tributaria, además del principio de igualdad de las personas y la no discriminación, pues mantiene la exoneración tributaria respecto de unos sujetos y no respecto de otros, cuando se tratan de circunstancias exactamente idénticas diferenciadas por el porcentaje de sus utilidades. Crea desigualdad tributaria sobre la misma fuente, con el agravante que establece una doble imposición tributaria para aquellos sujetos que superan el porcentaje establecido. En este sentido, nuestra Constitución Nacional dispone: “*Artículo 180. DE LA DOBLE IMPOSICIÓN. No podrá ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador de la obligación tributaria. En las relaciones internacionales, el Estado podrá celebrar convenios que eviten la doble imposición, sobre la base de la reciprocidad*”. “*Artículo 181. DE LA IGUALDAD DEL TRIBUTO. La igualdad es la base del tributo. Ningún impuesto tendrá carácter confiscatorio. Su creación y su vigencia atenderán a la capacidad contributiva de los habitantes y a las condiciones generales de la economía del país*”.

La norma hoy cuestionada señala que cuando los dividendos y las utilidades que obtengan los accionistas o socios de entidades sometidas al Impuesto a las Rentas de Actividades Comerciales, Industriales o de Servicios y las Rentas de las Actividades Agropecuarias, los mismos deberán tributar nuevamente dicho impuesto, cuando sus ganancias o dividendos superen el 30% de los mismos.

Esto obviamente representa una doble imposición, puesto que con el mismo impuesto, se está gravando más de una vez el mismo hecho generador, pretendiendo crear dicha normativa, una diferencia al establecer un porcentaje de exceptuación que de superarse dicho porcentaje de 30%, deberá pagarse más de una vez el mismo impuesto por el mismo hecho generador; situación que no sólo

viola la prohibición de doble imposición tributaria, sino lesiona de manera grave y contundente la garantía de igualdad y no discriminación, que también tienen rango constitucional. La garantía constitucional de la igualdad ante la ley supone fundamentalmente un trato igual ante la ley en similares condiciones. Exige pues la igualdad, el mismo tratamiento a quienes se encuentran en similares situaciones, de manera que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

El Art. 46 de nuestra Constitución Nacional dispone: *“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 mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”*. Por su parte el 47 inc. 2) de nuestra Ley Fundamental, establece: *“El Estado garantizará a todos los habitantes de la República:... 2) la igualdad ante las leyes”*.

Expuesto lo cual, considero que los argumentos sostenidos por la firma accionante son lógicos y jurídicos para hacer viable la presente acción, teniendo en cuenta que han sido vulnerados los principios constitucionales que garantizan la igualdad y que prohíben la doble imposición en materia tributaria, debiendo en consecuencia, declararse inconstitucional dicho artículo 14 numeral 1) inc. a) de la Ley 125/91, modificada por Ley N° 2.421/2004. Es mi voto.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: La abogada M.V. D. J., en representación de la firma A.C. S.A., y bajo patrocinio del abogado C.D. J., interpone acción de inconstitucionalidad contra la última parte del Art. 14, Numeral 1, Inc. a) de la Ley N° 125/91 (texto actualizado por la Ley N° 2.421/04), alegando que supuestamente dicha disposición legal contraviene los Artículos 179 (De la Creación de Tributos), 180 (De la Doble Imposición) y 181 (De la Igualdad del Tributo) de la Constitución Nacional.

Manifiesta la representante convencional que su representada realiza inversiones en otras sociedades de la República del Paraguay, específicamente en la empresa M.S.A., y que en virtud de la nueva legislación tributaria impugnada su mandante está obligada al doble pago del Impuesto a la Renta por el mismo ingreso:

1) Sobre los Artículos 179 (De la Creación de Tributos) y 181 (De la Igualdad del Tributo) de la Carta Magna, no observo con claridad el agravio concreto que puede generar la norma impugnada a la firma accionante.

En efecto, y a la luz del Principio de Legalidad imperante en nuestra Constitución Nacional, los artículos de la Ley N° 125/91 citados más arriba no contravienen en modo alguno este postulado, ya que respetan en todo momento el viejo y conocido adagio “nullum tributum sine lege” (no hay tributo sin ley).

Además, cabe señalar que en virtud al Principio de Igualdad Tributaria consagrado en el artículo 181 de la Constitución Nacional, se obliga a que la ley trate de igual forma a los iguales y en forma desigual a los desiguales, tal como lo aconsejaba la justicia aristotélica; clasificando a los contribuyentes y a la materia imponible sobre criterios razonables, en proporción a la desigualdad, esencialmente influidos por la capacidad contributiva de los sujetos llamados a atender las cargas.

La igualdad tributaria en ningún caso apunta a una igualdad matemática en el entendido que todos los sujetos o contribuyentes paguen la misma cantidad por concepto de tributos, sino que se impondrán tributos iguales cuando concorra igual capacidad contributiva, por lo que cabe admitir diversas clasificaciones o categorías de contribuyente entre las personas llamadas a tributar, como lo hace válidamente la disposición legal aquí impugnada. De hecho, la ley dispone que estarán exonerados los dividendos y utilidades que obtengan todos los contribuyentes del IRACIS domiciliados en el país en carácter de accionistas o de socios de entidades que realicen actividades comprendidas en este impuesto, siempre que el total de los mismos no superen el 30% de los ingresos brutos gravados por dicho impuesto en el ejercicio fiscal. Es decir, la norma no hace distinción entre contribuyentes, puesto que todos aquellos contribuyentes que reciban utilidades que no superen el 30 % de sus ingresos brutos no estarán obligados a abonar el impuesto.

Lo que en definitiva nuestra Constitución Nacional prohíbe son las “discriminaciones arbitrarias”, esto es, todas aquellas distinciones inspiradas en propósitos manifiestos de favor o de hostilidad para determinadas personas, instituciones o clases y que suponen establecer diferencias o privilegios que destruyen la igualdad comentada, situación tampoco relacionada con las normas objetadas.

2) Ahora bien, sobre la supuesta doble imposición invocada, me permito expresar cuanto sigue:

De manera amplia, la doble imposición se define como aquella situación en la que se encuentra un sujeto pasivo, por la que el mismo presupuesto de hecho de un tributo da lugar a obligaciones tributarias por el mismo período imposi-

tivo y por el mismo o análogo tributo en varios Estados o dentro de un mismo Estado.

En base a esta definición, para poder hablar de la existencia de doble imposición, es necesario que confluayan un mismo sujeto pasivo, un mismo período de tiempo, concurrencia de impuestos de naturaleza idéntica o análoga y existencia de varios sujetos activos.

Así pues, en primer lugar, tiene que existir un mismo sujeto pasivo sobre el que recaiga la carga tributaria del hecho imponible. Esto no se da en el caso en cuestión, pues existen dos sujetos pasivos: A. C. S.A. por un lado y la firma M.S.A. por otro lado.

El segundo elemento que debe concurrir para que exista doble imposición, es la identidad del período impositivo, es decir, que la renta o patrimonio sometido a gravamen por dos legislaciones distintas, debe haberse generado u obtenido en un mismo (o idéntico) período impositivo. Esto tampoco ocurre, pues las rentas sometidas a gravamen una se generó en el año 2010 y la otra, por la distribución de utilidades en el año 2011.

Por lo que respecta al requisito de la concurrencia de impuestos de “*naturaleza idéntica o análoga*”, se estima que la similitud de los impuestos debería realizarse “mediante la comparabilidad de los elementos esenciales de los impuestos tales como: hecho imponible, objeto imponible, base imponible, tipo impositivo, etc.”.

El cuarto y último requisito exigido para que exista doble imposición, es la concurrencia de varios sujetos activos que graven un mismo hecho imponible. Este elemento puede presentarse tanto dentro de un mismo Estado (doble imposición interna), como entre varios Estados (doble imposición internacional).

En cuanto a la doble imposición interna, surgirá cuando un mismo sujeto pasivo es gravado doblemente por dos impuestos de naturaleza análoga o similar, en un mismo período de tiempo y por dos entes públicos territoriales pertenecientes a un mismo Estado. En nuestro país la Administración Tributaria es la única institución competente en materia de impuestos internos, por lo que no se configura la concurrencia de varios sujetos activos.

Que, el Art. 180 de la Constitución Nacional preceptúa: “*No podrá ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador de la obligación tributaria. En las relaciones internacionales, el Estado podrá celebrar convenios que eviten la doble imposición, sobre la base de la reciprocidad*”.

En ese sentido, y a efectos de analizar si en el caso planteado en autos se configura o no la doble imposición prohibida por nuestra Carta Magna, resulta menester definir en primer lugar qué se entiende por “hecho generador de la obligación tributaria”.

Conforme al Modelo de Código Tributario para América Latina, el hecho generador es el presupuesto establecido por Ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación.

Sainz de Bujanda define al hecho generador como el “*Conjunto de circunstancias hipotéticamente previstas en la norma y cuya realización provoca el nacimiento de una obligación tributaria concreta*”. Al hecho generador se lo denomina también “Hecho Imponible” (“Lecciones para Cátedra de Derecho Tributario”. Nora Ruoti Cosp, pág. 175, año 2006).

La firma A. C. S.A. es accionista de la firma M.S.A. Esta última (M.S.A.) en el ejercicio fiscal 2010 obtuvo ganancias provenientes de sus actividades comerciales que serán distribuidas, según lo manifiesta la representante convencional, a sus accionistas, entre ellos la firma recurrente, en el año 2011.

Así pues, y aplicando la definición de hecho generador al caso en cuestión, tenemos que por el ejercicio fiscal 2010 constituye hecho generador del IRACIS para la firma M.S.A. la realización de actividades comerciales, industriales o de servicios dentro del territorio paraguayo, tal como reza el Art. 2, primera parte de la Ley N° 125/91 (texto actualizado).

En cambio, para la firma A.C. S.A. los dividendos y utilidades que obtendrá en su carácter de accionista de la firma M.S.A. en el año 2011 constituye hecho generador del IRACIS en virtud a lo establecido en el Art. 2, Inc. g) de la Ley N° 125/91 (texto actualizado).

No debemos olvidar que el sujeto obligado al pago del IRACIS en concepto de distribución de utilidades es la empresa M.S.A., siendo dicho impuesto directo y por tanto no puede ser trasladado a los accionistas, pues el pago del mencionado impuesto por la distribución de utilidades resulta un costo adicional para la empresa. Es lo que en doctrina tributaria se denomina “Sistema del Ente Separado”, el cual considera que la sociedad o empresa constituye una persona distinta e independiente de sus accionistas o dueños y que, consecuentemente, es factible considerarla contribuyente por sus rentas, en tanto que sus titulares lo serían en el impuesto a la renta personal por las rentas que perciban en dicho concepto.

JURISPRUDENCIA

Por lo expuesto, queda perfectamente demostrado que no existe la tan mentada “doble tributación del hecho generador”, pues para la firma M.S.A. el hecho de distribuir utilidades constituye base imponible para el pago del IRACIS adicional (Art. 20, Num, 2) de la Ley N° 125/91 T.A.), en tanto que para la firma A.C. h S.A. que recibe dichos dividendos esta situación constituye hecho generador del citado impuesto (Art. 2, Inc. g) de la referida ley).

Finalmente, al no haber doble imposición ni quebrantamiento de los principios constitucionales de igualdad tributaria y legalidad, considero que tal como esta Sala se pronunció en los términos del Ac. y Sent. N° 1.077 de fecha 08 de agosto de 2012 se debe rechazar la presente acción de inconstitucionalidad por improcedente. Es mi voto.

A su turno, el doctor FRETES, manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ, por los mismos fundamentos.

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:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Constitucional,

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 14 numeral 1) inc. a) de la Ley 125/91, modificada por Ley N° 2.421/2004, en relación a la accionante.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: ANTONIO FRETES, GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ.

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz (Secretario Judicial I).

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 218

Cuestión debatida: *Se estudia si corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 2.248/2003, en relación a la Honorable Cámara de Diputados, de conformidad al Art. 555 del C.P.C.*

RENDICIÓN DE CUENTAS. SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS. CONTRALORÍA GENERAL.

El quid de la cuestión sometida a consideración de esta Corte a través de la presente acción gira en torno al vacío legal que surge a partir de la promulgación de la ley impugnada al eliminar la competencia atribuida a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, consistente en juzgar las cuentas que deben rendir las instituciones públicas que de uno u otro modo administran los fondos públicos en virtud del Presupuesto General de la Nación, limitando la competencia de ambas Salas a entender en los juicios contencioso-administrativo

El Tribunal de Cuentas es un órgano creado por la Constitución, por lo que no puede ser eliminado por la Ley.

El control y fiscalización de la ejecución presupuestaria que ejerce la Contraloría General es a priori, mientras que la realizada por el Tribunal de Cuentas es a posteriori. La Contraloría General de la República es un órgano administrativo que al culminar su trabajo emite un dictamen de carácter no vinculante, pues no hace cosa juzgada, y no tiene poder sancionador. Dicho dictamen, debe ser remitido al Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, para su juzgamiento, es decir, donde se inicia la etapa procesal en la cual se debe observar la garantía constitucional del debido proceso, a fin de dirimir la responsabilidad del agente ejecutor del presupuesto a través de los mecanismos establecidos por la ley presupuestaria, de acuerdo al procedimiento contemplado en la Ley de Organización Administrativa. La Ley N° 2.248/03, al derogar las prescripciones que se oponen a la establecida en ella –juzgamiento de la rendición de cuentas- conduce a la impunidad, porque la misma no establece el órgano jurisdiccional competente para juzgar las cuentas de las reparticiones, empresas y establecimientos públicos o personas que administren fondos del Estado.

CSJ. Sala Constitucional. 25/04/13. Acción de Inconstitucionalidad: “Contra Arts. 1, 2 y 3 de la ley N° 2.248/2003”. (Acuerdo y Sentencia N° 218).

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 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el Abog. F. Z., en representación de la Honorable Cámara de Diputados, según poder que acompaña, a promover acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 2.248 “Que modifica el Artículo 30 de la Ley N° 879 del 2 de diciembre de 1981, Código de Organización Judicial”, de fecha 9 de octubre de 2003.

1. Alega el profesional, que su representada se ve afectada por la Ley N° 2.248/2003, porque imposibilita a su cliente la rendición de cuentas ante la autoridad competente, o sea ante el Tribunal de Cuentas; ya que, con la ley impugnada no existe en la República del Paraguay una institución jurisdiccional donde las autoridades públicas, las reparticiones, empresas, establecimientos públicos que invierten o administran bienes o valores de propiedad del Estado rindan cuenta en forma documentada y cuya valoración y decisión tenga autoridad de cosa juzgada.

Asimismo, señala que la ley cuestionada modifica el Art. 30 de la Ley 879/81 CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL y deja sin efecto el Art. 265 de la Constitución, sustrayendo del Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, las atribuciones judiciales de su competencia para juzgar las rendiciones de cuentas de reparticiones, empresas y establecimientos públicos o personas que administren recursos del Estado, paralizando los procesos ya iniciados y en trámite, al no establecer la ley impugnada el órgano jurisdiccional competente para examinar las cuentas y ejecuciones presupuestarias de los organismos y empresas del Estado, produce una laguna jurídica.

2. La Ley N° 2.248/03 establece en su Artículo 1°: Modificase el Artículo 30 de la Ley N° 879 del 2 de diciembre de 1981 “Código de Organización Judicial”, que queda redactado de la siguiente forma: “Art. 30: El Tribunal de Cuentas se compone de dos Salas, integradas con tres miembros cada una, denominada en adelante Primera y Segunda Sala. Compete a ambas salas entender, exclusivamente, en los juicios contencioso-administrativo, en las condiciones establecidas por la Ley de la materia”.

Artículo 2°: La distribución de los expedientes obrantes en la Primera Sala queda a cargo de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 3°: Quedan derogadas todas las disposiciones opuestas a la presente Ley.

3. La acción debe prosperar.

El quid de la cuestión sometida a consideración de esta Corte a través de la presente acción gira en torno al vacío legal que surge a partir de la promulgación de la ley impugnada al eliminar la competencia atribuida a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas consistente en juzgar las cuentas que deben rendir las instituciones públicas que de uno u otro modo administran los fondos públicos en virtud del Presupuesto General de la Nación, limitando la competencia de ambas Salas a entender en los juicios contencioso-administrativo.

Avocándonos al tema cabe señalar en primer lugar que el control presupuestario comprende toda la actividad financiera de la administración, a los efectos de comprobar si el presupuesto ha sido ejecutado legalmente. Partiendo de la premisa que la ejecución de ley de presupuesto implica gastos y pagos, por consiguiente debe ser controlada por los representantes del pueblo. En este sentido el Tribunal de Cuentas informa –de acuerdo a la Ley que lo regía– al Legislativo la opinión que tienen sobre el cumplimiento del presupuesto. Es decir, el control que ejercen comprende, generalmente, el control a posteriori de legalidad.

La Ley de Organización Administrativa del año 1909, a través de su art. 139 crea el Tribunal de Cuentas, estableciendo que el juzgamiento de todas las cuentas a que se refiere el art. 115 –del mismo cuerpo legal– estará a cargo del mismo. Asimismo en su art. 149 establece específicamente su competencia para el juzgamiento de todas las rendiciones de cuentas que hicieren las reparticiones, empresas y establecimientos o personas que administren, recauden o inviertan valores fiscales o de beneficencias públicas, además de otras, para el posterior informe al Congreso por mandato constitucional. En concordancia en dicha disposición, el Art. 169 del mismo cuerpo legal, dispone que todas las reparticiones públicas, sin excepción, están obligadas a suministrar al Tribunal de Cuentas, los datos, antecedentes, comprobantes, documentos originarios o copias que le fueran necesarios y pidiesen.

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, la competencia es la “atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto. Couture la define como medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cantidad y del lugar”.

De acuerdo a la Ley de Organización Administrativa, el Tribunal de Cuen-

tas es competente en razón de la materia, desde el momento que le atribuye la facultad de juzgar la rendición de cuentas de las instituciones públicas obligadas a ella. Así tenemos que el Tribunal de Cuentas tiene un origen legal, no constitucional, y recién con la Constitución de 1940 se le reconoció rango constitucional. La Constitución de 1967 confería a dicho órgano de control su estructura dividida en dos salas, siendo competente la Primera Sala para entender en los juicios contencioso-administrativos, y la segunda en el control de las cuentas de inversiones del Presupuesto General de la Nación, debiendo informar anualmente al Poder Ejecutivo y a la Cámara de Diputados. Concuerda con dicha norma constitucional el Art. 30 de la Ley N° 879/81, al establecer: “El Tribunal de Cuentas se compone de dos Salas, integradas por no menos de tres Miembros cada una. Compete a la primera entender en los juicios contencioso-administrativos en las condiciones establecidas por la ley de la materia; y a la segunda el control de las cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación, conforme a lo dispuesto en la Constitución”.

Ratifica la competencia del Tribunal de Cuentas para entender en el juzgamiento de las rendiciones de cuentas el Art. 36 de la Ley N° 1535/99 “De Administración Financiera del Estado”, al disponer: “Las oficinas, funcionarios y agentes perceptores de recursos públicos presentarán a la autoridad correspondiente la rendición de cuentas de los ingresos obtenidos, en la forma, tiempo y lugar que establezca la reglamentación”.

Por su parte, el artículo 19 de la Ley 276/94 “Orgánica y Funcional de la Contraloría General de la República”, dispone: “El control y fiscalización que la Contraloría ejerce sobre las Instituciones de conformidad a la Constitución Nacional y esta Ley, serán sin perjuicio de las facultades que correspondan a otros organismos e instituciones del Estado como el Tribunal de Cuentas, 2ª. Sala, a los que por ley se asignen potestades de control y fiscalización”. Si bien es cierto que del texto de ésta disposición legal tendríamos que ambas Instituciones cumplen las mismas funciones, ello no es así porque el control y fiscalización de la ejecución presupuestaria que ejerce la Contraloría General es a priori, mientras que la realizada por el Tribunal de Cuentas es a posteriori.

En efecto, de acuerdo a los artículos 153 y 154 de la Ley de Organización Administrativa, el control de legalidad a posteriori realizado por el Tribunal de Cuentas consistía en verificar que las partidas estén conforme a las leyes, si están previstas en el presupuesto, y si los fondos están bien imputados. De igual

modo establecía el procedimiento a seguir si existía alguna observación en la rendición de cuentas, hasta el dictamienro de sentencia, en virtud de la cual podía compeler al rindente de cuentas al pago de la cantidad juzgada como no justificada. Sin embargo, la norma legal impugnada al eliminar esta facultad que tenía la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, las rendiciones de cuentas que fueren realizadas por las instituciones obligadas a ella, y a las cuales se formulen objeciones por el órgano contralor, quedaran sin ser juzgadas, pues no existe una disposición legal que reglamente dicha falencia.

El Art. 2º de la Ley N° 276/94 establece los objetivos para el cual fue creado la Contraloría General de la República, pero carece de uno de los objetivos más importantes, que es el de determinar la responsabilidad de los que manejan los fondos públicos y obtener la devolución de los mismos que hayan sido malversados. Así, el artículo 9º en sus incisos: c) y k) establece que la Contraloría General debe elevar al Congreso un informe sobre la ejecución y liquidación presupuestaria del año anterior, y dictamen del informe financiero anual, para que la consideren ambas Cámaras, conforme al artículo 282 de la Constitución, pero no contempla ninguna reglamentación para el caso de que del examen, fiscalización y control que realice en los organismos y entidades del Estado, observe irregularidades en la ejecución de sus presupuestos, por ejemplo la falta de justificación de gastos o pagos realizados.

El examen de cuentas, fiscalización y control que actualmente realiza la Contraloría General de la República es la labor que anteriormente ejecutaba la Contaduría General conforme la reglamentación prevista en la Ley de Organización Administrativa, y de acuerdo al Art. 136 del citado cuerpo legal, una vez llenados los trámites prescriptos formulaba su dictamen aconsejando la aprobación o el rechazo de la cuenta y las medidas consiguientes, remitiendo los antecedentes al Tribunal de Cuentas para su juzgamiento.

Asimismo, establecía que las funciones del Tribunal respecto a los exámenes de las cuentas de percepción o inversión de los caudales públicos, se limitaba a comprobar si ellas fueron practicadas con arreglo a la Constitución o las leyes, dictando la resolución pertinente aprobando o rechazándola de acuerdo al procedimiento establecido para ello. Su pronunciamiento produce cosa juzgada, una vez que la sentencia quede firme y ejecutoriada, liberando de toda responsabilidad al rindente si fueren aprobadas las cuentas, o condenando a devolver los fondos malversados, sin perjuicio de la acción penal o civil que corresponda como consecuencia del rechazo de la rendición de cuentas.

Sin embargo, la disposición legal impugnada elimina estas atribuciones que correspondía a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, conculcando de ese modo el mandato constitucional previsto en el Art. 265 de la Ley Suprema que dice “la Ley determinará su composición y competencia”. En efecto, los legisladores realizaron una errónea interpretación de la norma constitucional, pues debiendo fijar los alcances de esa competencia a través de una ley reglamentaria lo elimina al modificar los términos del Art. 30 de la Ley N° 879/81. El Tribunal de Cuentas es un órgano creado por la Constitución, por lo que no puede ser eliminado por la Ley. En el debate suscitado en oportunidad de estudiar el Art. 265 por la Convencional Nacional Constituyente, no se centró en si el Tribunal de Cuentas es de carácter contencioso administrativo o un órgano jurisdiccional juzgador de las ejecuciones presupuestarias de los entes públicos, sino que se referían al mismo como lo que se conoce que le compete: considerar y juzgar todos aquellos documentos o comprobantes que justifiquen legalmente la correcta inversión, administración y recaudación de fondos públicos.

En atención a lo señalado, constantemente se hace referencia a que las atribuciones del Tribunal de Cuentas se superponen a las actuaciones de la Contraloría General de la República, pero el examen minucioso de las disposiciones legales que los rige nos lleva a la conclusión de que ello no es así. La Contraloría General de la República es un órgano administrativo que al culminar su trabajo emite un dictamen de carácter no vinculante, pues no hace cosa juzgada, y no tiene poder sancionador. Dicho dictamen, debe ser remitido al Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, para su juzgamiento, es decir, donde se inicia la etapa procesal en la cual se debe observar la garantía constitucional del debido proceso, a fin de dirimir la responsabilidad del agente ejecutor del presupuesto a través de los mecanismos establecidos por la ley presupuestaria, de acuerdo al procedimiento contemplado en la Ley de Organización Administrativa. La Ley N° 2.248/03, al derogar las prescripciones que se oponen a la establecida en ella –juzgamiento de la rendición de cuentas– conduce a la impunidad, porque la misma no establece el órgano jurisdiccional competente para juzgar las cuentas de las reparticiones, empresas y establecimientos públicos o personas que administren fondos del Estado.

Si bien es cierto que por mandato constitucional y las leyes pertinentes, la Contraloría General de la República debe elevar al Congreso Nacional un informe con relación a la gestión presupuestaria, la administración de los fondos y el

movimiento de los bienes, ello solo constituye un elemento fundamental para determinar las posibles directrices políticas a implementarse en representación del pueblo en el ejercicio fiscal del año siguiente, de manera a cumplir con los fines políticos y sociales que tiene el Estado. De este modo, los citados órganos estatales carecen de competencia para juzgar las cuentas en sustitución del órgano jurisdiccional. Consecuentemente, la Ley N° 2.248/03 al eliminar la competencia que tenía la segunda sala del Tribunal de Cuentas, el manejo del control de cuentas de las instituciones públicas queda sin poder ser juzgadas por un Tribunal, que una vez judicializada la cuestión, sometía a las personas físicas o jurídicas a ejercer su derecho a la defensa en el marco del debido proceso. Circunstancia ésta que al no poder ejecutarse, vulneran las garantías constitucionales contempladas en los Arts. 16, 17, 46 y 47 de la Carta Magna.

Al respecto traemos a colación al Art. 82 de la Ley N° 1.535/99, que dice: “Las autoridades, funcionarios y, en general, el personal al servicio de los organismos y entidades del Estado a que se refiere el Artículo 3° de esta ley que ocasionen menoscabo a los fondos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a sus obligaciones legales, responderán con su patrimonio por la indemnización de daños y perjuicios causados, con independencia de la responsabilidad disciplinaria o penal que les pueda corresponder por las leyes que rigen dichas materias”. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria o penal que pueda corresponder, no cabe duda que las mismas se regirán por las disposiciones legales de la materia. Pero a partir de la promulgación de la ley impugnada, surge el inconveniente en cuanto a la acción civil que deberá promoverse contra el sujeto obligado, porque por un lado se someterá a la Jurisdicción Civil la legalidad de las rendiciones de cuentas que surjan del dictamen que realice la Contraloría General, y en la cual no se dió participación al supuesto sujeto obligado, quien tiene derecho a ejercer su defensa en relación con los hechos que se le impute.

De acuerdo a la Ley Orgánica Administrativa de 1909, con la sentencia dictada por el Tribunal de Cuentas se compelia al ridente de cuentas a devolver la suma distraída, y si no lo hiciere en el plazo conminado, se remitía los antecedentes al Fiscal General del Estado para que promueva la acción civil para ejecutar la sentencia. En dicho procedimiento el afectado podía ejercer su derecho a la defensa, ofreciendo y produciendo pruebas en relación con la cuestión debatida.

En la situación actual, al no existir un procedimiento establecido a través del cual se pueda discutir y rebatir el dictamen o informe que pueda realizar la Contraloría General de la República en relación con la actuación realizada por una determinada entidad pública, sus autoridades y/o funcionarios, éstos se encuentran en un estado de indefensión total, pues bien sabido es que solo algunos actos ilícitos pueden ser sancionados civilmente, mientras que otros pueden ser calificados y sancionados penal y civilmente.

De ahí la importancia de contar con una ley reglamentaria de la competencia del Tribunal de Cuentas como órgano creado por la Constitución. Sin embargo, la disposición legal impugnada vulnera la norma constitucional porque no responde a los objetivos para el cual fue creado, porque si la verdadera intención de la Convención Nacional Constituyente hubiese sido la de otorgar competencia a dicho órgano solo en el ámbito contencioso-administrativo, hubieran cambiado su denominación por el de Tribunal Administrativo o Contencioso Administrativo, que sí sería coherente a la competencia que ahora se otorga al Tribunal de Cuentas, en virtud de la cual ahora solo puede entender en los conflictos, litigios o contiendas que se susciten entre la administración pública y los administrados o entre entes administrativos, en la que uno de los litigantes es la administración pública y el otro un particular que reclama contra las resoluciones definitivas de aquélla, que causan estado, dictadas en uso de sus facultades regladas y que vulneren derechos o interés de carácter administrativo, establecidos en la ley, y otra disposición preexistente.

Como ya señalamos más arriba, aparentemente el Tribunal de Cuentas se habría abrogado atribuciones que no eran de su competencia, porque realizaba actividades exclusivas de la Contraloría, más allá de ser juzgador, ello no es así, teniendo en cuenta que dicho órgano solo cumplía con las atribuciones que le fue otorgado por la Ley de Organización Administrativa. Pero con la creación de la Contraloría General de la República, a quien se atribuyó las funciones de control que anteriormente lo realizaba la Contaduría General, lo correcto hubiese sido que se dictara una ley que reglamente la competencia del Tribunal de Cuentas acorde con los cambios constitucionales realizados en relación con el control de la ejecución presupuestaria.

En efecto, la Contraloría cumple un rol eminentemente administrativo, pues si los actos administrativos ejecutados por los organismos y entidades públicas sujetas a control fueren aceptados por aquélla, sus antecedentes ya no

pasarían a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, pero cuando fueran rechazadas esas rendiciones, deberían ser remitidas a ésta para su judicialización, porque el tema fundamental está en la judicialización del proceso, dentro del cual deben observarse las garantías constitucionales del debido proceso, que no lo puede hacer la Contraloría.

Con la “modificación” del Art. 30 de la Ley N° 879/81 se otorga a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas competencia para entender en lo contencioso administrativo, de acuerdo a la ley que rige la materia, lo cual viola el mandato constitucional que obliga al legislador a determinar su competencia, en el sentido de reglamentarla a fin de cumplir con el objetivo para el que fue estatuido por la Constitución. La eliminación de la competencia que correspondía a la segunda sala del Tribunal de Cuentas, como el ámbito jurisdiccional para resolver los problemas que pudieran plantearse con relación a los controles que haga la Contraloría, favorece la impunidad, teniendo en cuenta que la Ley que rige las cuestiones contencioso administrativo no contempla la situación que pueda plantearse como consecuencia de las objeciones o rechazo que formule la Contraloría o el Congreso Nacional a la rendición de cuentas de una determinada entidad u organismos del Estado.

Por las consideraciones expuestas, consideramos que corresponde hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad promovida por el Abog. F. Z., en representación de la Honorable Cámara de Diputados, declarando la inaplicabilidad de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 2248/2003, en relación al accionante, de conformidad al Art. 555 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El abogado F.Z.M., en representación de la Cámara de Diputados de la Nación según testimonio de Poder General que acompaña, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra los Arts. 1, 2 y 3 de la Ley N° 2.248/2003 “QUE MODIFICA EL ART. 30 DEL CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL”.

Refiere el accionante que la norma impugnada lesiona la jurisdicción y competencia del Poder Judicial al restar al Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, jurisdicción y competencia para el juzgamiento de las cuentas públicas, a más de privarle a su representada de la tutela jurisdiccional para el juzgamiento de sus rendiciones de cuentas, situación que le produce una manifiesta inseguridad jurídica.

Además invoca como fundamentos de su pretensión los Arts. 1, 3, 14, 16, 17, 45, 46, 47, 106, 137, 247 y 248 de la Constitución Nacional.

1. Antes de iniciar el examen de la norma objeto de impugnación considero preciso determinar, si, con relación a la misma existe realmente agravio y consiguientemente sujeto a persona legitimada para presentar una “Acción de Inconstitucionalidad” y generar en consecuencia los efectos de la misma.

En este sentido, sostengo que, efectivamente, no existe agravio, ya que lo que la norma ha generado en puridad es el cambio de la nomenclatura en el sujeto de control, es decir, ha pasado de la instancia jurisdiccional del que emanaba una “Resolución” a una instancia administrativa de la que emana un “Dictamen”, siendo el objeto de análisis el mismo, y el efecto de lo resuelto por el órgano de control también, por lo que no existe motivo de agravio alguno por cuanto “el control de cuentas” sigue siendo objeto de estudio y la modificación del órgano no puede constituirse en una conculcación de norma constitucional, más aun teniendo en cuenta que el sistema jurídico no es estático, sino dinámico, y este tipo de cambios responde a tal concepto

2. Por otro lado, es preciso, al iniciar el análisis de la cuestión sometida a estudio, remontarnos al antecedente inmediato e histórico en cuanto la formulación contenida en la Constitución Nacional de 1967 en su Art. 203 que disponía: “El Tribunal de Cuentas será dividido en dos salas. La primera tendrá competencia exclusiva en los juicios contenciosos administrativos; la segunda, en el control de las cuentas de inversiones del Presupuesto General de la Nación, sobre cuya ejecución informará anualmente al Poder Ejecutivo y a la Cámara de Diputados. La ley podrá ampliar sus atribuciones”.

El inconveniente que genera la determinación de las competencias deviene del significado que históricamente se ha otorgado al Tribunal de Cuentas, ya que la doctrina, ha reconocido en éste al órgano supremo de fiscalización de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público. La fiscalización de las cuentas se refiere al sometimiento de la actividad económica-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficacia y economía, a la ejecución de los ingresos y gastos públicos, al examen y aprobación de la cuenta general del Estado, a los contratos que superen determinada cuantía, a las variaciones patrimoniales, a los créditos extraordinarios, suplementarios, incorporaciones, ampliaciones, transferencias y demás modificaciones presupuestarias. Y ejerce esta función respecto de quienes deben rendir por recaudaciones, intervención, administración, custodia, manejo o utilización de bienes, causales o efectos públicos.

La nomenclatura que cada país adopta para esta función (Tribunal de

Cuentas/Contraloría General de la República) no desnaturaliza el órgano, ni puede generar consecuencias más allá de las cuestiones semánticas.

2.1. Sobre el punto, la Constitución Nacional de 1992 dispone en su Art. 265: “Se establece el Tribunal de Cuentas. La Ley determinará su composición y su competencia. La estructura y las funciones de las demás magistraturas judiciales y de organismos auxiliares....”.

2.2. Siguiendo la secuencia legal, en cuanto al orden de prelación normativo, el Código de Organización Judicial Ley N° 879/81, en su Art. 30 dispone: “El Tribunal de Cuentas se compone de dos Salas integrados por lo menos de tres Miembros cada una. Compete a la primera entender en los juicios contencioso-administrativos en las condiciones establecidas por la ley en la materia; y a la segunda el control de las Ventas de inversión del Presupuesto General de la Nación, conforme a lo dispuesto en la Constitución”.

Efectivamente el Código de Organización Judicial era una extensión dispositiva de los mandatos de la Norma Fundamental del año 1967 y, en consecuencia, era lógico que dispusiera el contenido expuesto en el Art. 30, narrado precedentemente.

3. Por otra parte, también resulta lógico que modificada la Constitución Nacional del año 1967 por la del año 1992, disponiendo esta última lo dicho en cuanto al Art. 265, sea modificado el contenido y alcance normativo de lo dispuesto anteriormente por el Código de Organización Judicial.

Con la nueva norma reglamentaria del art. 265 de la Constitución Nacional del año 1992 –hoy objeto de varias impugnaciones– se elimina como parte de la instancia jurisdiccional, una materia de carácter eminentemente ejecutiva, y a su vez unifica el Tribunal de Cuentas disponiendo la homogeneidad de la materia objeto del Tribunal de Cuentas, estableciendo que sólo serán competentes a los efectos de los juicios derivados en materia contencioso-administrativo.

4. Sobre lo dicho no encuentro fundamento alguno que desvirtúe la naturaleza normativa de algún apartado constitucional, por lo que considero que la presente Acción de Inconstitucionalidad debe ser rechazada.

5. Seguidamente y analizando conceptos, creo conveniente mencionar que el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, al que se le atribuye la competencia para el control de las cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación, no cumple una función jurisdiccional sino de contralor del uso del dinero público, (Actividad de tipo administrativo), por lo que mal podría aquél, en consecuen-

cia, dictar o resolver por “sentencias definitivas” cuestiones administrativas sin que en el proceso de estudio de las “Cuentas” se evidencien elementos típicos, necesarios, legales y propios de un proceso jurisdiccional, como son el respeto al juicio previo, debido proceso, el derecho a la defensa, y otros, todas estas como garantías de rango constitucional.

5.1. Por lo expuesto, sostengo que constitucionalmente, es legal la unificación del Tribunal de Cuentas y sus salas, para entender con exclusividad y bajo una sola competencia los conflictos derivados en materia contencioso-administrativa.

5.2. Asimismo, es la Contraloría General de la República, el órgano competente y ejecutivo, eficaz para resolver los conflictos derivados del control de las cuentas de inversión del Presupuesto de Gastos de la Nación y todo lo referente a la fiscalización, vigilancia, ejecución, liquidación presupuestaria, de cuentas y de bienes pertenecientes al Estado Paraguayo, los departamentos y las municipalidades, en la forma determinada por la Constitución y la Ley, (Arts. 281 al 284 de la C.N.).

5.3. Entre los deberes y atribuciones que la Constitución Nacional otorga al Contralor General de la República (Art. 283, incisos 2 y 3), se hallan expresos “el control de la ejecución y liquidación del Presupuesto General de la Nación” y “el control de la ejecución y de la liquidación de los presupuestos de todas las reparticiones mencionadas en el inciso 1), como asimismo el examen de sus cuentas, fondos e inventarios”.

Esta disposición contenida en la Constitución Nacional parece confirmar la aparente duplicación de funciones entre el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala y la Contraloría General de la República. Sin embargo cabe aclarar que:

5.4. Al sancionarse y promulgarse la Constitución Nacional del año 1992, se produjo de hecho la derogación tácita del Art. 30 del Código de Organización Judicial, en la parte que determinaba la competencia de la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas en materia de control de las cuentas de inversión del Presupuesto General de la Nación, ya que tal actividad era delegada de hecho a la Contraloría General de la República, con lo que la ley posterior N° 2.248/2003, sólo fue la consecuencia de la disposición constitucional expuesta.

6. Concluyendo el análisis creo que en definitiva la Ley 2.248/2003, da cumplimiento al mandato constitucional y dispone la competencia originaria, eficaz y real en materia de “Control de cuentas” derivando la actividad a la

instancia Administrativa competente y de esta manera subsana el vicio que consistía en someter a la instancia jurisdiccional una materia eminentemente administrativa; sobre todo en atención a que en realidad el control del gasto público, consiste evidentemente de un análisis pormenorizado por parte de técnicos especialistas en el área específica como serían la inversión, gestión, uso del dinero público, etc., y no abogados, juristas, especializados en la ciencia del derecho que en puridad les compete resolver contiendas y no cuentas.

6.1. Por ello resulta lógico, constitucional y apropiado que se haya reencausado por Ley 2.248/03, el control del gasto público, a la instancia que corresponde cual es el órgano administrativo, en este caso la Contraloría General de la República.

6.2. Por otro lado y eventualmente si de las investigaciones realizadas en la instancia administrativa, es decir, por la Contraloría General de la República, surge la sospecha o evidencia de mal manejo del dinero o bienes o cualquier otro tipo de hecho de naturaleza punitiva contra el Patrimonio del Estado, es la Contraloría el órgano competente para comunicar e impulsar las denuncias ante la Fiscalía Penal a los efectos de la iniciación de las investigaciones correspondientes, eso si se trata de un hecho punible tipificado por la norma de fondo penal.

También puede suceder que los funcionarios o empleados públicos objetos de investigación penal, por hechos denunciados por la Contraloría, sean sometidos a procesos de sumarios administrativos, para los cuales sí procedería la aplicación de los recursos administrativos ante el Tribunal de Cuentas competente.

6.3. En síntesis, con la nueva Ley N° 2.248/2003, lo que sucede es que se reencausa el tratamiento de las “Cuentas Públicas” a la instancia Ejecutiva competente, y es ésta la que con un estudio previo determinará por dictamen favorable o no, la existencia o configuración de hechos punibles y la individualización de los sujetos administradores involucrados en tales hechos, obligándose en tales casos a comunicar los resultados obtenidos, a la Fiscalía de Delitos Económicos a los efectos de iniciar las investigaciones pertinentes y tomando como puntal inicial vinculante y determinante el informe emanado por la Contraloría General de la República.

En consecuencia, y por lo afirmado anteriormente, opino que corresponde rechazar la presente Acción de Inconstitucionalidad y el levantamiento de la

JURISPRUDENCIA

medida de suspensión de efectos dispuesta por A.I.N° 881 de fecha 24 de abril de 2012. Es mi voto.

A su turno el doctor BAJAC ALBERTINI manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ, por los mismos fundamentos.

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:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Constitucional

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 2.248/2003, en relación a la HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS, de conformidad al Art. 555 del C.P.C.

ORDENAR el levantamiento de la medida de suspensión de efectos dispuesta por A.I.N° 881 de fecha 24 de abril de 2012.

ANOTAR, registrar y notificar.

FDO.: Doctora GLADYS BAREIRO DE MÓDICA, presidenta, y doctores VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ y MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, quien integra la Sala por inhibición del doctor ANTONIO FRETES.

ANTE MÍ: Héctor Fabián Escobar Díaz (Secretario Judicial I).

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 219

Cuestión debatida: *En estos autos consta la providencia de fecha 29 de abril de 2011 dictada por el Juez Penal de la Adolescencia del Primer Turno de la Capital, quien conforme a lo dispuesto en la Ley N° 600/95, que modifica el Código Procesal Civil, eleva estos autos a la Excma. Corte Suprema de Justicia a fin de que esta Corte se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad del Decreto N° 5.445 del 17 de noviembre de 2010 "Por el cual se establecen valores impositivos presuntos para la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria 2402.20.00 de*

origen y/o procedencia extranjera y de la primera enajenación a nivel local de los cigarrillos de producción nacional, y se deroga el decreto N° 5.075/2005”.

BASE IMPONIBLE. IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

La doctrina clasifica a la reserva de la ley en absoluta y relativa. La primera aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal. En este supuesto, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes. La reserva relativa, en cambio, permite que otras fuentes de la ley vengán a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determina expresa y limitadamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse; esto es, la regulación de las fuentes secundarias debe quedar subordinada a las líneas esenciales que la ley haya establecido para la materia normativa. En este supuesto, la ley puede limitarse a establecer los principios y criterios dentro de los cuales la concreta disciplina de la materia reservada podrá posteriormente ser establecida por una fuente secundaria. Así, no se excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva de la ley en absoluta y relativa se formula con base en el alcance o extensión que sobre cada materia se atribuye a cada especie de reserva. Si en la reserva absoluta la regulación no puede hacerse a través de normas secundarias, sino sólo mediante las que tengan rango de ley, la relativa no precisa siempre de normas primarias. Basta de un acto normativo primario que contenga la disciplina general o de principio, para que puedan regularse los aspectos esenciales de la materia respectiva.

Precisado lo anterior, esta Corte considera que en materia tributaria la reserva es de carácter relativo, toda vez que, por una parte, dicha materia no debe ser regulada en su totalidad por una ley formal, sino que es suficiente sólo un acto normativo primario que contenga la normativa esencial de la referida materia, puesto que de ese modo la presencia del acto normativo primario marca un límite de contenido para las normas secundarias posteriores, las cuales no podrán nunca contravenir lo dispuesto en la norma primaria; y, por otro lado, en casos excepcionales, y que lo justifiquen, pueden existir remisiones a normas secundarias, siempre y cuando tales remisiones hagan una regulación subordinada y dependiente de la ley, y además constituyan un complemento de la

regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para el debido cumplimiento de la finalidad recaudatoria.

Precisamente, uno de los elementos que deben estar establecidos en la ley es la “base imponible”, que, según vemos del texto del decreto, ha sido alterada o modificada.

Coincidimos con el impugnante, cuando el mismo señala que si el hecho generador del Impuesto Selectivo al Consumo es “la primera enajenación” del producto, es evidente que al tratarse de cigarrillos fabricados en Paraguay, la primera venta será siempre la que realiza el fabricante, y por lo tanto, es lógico y congruente que la base imponible sea el precio de venta en fábrica, porque en definitiva, es el precio al cual se concreta la “primera enajenación”.

Se ve, pues, que la ley, como lo quiere la Constitución Nacional, ha fijado de manera palmaria el elemento estructural “base imponible” del tributo –“primera enajenación” (el precio de fábrica)–, y éste ha sido modificado o alterado en el decreto impugnado al determinar que la nueva base imponible sería la del precio de venta al público a nivel del consumidor final.

Como hemos visto, el decreto impugnado ha modificado y alterado la base imponible del Impuesto Selectivo al Consumo determinado en la norma legal, y con ello ha claramente conculcado el principio de legalidad tributaria, violando el artículo 179 de la Constitución Nacional, por lo que el mismo debe ser declarado inconstitucional.

CSJ. Sala Constitucional. 25/04/13. Consulta Constitucional en el Juicio: “Amparo Promovido por los Abogs. A. S. V. I y otro en representación de A. S.A. c/ El Dto. N° 5.445 Del Poder Ejecutivo”. (Acuerdo y Sentencia N° 219).

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

CUESTIÓN:

¿Es inconstitucional el Decreto N° 5445 del 17 de noviembre de 2010 “Por el cual establecen valores imponibles presuntos para la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria 2402.20.00 de origen y/o procedencia extranjera y de la primera enajenación a nivel local de los cigarrillos de producción nacional, Y SE DEROGA EL DECRETO N° 5075/2005”?

A la cuestión planteada la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo:□1) El Juzgado Penal de la Adolescencia del Primer Turno de la Capital, a cargo de la Abog. E.C. de M., dispuso remitir estos autos a la Corte Suprema de Justicia, por providencia de fecha 29 de abril de 2011 (f. 106).

2) Antes de expedirme con relación a lo que es materia de estudio de esta Corte, me permito señalar que de la lectura de la citada providencia no se aprecia el objeto de la supuesta consulta ni mucho menos en que norma se encuentra fundada la misma. Si bien la facultad de responder consultas de constitucionalidad de parte de la Corte Suprema de Justicia está prevista en la norma invocada y ha sido admitida en ocasiones anteriores por esta Sala, me permito realizar las siguientes consideraciones en relación al tema:

2.1) La Constitución Nacional, en cuyo Art. 259 establece los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, no incluye entre los mismos la facultad de evacuar consultas constitucionales. Tampoco incluye tal posibilidad el Art. 260, referido a los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional. En efecto, el Art. 259 de la Carta Magna, en su única disposición referida a las cuestiones constitucionales, dispone en su numeral 5 el deber y la atribución de *“conocer y resolver sobre inconstitucionalidad”*. A su vez, en el Art. 260, con respecto a los deberes y atribuciones concretos y exclusivos de la Sala menciona sólo dos: *“1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución”*. Y agrega que *“el procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte”*.

2.2) De la lectura de las normas constitucionales transcritas no surge que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenga como deber y atribución entender las consultas remitidas por los jueces y tribunales, pues su competencia está limitada a conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos normativos y de resoluciones judiciales contrarios a la Carta Magna, por las vías procesales de la acción y de la excepción. Estando taxativamente establecidas por la Constitución las facultades de esta Sala y no encontrándose com-

prendida entre ellas la de evacuar consultas, ésta es inexistente. Una ley, aún de la importancia del Código Procesal Civil, no puede fijar deberes y atribuciones que los convencionales constituyentes en su momento decidieron no incluir. Es más, ni siquiera autorizaron la remisión a una ley para la fijación de otras facultades no previstas en el texto constitucional. En consecuencia, la de evacuar consultas referida a la Sala Constitucional de la Corte lisa y llanamente no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

3) Los jueces se encuentran obligados a fundar sus resoluciones en la Constitución Nacional y en las leyes (Art. 256, CN). Y han de hacerlo, conscientes de que sus fallos estarán sujetos al recurso de revisión. Son las partes litigantes las que, eventualmente, han de objetar la constitucionalidad de las normas aplicadas en la decisión del caso que les ocupa, para lo cual tienen los resortes legales pertinentes. Más allá del hecho decisivo de que la Sala Constitucional carece de atribuciones para evacuar consultas, desde un punto de vista práctico, hacerlo presupondrá un prejuizgamiento y un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional.

4) En atención a las consideraciones que anteceden, considero que no corresponde evacuar la consulta realizada por el Juzgado Penal de la Adolescencia del Primer Turno de la Capital, a cargo de la Abog. E. C. de M., en los términos expuestos. Es mi voto.

A su turno, el doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: En estos autos consta la providencia de fecha 29 de abril de 2011 dictada por el Juez Penal de la Adolescencia del Primer Turno de la Capital, quien conforme a lo dispuesto en la Ley N°. 600/95, que modifica el Código Procesal Civil, eleva estos autos a la Excm. Corte Suprema de Justicia a fin de que esta Corte se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad del Decreto N° 5.445 del 17 de noviembre de 2010, “Por el cual se establecen valores impositivos presuntos para la aplicación y liquidación del Impuesto Selectivo al Consumo en la importación de cigarrillos de la Partida Arancelaria 2402.20.00 DE ORIGEN Y/O PROCEDENCIA EXTRANJERA Y DE LA PRIMERA ENAJENACIÓN A NIVEL LOCAL DE LOS CIGARRILLOS DE PRODUCCIÓN NACIONAL, Y SE DEROGA EL DECRETO N° 5.075/2005”, y es así como esta cuestión viene a ser radicada ante esta Corte.

1. El representante convencional de la firma accionante bajo patrocinio de abogado manifiesta que la misma opera en el ramo de importación de productos de tabaco y que en el carácter de contribuyentes se hayan sujetos y afectados por

el Decreto N° 5445 del 17 de noviembre de 2010. Alegan que el mencionado Decreto es inconstitucional por vulnerar los principios constitucionales establecidos en los artículos 179 “De la creación de tributos” y 181 “De la Igualdad del Tributo” de la Constitución Nacional.

2. El Decreto N° 5.445 del 17 de noviembre de 2010 “ por el cual se establecen valores imponible presuntos para la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria 2402.20.00 de origen y/o procedencia extranjera y de la primera enajenación a nivel local de los cigarrillos de producción nacional, y se deroga el decreto N° 5.075/2005” establece:

“Art. 1º. Establécese como valor imponible presunto, a los efectos de la aplicación y liquidación del Impuesto Selectivo al Consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria 2402.20.00, de acuerdo a la nueva estructura vigente de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM), así como, en la primera enajenación a nivel local de cigarrillos de producción nacional, el precio de venta al público a nivel de consumidor final conforme a los valores establecidos respectivamente para cada marca y tipo de producto, detallados en el Anexo que se adjunta y forma parte de este Decreto.

Art. 2º. Establécese que para los productos importados encuadrados en la partida arancelaria señalada en el Artículo precedente, pero que no estén expresamente citados en el Anexo de este Decreto, se establece como valor imponible presunto, a los efectos de la aplicación y liquidación del Impuesto Selectivo al Consumo, al momento su importación, la suma de dos mil quinientos guaraníes (Gs.2500) por cajetilla de diez (10) unidades de cigarrillos y de cuatro mil guaraníes (Gs.4000) por cajetilla de veinte (20) unidades de cigarrillos, respectivamente.

Para cigarrillos de producción nacional que no estén expresamente citados en el Anexo de este Decreto, se establece como valor imponible presunto, a los efectos de la aplicación y liquidación del Impuesto Selectivo al Consumo, al momento de su primera enajenación a nivel local, la suma de dos mil guaraníes (G.2.000) por cajetilla de diez (10) unidades de cigarrillos y de tres mil quinientos guaraníes (G. 3.500) por cajetilla de veinte (20) unidades de cigarrillos, respectivamente.

Las cajetillas que contengan otra cantidad de unidades de cigarrillos, que no sean de veinte (20) o de diez (10) unidades, liquidarán el impuesto proporcio-

nando cada cajetilla con relación a una de veinte (20) unidades por el valor presunto establecido para la respectiva marca.

Art. 3º.- *Las disposiciones de este Decreto entrarán en vigencia a partir del primer día del mes siguiente de publicación en dos (2) diarios de circulación nacional*

Art. 4º.- *A partir de la vigencia del presente Decreto, queda derogado el Decreto N° 5.075 del 12 de abril de 2005.*

Art. 5º.- *El presente Decreto será refrendado por el Ministerio de Hacienda.*

Art. 6º.- *Comuníquese, publíquese e insértese en el Registro Oficial”.*

3. Procediendo al análisis del Decreto N° 5445 del 17 de Noviembre de 2010, vemos que éste se fundamenta –según el considerando del decreto– en la necesidad de establecer una carga impositiva ecuaníme sobre los cigarrillos, sean estos importados o de fabricación nacional, y se procede al ajuste de los valores imponibles con el fin de adecuarlos al mercado estableciendo nuevos valores imponibles presuntos.

4. El artículo 238 de la Constitución Nacional establece los deberes y atribuciones del Presidente de la República, entre los cuales se encuentra el dictar decretos, los que requieren para su validez que sean refrendados por el Ministro del ramo. A su vez, el artículo 105 de la Ley N° 125/91, modificada por la Ley N° 2.421/2004, faculta al Poder Ejecutivo a fijar valores imponibles presuntos siempre que estos no superen el precio de venta en el mercado interno a nivel de consumidor final.

5. La facultad de reglamentar leyes debe ir lógicamente precedida de la respectiva delegación legislativa por parte del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo. Como dicen García de Enterría y Fernández: *“la ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto; en el Reglamento no se expresa por ello una hipotética ‘voluntad general’, sino que es una simple regla técnica, ‘ocurrencia de los funcionarios’, a la que los órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva. La ley es la norma originaria por excelencia: dispone desde sí misma, rompe el Derecho o las relaciones existentes, puede (dentro de la Constitución) hacerlo todo. Nada de esto es propio de las determinaciones reglamentarias, que más*

bien se presentan como complementarias de las leyes, 'como ejecución' de la Ley" (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. Pág. 181. Ed. Thomson. Civitas. 2004). En ese razonamiento es que afirmamos que lo propio del Decreto, lo que le espera definitivamente de la Ley, es que una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la Administración. Y como todos los productos administrativos, el Decreto es una norma necesitada de justificación, caso por caso condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justificables por el juez. La sumisión del Decreto a la Ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde está es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido. Sobre esta base, justamente, se articula lo que el artículo 137 de la Constitución Nacional llama, para garantizarla, la "jerarquía normativa".

Entonces, estando ya bien madura la idea de que la Administración no puede ejercitar más potestades que aquellas que efectivamente le han sido concedidas, entramos a analizar cómo se ha ejercido su potestad reglamentaria el Poder Ejecutivo en el dictado del decreto que ha sido tachado de inconstitucional. Aclaremos que no pasa desapercibida a este Supremo Tribunal la circunstancia de que nos encontramos ante materia tributaria, en donde, como se sabe, rige el principio de legalidad tributaria, cardinal para el destino de esta consulta. Será objeto de detenido análisis el mencionado principio tributario, para luego analizar finalmente si el Decreto reglamentario dictado por el Poder Ejecutivo ha avasallado tal principio y por ende deba ser declarado inconstitucional, por rebasar los límites legales impuestos por la normativa legal superior.

6. El artículo 179 de la Constitución Nacional establece: "Todo tributo, cualquiera sea su naturaleza o denominación, será establecido exclusivamente por la ley, respondiendo a principios económicos y sociales justos, así como a políticas favorables al desarrollo nacional. Es también privativo de la ley determinar la materia imponible, los sujetos obligados y el carácter del sistema tributario. Ello concuerda con el Art. 202 numeral 4) de la misma Constitución, según el cual es competencia del Congreso, "...legislar sobre materia tributaria".

7. El principio de legalidad tributaria concibe a la ley como el instrumento idóneo para la imposición del tributo y es el Poder Legislativo el que tiene la

facultad de crear las leyes respetando los lineamientos constitucionales establecidos, ya que la citada facultad se la otorga expresamente la Constitución Nacional. Del análisis del principio de legalidad tributaria se podrá constatar que el sentido de la Constitución, específicamente en cuanto a los elementos constitutivos del impuesto y de los actos emitidos por las autoridades fiscales, radica en que es la Ley el instrumento adecuado y competente para la imposición de cualquier obligación fiscal.

8. No pocas veces el Poder Ejecutivo reglamenta las leyes dictadas por el Congreso en materia tributaria. Entonces es que surge la convivencia entre leyes y normas administrativas que pudieran llegar a confundirse, sin embargo, es aquí donde los principios de Reserva de la Ley y de Primacía de la Ley toman juego como elementos importantes que forman parte del Principio de Legalidad, toda vez que en las normas de carácter administrativo se encuentran supeditadas a las leyes y por ningún motivo podrían exceder el contenido de estas últimas. “Nullum Tributum sine Lege” es el aforismo latino que sintetiza el principio de legalidad tributaria contenido en el artículo 179 de la Constitución Nacional.

El principio de legalidad está conformado por dos elementos que dan explicación a su existencia, estos son el Principio de Reserva de Ley y el Principio de Supremacía de la Ley. El principio de legalidad consiste en el hecho de que todo impuesto es válido cuando este se encuentre previsto en una ley, dado que es ésta (la ley) la que debe contener los elementos estructurales de los impuestos (Reserva de la Ley). Sin embargo el principio de legalidad también establece las relaciones entre el ordenamiento jurídico y el acto administrativo, por lo que la actuación de la administración debe ser jurídica, es decir debe estar apegada a las normas que tienen el carácter de ley, por ser esta un instrumento limitante al ejercicio del poder cuya superioridad sobre cualquier otra norma (Supremacía de la Ley) se encuentra plenamente reconocida por la Ley Suprema de la República.

“La doctrina de las materias reservadas a la Ley es ya un principio material y no sólo formal de relación entre la Ley y el Reglamento, pero es, no obstante, un principio montado en beneficio de la propia supremacía de la Ley no en su perjuicio. En efecto la ley se reserva una serie de objetos sustanciales y en el resto permite la intervención del Reglamento aunque sometido a la superioridad que es propia de la Ley. No se trata, en modo alguno, de un reparto material del

campo normativo; no se deduce en absoluto que las materias distintas de las reservadas a la Ley serían materias propias y exclusivas del Reglamento, donde la Ley no podrá entrar. El Reglamento sigue siendo una norma secundaria y subordinada a la Ley, no alternativa respecto de ella”(García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Opus cit.* Pág. 256).

9. Como hemos señalado, la ley es la fuente formal del Derecho Fiscal, al ser el único medio por el cual pueda establecerse un tributo o una sanción por el incumplimiento del mismo, por lo tanto es fuente exclusiva del derecho tributario sustantivo y del Derecho Tributario Penal. La Ley abarca la creación o configuración del hecho imponible o presupuesto que hace nacer la obligación de tributar; así mismo la obligación del hecho imponible a un sujeto determinado; la determinación del sujeto pasivo o contribuyente de derecho; la alícuota o monto del tributo y también sus exenciones, así como la configuración de un ilícito tributario en cualquiera de sus distintas variantes, así como sus sanciones que lo repriman, de cualquier tipo que sean.

10. Para la validez constitucional de un tributo es necesario no sólo que este establecido por la ley, sea proporcional y equitativo y esté destinado al pago de los gastos públicos, sino que también se exige que los elementos esenciales del mismo, como pueden ser el sujeto, objeto, base, tasa y época de pago, estén consignados de manera expresa en la ley, para que así no quede margen de arbitrariedad de las autoridades exactoras, ni para el cobro de impuestos imprevisibles o a título particular, sino que a la autoridad no quede otra cosa que aplicar las disposiciones generales de observancia obligatoria dictadas con anterioridad al caso concreto de cada causante, y el sujeto pasivo de la relación tributaria pueda en todo momento conocer la forma cierta de contribuir para los gastos públicos del Estado.

11. A su vez, el Principio de Supremacía de la Ley radica en la observancia de la misma ante las demás normas tributarias existentes, por no tener- las demás normas- el carácter que las leyes tienen, así como la fuerza y sustento que a las mismas se les ha otorgado por parte de la ley suprema de la República. Tal aseveración se fundamenta para la materia fiscal, como lo señaló, en el artículo 179 de la Constitución Nacional, toda vez que el mismo reconoce que para el mismo cumplimiento de la obligación de tributar, debe apegarse a la manera que las leyes dispongan.

12. No es obstáculo a lo anterior la facultad reglamentaria otorgada al Ejecutivo en el artículo 238 de la Constitución, para el efecto de proveer en la

esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, pues en si su facultad se reduce a desarrollar y complementar en detalle las normas contenidas en las leyes, pero sin que de ninguna manera, por el ejercicio de esta facultad, se pueda derogar o modificar el contenido de la ley, ni mucho menos limitarla o excluirla.

Así lo ha entendido también muy claramente la doctrina: *“Podemos entender también el principio de reserva de la ley como un instrumento por medio de un mandamiento constitucional se reserva el legislador la regulación de una materia, o de los aspectos esenciales de esta materia, la reserva de ley constituye una norma competencial que entrega a la potestad legislativa del Estado el control de una materia, por lo tanto, al mismo tiempo de que constituye una prerrogativa, lleva implícita una obligación para el legislador”* (Calvo Ortega, Rafael. “Consideraciones sobre los presupuestos científicos del Derecho Financiero”. Hacienda Pública Española. N° 1, Instituto de Estudios Fiscales, España, 1970).

Fernández Pérez Royo, tributarista español, explica a este principio como una figura comprensible en un sistema constitucionalista, que sirve de control de la constitucionalidad de las leyes y normas de carácter general, además de que la reserva de la ley no es sólo un límite para el Poder Ejecutivo y su facultad reglamentaria, sino también sirve de freno al legislador, ya que la reserva le impone un límite el cual queda definido y en caso de violarlo estaría contrariando a la Constitución. (Perez Royo, Fernando. “Fundamento y ámbito de la reserva en materia de la ley en materia tributaria”. Numero 14, Instituto de Estudios Fiscales. España. 1972).

13. La doctrina clasifica a la reserva de la ley en absoluta y relativa. La primera aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal. En este supuesto, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes. La reserva relativa, en cambio, permite que otras fuentes. La reserva relativa, en cambio, permite que otras fuentes de la ley vengán a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determina expresa y limitadamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse; esto es, la regulación de las fuentes secundarias debe quedar subordinada a las líneas esenciales que la ley haya establecido para la materia normativa. En este supuesto, la ley puede limitarse a establecer los principios y criterios dentro de los cuales la concreta disciplina de la materia reservada podrá posteriormente

ser establecida por una fuente secundaria. Así, no se excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva de la ley en absoluta y relativa se formula con base en el alcance o extensión que sobre cada materia se atribuye a cada especie de reserva. Si en la reserva absoluta la regulación no puede hacerse a través de normas secundarias, sino sólo mediante las que tengan rango de ley, la relativa no precisa siempre de normas primarias. Basta de un acto normativo primario que contenga la disciplina general o de principio, para que puedan regularse los aspectos esenciales de la materia respectiva.

14. Precisado lo anterior, esta Corte considera que en materia tributaria la reserva es de carácter relativo, toda vez que, por una parte, dicha materia no debe ser regulada en su totalidad por una ley formal, sino que es suficiente sólo un acto normativo primario que contenga la normativa esencial de la referida materia, puesto que de ese modo la presencia del acto normativo primario marca un límite de contenido para las normas secundarias posteriores, las cuales no podrán nunca contravenir lo dispuesto en la norma primaria; y, por otro lado, en casos excepcionales, y que lo justifiquen, pueden existir remisiones a normas secundarias, siempre y cuando tales remisiones hagan una regulación subordinada y dependiente de la ley, y además constituyan un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para el debido cumplimiento de la finalidad recaudatoria.

15. Necesario el *excursus* anterior, entramos al estudio del decreto. Precisamente, como se ha explicado extensamente, uno de los elementos que deben estar establecidos en la ley es la “base imponible”, que, según vemos del texto del decreto, ha sido alterada o modificada. Veamos. La Ley 125/91, modificada parcialmente por Ley 2.421/04, al crear el Impuesto Selectivo al Consumo ha definido y delineado claramente los elementos que sirven para identificar la materia imponible y la forma de cuantificación de este impuesto, que grava el consumo de determinados bienes, entre ellos los cigarrillos. En cuanto a la materia imponible, el artículo 99 de dicha ley determina: “Hecho Generador: Créase un impuesto que se denominará Impuesto Selectivo al Consumo, que gravará la importación de los bienes que se consigna en el art. 106 y la primera enajenación a cualquier título cuando sean de producción nacional”.

Como se pueden observar, la ley delimita claramente el hecho generador, tratándose de cigarrillos que sean fabricados en el país, al soslayar: “la primera enajenación a cualquier título”. Concordante y coherente con ello, el artículo 105 determina también la manera de determinar el hecho imponible, al señalar: “La Base imponible la constituye el precio de venta en fábrica, excluido el propio impuesto y el Impuesto al Valor Agregado (IVA)”. Coincidimos con el impugnante, cuando el mismo señala que si el hecho generador del Impuesto Selectivo al Consumo es “la primera enajenación” del producto, es evidente que al tratarse de cigarrillos fabricados en Paraguay, la primera venta será siempre la que realiza el fabricante y, por lo tanto, es lógico y congruente que la base imponible sea el precio de venta en fábrica, porque en definitiva, es el precio al cual se concreta la “primera enajenación”.

16. Se ve, pues, que la ley, como lo quiere la Constitución Nacional, ha fijado de manera palmaria el elemento estructural “base imponible” del tributo – “primera enajenación” (el precio de fábrica)–, y éste ha sido modificado o alterado en el decreto impugnado al determinar que la nueva base imponible sería la del precio de venta al público a nivel del consumidor final. La modificación y por ende la conculcación al principio desarrollado es incuestionable. La fijación de valores imponibles sería la del precio de venta al público a nivel de consumidor final. La modificación y, por ende, la conculcación al principio desarrollado es incuestionable. La fijación de valores imponibles presuntos solo cabe cuando no resulta materialmente posible la liquidación del tributo sobre base cierta, y aún en los casos en que esta técnica de liquidación fuese admisible, las bases imponibles presuntas fijadas por la Administración deben estar sometidos a dos reglas: a) El “hecho imponible” no puede ser alterado, y b) Los valores presuntos deben ser fijados en base a criterios objetivos verificables según la realidad económica de la actividad gravada. Esto significa que la reglamentación no puede modificar la pauta legal para fijar la base imponible del Impuesto Selectivo al Consumo, que en el caso de cigarrillos de producción nacional, es el precio de venta en fábrica al realizarse la primera enajenación, no siendo admisible, bajo circunstancia alguna, tomar como parámetros los precios de venta al público, porque esto significaría desnaturalizar por completo el “hecho imponible”, trasladando el impacto del tributo a una fase de la comercialización distinta a la tenida en cuenta por el legislador al crear este impuesto, y esto quebranta de raíz el consabido principio de legalidad.

17. Volviendo sobre lo anterior, y redondeando la conclusión, decimos: nuestra Constitución dispone que la obligación de contribuir existe en los términos que establezcan las leyes, por lo que todos los elementos que resulten necesarios para individualizar y fijar el monto de la deuda tributaria deberá en consecuencia estar previstos en ley, pues esta es el producto de un proceso que compete al poder legislativo y por tanto el tributo compete a este. La ley debe abarcar tanto la definición de los elementos esenciales y estructurales del tributo. Antonio Jiménez González afirma que si la obligación de contribuir debe soportarse en la forma proporcional y equitativa que dispongan las leyes; la ley debe por tanto, definir en la forma proporcional y equitativa que dispongan las leyes; la ley debe por tanto, definir al menos cada uno de los elementos estructurales de cada tributo, que son los que permiten conocer en cada caso particular el monto de la carga tributaria que cada sujeto debe soportar, además de que la obligación del legislador en el ámbito tributario es tan vasta como para que éste garantice que el gobernado estará en condiciones de saber cuándo asume la condición de deudor tributario y si el monto de la deuda responde a las condiciones de proporcionalidad y equidad. Por lo tanto el legislador debe establecer en la ley todos los elementos que permitan llegar a tal fin. Al faltar la prevención de alguno de tales elementos la obligación de contribuir no resultó ser ya conforme a los términos dispuestos por la ley, sino a lo mejor conforme a lo estatuido en un reglamento. Lo que constituye una frontal contravención a la norma constitucional. (Jiménez González, Antonio. “Lecciones de Derecho Tributario”. Cuarta Edición. Ed. Ecafasa. México. 1999. Pág. 194).

18. El Decreto N° 5.445 del 17 de noviembre de 2010, “Por el cual se establecen valores imponibles presuntos para la aplicación y liquidación del impuesto selectivo al consumo en la importación de cigarrillos de la partida arancelaria 2402.20.00 de origen y/o procedencia extranjera y de la primera enajenación a nivel local de los cigarrillos de producción nacional, y se deroga el decreto N° 5075/2005”, como hemos visto, ha modificado y alterado la base imponible del Impuesto Selectivo al Consumo determinado en la norma legal, y con ello ha claramente conculcado el principio de legalidad tributaria, violando el artículo 179 de la Constitución Nacional, por lo que el mismo debe ser declarado inconstitucional.

19. Ciertamente, hasta aquí estaría ya agotada la contestación de la cuestión sustancial de esta consulta –determinando la inconstitucionalidad del de-

creto impugnado—. Ahora bien, no podemos dejar pasar la oportunidad de recordar también —ello ya no será tratado a fondo aquí—, que si bien la Constitución ordena que las contribuciones deben encontrarse previstas en las leyes, también ordena que ello queda subordinado al mandato supremo de que la contribución debe ser proporcional y equitativa, que en el sentido clásico filosófico expresa la idea de Justicia Tributaria, por referirse a la capacidad de pago de los ciudadanos y a la igualdad de contribuir en condiciones iguales. Esto en sentido económico y social implica que las contribuciones no sean ruinosas e inequitativas. Se ha probado con las constancias contables y económicas, que el artículo 181 de la Constitución Nacional, también ha sido decididamente vulnerado en el Decreto 5.445 del 17 de noviembre de 2010. ¿Por qué? Analicemos. De la lectura del decreto atacado no surge de manera alguna la fuente en la que se basó el Poder Ejecutivo para llegar a los precios establecidos como base imponible de los productos gravados. Ello significa que el decreto parte de una apreciación inexacta de los hechos en virtud de los cuales se determinan, lo que es signo de la ausencia de un fundamento objetivo en la decisión normativa.

“El principio de interdicción de la arbitrariedad habilita a los Tribunales a controlar los presupuestos fácticos de que el Reglamento parte, lo que incluye la verificación empírica de los hechos (test de existencia), así como su valoración o ponderación (test de valoración)”.(García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Pág. 205. Ed. Thomson. Civitas. 2004).

Ya a modo de conclusión y terminando, volvemos sobre las ideas iniciales: el Decreto es una norma secundaria y subordinada por su propia esencia, complementaria a la Ley, pero no la suple, y la injusticia en su seno multiplicará y amplificará sus efectos injustos en el tiempo, en la extensión, en la intensidad, a través de la infinitud de actos aplicativos del mismo, alcanzando, pues, un grado de injusticia incomparablemente superior al que quepa esperar de la ilegalidad de un solo acto.

El Decreto aquí impugnado es objetivamente irrazonable y está abocado a un resultado manifiestamente injusto. No existe, de ninguna manera, proporcionalidad ni adecuación al fin, por lo que el mismo no puede tener otro destino que ser tachado de inconstitucional.

20. Por tanto, conforme a las consideraciones que anteceden, corresponde que se tenga por evacuada la consulta realizada por el Juzgado Penal de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Adolescencia del Primer Turno, Capital, concluyendo que el Decreto N° 5.445 del 17 de Noviembre de 2010 “POR EL CUAL SE ESTABLECEN VALORES IMPONIBLES PRESUNTOS PARA LA APLICACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO EN LA IMPORTACIÓN DE CIGARRILLOS DE LA PARTIDA ARANCELARIA 2402.20.00 DE ORIGEN Y/O PROCEDENCIA EXTRANJERA Y DE LA PRIMERA ENAJENACIÓN A NIVEL LOCAL DE LOS CIGARRILLOS DE PRODUCCIÓN NACIONAL, Y SE DEROGA EL DECRETO N° 5.075/2005” es inconstitucional por no ajustarse a los principios consagrados en los artículos 179 y 181 de la Constitución Nacional.

A su turno, el doctor FRETES manifestó que se adhiere al voto del doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ, por los mismos fundamentos.

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:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Constitucional,

RESUELVE:

TENER por contestada la consultada realizada por el Juzgado Penal de la Adolescencia del Primer Turno, Capital, y remitir el principal para el pronunciamiento de la resolución que corresponda en derecho.

ANOTAR, registrar y notificar.

FDO.: Doctor ANTONIO FRETES, presidente, y doctores GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ.

ANTE MÍ: Héctor Fabián Escobar Díaz (Secretario Judicial I).

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 220

Cuestión debatida: *Establecer si se han cumplido los presupuestos para hacer lugar al Recurso Extraordinario de Casación planteado por la Agente Fiscal de la causa. Manifiesta la recurrente un único agravio, cuestión de puro derecho procesal, expresando que la Cámara de Apelación no ha controlado cabalmente los plazos procesales de este expediente y por ello ha extinguido la acción penal equivocadamente.*

PLAZOS. PLAZO PERENTORIO.

El plazo establecido en el artículo 139 del CPP es un plazo perentorio y además improrrogable, pero el mismo debe correr desde el día en que se notifica la resolución por la cual se ejecuta esta norma.

PLAZOS. DÍAS HÁBILES.

Estamos en presencia de un plazo que la ley establece en días, y por ello se le debe aplicar la regla general que indica que solo deben ser computados los días hábiles, ya que dicho plazo no se refiere a medidas cautelares algunas ni la ley establece expresamente nada en contrario, de esta manera, solo deben usarse los días hábiles.

CSJ. Sala Penal. 25/04/13. “R.C.E. s/ ESTAFA”. (Acuerdo y Sentencia N° 220).

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 BAJAC.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DOCTORA PUCHETA DE CORREA DIJO: La agente fiscal de la causa interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, en cuya parte resolutive dispone extinguir la acción penal en esta causa y decretar el sobreseimiento definitivo del imputado en autos.

Por Auto Interlocutorio N° 409 del 28 de abril de 2009, el Juez Penal de Garantías de la circunscripción dispuso en lo pertinente decretar el sobreseimiento provisional del imputado.

En primer término corresponde efectuar el ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: La recurrente plantea su recurso de casación en fecha 30 de octubre de 2009, estando dicha presentación planteada en tiempo, ya que la notificación a la recurrente fue realizada por cédula de notificación en fecha 16 de octubre de 2009 por lo que se halla dentro del plazo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal.

La recurrente impugna la sentencia definitiva de la Cámara Penal de Paraguarí, bajo el amparo de las normas 477 y 478 inciso 3 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. La recurrente invocó como motivos que ameritan la procedencia del recurso la causal prevista en el numeral 3° del Art. 478 del Código Ritual (falta de fundamentación).

En cuanto al 3° motivo, para determinar su presencia debe analizarse ya la sentencia impugnada.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, la recurrente es agente fiscal de la causa, se halla debidamente legitimada a recurrir en casación, por lo dispuesto en el artículo 449 del Código Procesal Penal, segundo párrafo.

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 BAJAC 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: Manifiesta la recurrente en su escrito de casación un único agravio, cuestión de puro derecho procesal, expresando que la Cámara de Apelación no ha controlado cabalmente los plazos procesales de este expediente y por ello ha extinguido la acción penal equivocadamente.

Para integrarse al análisis de este agravio, es menester realizar un detalle de dichos plazos.

Así, podemos ver que Roberto Chaparro fue imputado en fecha 24 de octubre de 2007. El 25 del mismo mes y año el Juez Penal dispone recibir la imputación y señalar como fecha de requerimiento conclusivo el 24 de enero de 2008.

El 17 de Enero de 2008 el Ministerio Público solicita la prórroga ordinaria del plazo establecido por el juez con anterioridad; posteriormente a esta presentación, en la causa se debate la prejudicialidad de las investigaciones, lo cual

conlleve trámites y acciones, siendo presentes apelaciones en la misma. De esta forma, El 5 de agosto de 2008 el Ministerio Público presenta una manifestación señalando que el pedido de prórroga ordinaria no fue resuelto, y que por ello no se ha presentado, en la fecha señalada por el juzgado como requerimiento conclusivo, petición alguna.

Ante esta situación, el juzgado penal, en fecha 8 de agosto de 2008, en atención al artículo 139 del CPP, dispone el envío de estos autos al Fiscal General del Estado, por el plazo legal de diez días, a los efectos pertinentes; siendo recibido el 11 del mismo mes y año. En esta misma fecha la defensa presenta incidente innominado a efectos de extinguir la acción penal.

Este incidente es respondido por medio del A.I. N° 409 de fecha 28 de abril de 2009, rechazándose lo solicitado por la defensa en atención a que se dio trámite al artículo 139 del CPP.

Esta resolución fue apelada y llevada a Cámara, sancionada la situación con el auto interlocutorio que hoy es impugnado de casación, y en dicha resolución se expresa que el inferior tardó varios meses en hacer cumplir el artículo 139 del CPP, pero una vez efectivizada el trámite para su cumplimiento, la Fiscalía General del Estado lo contestó en fecha 25 de agosto de 2008, es decir, fuera del plazo legal, y como estos plazos son perentorios e improrrogables, debe extinguirse la acción.

Es contra esta decisión la que se levanta la agente fiscal de la causa. El plazo que se posee es de diez días, a contar, obviamente, desde la notificación, en este caso, recepción del expediente; como lo hemos mencionado, el mismo fue recibido y notificado en fecha 11 de agosto de 2008, conforme sello obrante a fojas 52 de autos. El traslado aludido fue respondido en fecha 25 de Agosto por medio del Dictámen N° 260, obrante a fojas 58 en adelante.

La casacionista alude como errores de la Cámara de Apelación que el plazo de diez días debía computarse desde el día siguiente a la notificación, es decir, desde el 12 de agosto, y no debía contarse los días inhábiles, cuando que la Cámara lo computó desde el día de la providencia, 8 de agosto, y consideró además los días inhábiles.

El artículo 129 del CPP expresa: “Los plazos legales y judiciales serán perentorios e improrrogables y vencerán a las veinte y cuatro horas del último día señalado, salvo que la ley permita su prórroga o subordine su vencimiento a determinada actividad o declaración de voluntad...”. “Los plazos determina-

dos por días comenzarán a correr al día siguiente de practicada su notificación. A estos efectos, se computarán sólo los días hábiles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario o que se refiera a medidas cautelares, caso en el cual se computarán días corridos...”.

Así planteada la cuestión, basta dilucidar el carácter de dicho plazo y su especie, para saber si debe correr desde el día de su notificación o de dictado el plazo, y para saber si debe computarse los días inhábiles o su caso contrario.

El plazo establecido en el artículo 139 del CPP es un plazo perentorio y además improrrogable, pero el mismo debe correr desde el día en que se notifica la resolución por la cual se ejecuta esta norma, es decir, en el caso concreto, el plazo no corre desde la providencia de fecha 8 de agosto sino desde el día siguiente de la notificación, tal como lo dice la ley; bajo este supuesto, el plazo corre desde el día 12 de Agosto contado.

Luego de dilucidado el mismo aspecto, nos avocamos al segundo. Así, estamos en presencia de un plazo que la ley establece en días, y por ello se le debe aplicar la regla general que indica que solo deben ser computados los días hábiles, ya que dicho plazo no se refiere a medidas cautelares algunas ni la ley establece expresamente nada en contrario, de esta manera, solo deben usarse los días hábiles.

Bajo este aspecto, controlamos el plazo que tenía el Ministerio Público para responder el traslado, y se observa que el mismo le vencía el día 26 de agosto de 2008 inclusive, y como ya se corroboró, la contestación se verificó en fecha 25 del mismo mes y año.

Por estos fundamentos y razonamientos arriba expresados, debe ser declarado nulo el Auto Interlocutorio N° 227 de fecha 8 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de Capital, y confirmar el Auto Interlocutorio N° 409 de fecha 28 de abril de 2009, obteniendo así recién esta última resolución su fecha de firmeza.

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 BAJAC 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:

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,

JURISPRUDENCIA

RESUELVE:

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

HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación planteado, y en consecuencia REVOCAR el Auto Interlocutorio N° 227 de fecha 8 de setiembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en Lo penal de Capital, en atención al exordio de la presente resolución.

CONFIRMAR el Auto Interlocutorio N° 409 de fecha 28 de abril de 2009, obteniendo así recién esta última resolución su fecha de firmeza.

IMPONER las costas a la perdedora.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, SINDULFO BLANCO y MIGUEL OSCAR BAJAC.

Ante mí: Karinna Penoni, Secretaria.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 1.110

Cuestión debatida: *Se apela un auto interlocutorio que rechaza con costas el Incidente de Nulidad de Actuaciones y redargución de falsedad.*

JUICIO EJECUTIVO. Resoluciones apelables.

En la tramitación ejecutiva solamente son apelables el auto que se expide sobre liquidación y la sentencia de remate cuando se ha intentado defensa oponiendo excepción legítima, según así prescribe el art. 442 del citado cuerpo legal.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/12/12. M. L. F. Vda. de Zaracho c/ R. H. B. D. y OTROS s/ Ejecución Hipotecaria. (A.I. N° 1.110).

VISTOS: los recursos de nulidad y apelación interpuestos contra el A.I. N° 939 de fecha 20 de julio de 2012, y

CONSIDERANDO:

Que por el auto recurrido se resolvió: “RECHAZAR con costas el Incidente de Nulidad de Actuaciones y redargución de falsedad deducido por el Sr. R.H.B.D. por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, por improcedente; NOTIFICAR...” (sic).

LA NULIDAD. El recurrente sostiene que el auto interlocutorio adolece de vicios de forma y violación de solemnidades y agrega que el auto recurrido no contiene una fundamentación razonada y motivada. Pero ocurre que en el escrito de fs. 136 a 138 CPC, se limita a formular consideraciones de orden teórico y legal sobre la labor del juez pero en ningún momento señala específicamente el o los vicios de que adolece la resolución recurrida conforme así impone el art. 419 CPC bajo pena de declarar desierto el recurso.

Por la circunstancia señalada y también por no advertir vicio que obligue al Tribunal a declarar de oficio la nulidad, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad.

LA APELACIÓN. En la tramitación ejecutiva solamente son apelables el auto que se expide sobre liquidación y la sentencia de remate cuando se ha intentado defensa oponiendo excepción legítima, según así prescribe el art. 442 del citado cuerpo legal.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la parte recurrente.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad contra el A.I. N° 939 de fecha 20 de julio de 2012 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Primer Turno.

DECLARAR MAL CONCEDIDO el recurso de apelación interpuesto contra el A.I. N° 939 de fecha 20 de julio de 2012.

IMPONER COSTAS a la recurrente.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes, Ma. Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 1.111

Cuestión debatida: *Se estudia si han desaparecido las causales que impiden la formalización de la escritura pública de transferencia de propiedad, por lo que se ordena la indisponibilidad de los fondos depositados en la Cta. Cte. abierta en el B.N.F. a nombre del presente juicio y a la orden del Juzgado.*

DEMANDA. Allanamiento de la demanda.

Existiendo expreso allanamiento de la contraparte, quien fuera la depositante de la suma existente en la cuenta abierta a nombre del juicio, y solicitante a la vez de la indisponibilidad de los fondos, y que fue el motivo por el cual la A-quo denegó el libramiento del cheque, corresponde hacer lugar a la apelación, en atención al allanamiento formulado, que equivale, en términos procesales, a un pedido de levantamiento de la indisponibilidad, ya que la providencia fue dictada *in audita pars*, en consecuencia revocar la providencia en recurso, y en su lugar disponer, que la A-quo, previo levantamiento de la indisponibilidad decretada, disponga la entrega de fondos al peticionante, librando el correspondiente cheque judicial.

DEMANDA. Allanamiento de la demanda. COSTAS.

En cuanto a las costas, corresponde imponerla en el orden causado, en atención al allanamiento y considerando que en instancia previa, la decisión fue adoptada sin participación de la demandante.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/12/12. “Entidad Binacional Yacyreta c/ C. I.C.S.A. s/ pago por consignación”. (A.I. N° 1.111).

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL DR. PAREDES BORDÓN. Que por la referida providencia la A-quo dispuso, *“En cuanto al pedido de extracción de fondos, ni ha lugar por improcedente, en atención a lo dispuesto en la providencia del 26 de mayo de 2012, (fs. 849) a la fecha firme”*.

Que por su parte la providencia de fecha 25 de mayo de 2012, a la cual se remitió el proveído precedentemente transcrito, reza: *“Téngase por comunicado el depósito realizado, en los términos del escrito que antecede. Agréguese los recaudos presentados. Atenta a la cláusula cuarta del acuerdo homologado por A.I. N° 1.776 de fecha 16 de diciembre de 2011, a fs. 792/794, ordénase la indisponibilidad de los fondos depositados en la Cta. Cte. Abierta en el B.N.F. a nombre del presente juicio y a la orden del Juzgado, hasta tanto desaparezcan las causales que impiden la formalización de la escritura pública de transferencia de la Finca N° 8.678 del distrito de Encarnación a favor de la Entidad Binacional Yacyretá”*.

El recurrente, representante de C., al expresar agravios a fs. 941 y sgtes. luego de reseñar los antecedentes procesales, a partir del acta de acuerdo entre partes, el auto de homologación de dicho acuerdo, el depósito efectuado por la entidad Binacional Yacyretá, y el pedido de indisponibilidad ante la existencia de un juicio de usucapión sobre una de las fincas expropiadas por la EBY, razón por la que se dictara la providencia del 26 de mayo de 2012, transcripta precedentemente, señala que al momento en que su parte solicitó la extracción de los fondos, mediante la constitución del Juzgado en el inmueble objeto de la litis, y la verificación in situ, y en informe georeferenciado del inmueble, se ha podido constatar que no existe impedimento alguno para el pago, puesto existe la constancia que la acción de usucapión intentada sobre la Finca 8678, es sobre una parte de la misma, que no afecta a la porción expropiada por Yacyretá, por lo que ya no existe impedimento alguno para la escritura, y el consecuente pago a su representada.

Al contestar el traslado de agravios, el representante de la EBY, Abog. Silvino Benítez, a fs. 957 de autos, sea la que si bien por providencia del 26 de mayo de 2012, a su pedido se dispuso la indisponibilidad de los fondos depositados en la cuenta abierta a nombre del juicio y orden del Juzgado, a la fecha, habiéndose realizado las diligencias de reconocimiento judicial, y habiéndose dispuesto el levantamiento de los embargos trabados, es comprobado que ya no existen las causas que motivaron el pedido, y la concesión de la indisponibilidad de los fondos, expresa que no se opone a la extracción de los fondos por el peticionante.

Existiendo expreso allanamiento de la ENTIDAD BINACIONAL YACYRETÁ, quien fuera la depositante de la suma existente en la cuenta abierta a nombre del juicio, y solicitante a la vez de la indisponibilidad de los fondos, y que fue el motivo por el cual la A-quo denegó el libramiento del cheque, corresponde hacer lugar a la apelación, en atención al allanamiento formulado, que equivale, en términos procesales, a un pedido de levantamiento de la indisponibilidad, ya que la providencia fue dictada *in audita pars*, en consecuencia revocar la providencia en recurso, y en su lugar disponer, que la A-quo, previo levantamiento de la indisponibilidad decretada, disponga la entrega de fondos al peticionante, librando el correspondiente cheque judicial.

En cuanto a las costas, corresponde imponerla en el orden causado, en atención al allanamiento y considerando que en instancia previa, la decisión fue adoptada sin participación de la EBY.

OPINIÓN DEL DR. BÁEZ MAIOLA. El recurso va dirigido contra la providencia del 19 de septiembre de 2012 a f. 849, que textualmente ha dispuesto: *“Téngase por comunicado el depósito realizado en los términos del escrito que antecede. Agréguese los recaudos presentados. Atenta a la cláusula cuarta del acuerdo homologado por A.I. N° 1.776 de fecha 16 de diciembre de 2011 de fs. 792/794, ordénase la indisponibilidad de los fondos depositados en la Cta. Cte. abierta en el B.N.F. a nombre del presente juicio y a la orden del Juzgado, hasta tanto desaparezcan las cláusulas que impiden la formalización de la escritura pública de transferencia de la Finca N° 8.678 del Distrito de Encarnación a favor de la Entidad Binacional Yacyretá”* (sic).

El recurrente manifiesta que tal decisión *“...es una cuestión accesoria al objeto principal del presente juicio, que es la ejecución de un acuerdo homologado judicialmente. Ver fs. 913 al 816 del Tomo IV de autos. Al respecto, la ejecución*

aludida en el párrafo anterior ha sido cuestionada por el representante de la EBY por medio de la presentación de una EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO (Ver fs. 824 al 826 de autos) y que ya fue contestada por mi parte (Ver fs. 928 al 932 de autos). En consecuencia, a los efectos que la a quo pueda resolver la EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO opuesta por el representante de la EBY, solicito la remisión e autos principales al Juzgado de origen debiendo quedar en este Tribunal de Apelación, solamente las compulsas del TOMO IV de estos autos, considerando que, todas las actuaciones procesales generadas en el TOMO IV son necesarias que este Excmo. Tribunal de Apelación pueda sustanciar y resolver el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria por mi parte en contra la providencia de fecha 19 de septiembre de 2012..." (sic).

Respecto al pedido de remisión parcial de expedientes que también formula, no corresponde, pues implicaría que la apelación ha sido conferida sin efecto suspensivo. En efecto, la concesión con efecto procesal suspensivo, que no se da en *sub judice*. En cuanto al recordatorio que formula al Tribunal recurrente sobre sus deberes, la normativa, inc. f) numeral 1 y 2 del art. 15 del CPC, solamente puede invocarla el justiciable una vez pronunciada su decisión y no antes a modo de advertencia.

Yendo a la cuestión objeto de la apelación, la no autorización de retiro de fondos depositados en concepto de indemnización por expropiación, el recurrente expone que tal negativa va contra lo que han acordado las partes de este proceso, homologado por A.I. N° 1.776 del 16 de diciembre de 2011. Como el EBY no ha cumplido con su obligación de efectuar pago, se ha iniciado la ejecución judicial del mismo.

De constancia de autos, en fecha 22 de mayo de 2012, el Abog. Silvino Benítez comunica al Juzgado que en sede judicial de la ciudad de Encarnación, radica juicio de usucapión respecto de la Finca N° 8.678, que es el objeto del presente juicio de pago por consignación. En virtud de ello, ha solicitado que se disponga la indisponibilidad de dichos fondos hasta que sea resuelta la usucapión, pedido que hace lugar el Juzgado por proveído del 25 de mayo de 2012.

CIMPORTEX PARAGUAYAI.C.S.A. no niega precisamente que C.E.Z. Vda. de A., actora en el juicio de usucapión no tenga derecho para adquirir por dicha vía la propiedad de Finca N° 8.678 del Distrito de Encarnación, capital del Departamento de Itapúa. Lo que sí, reclama, es el reconocimiento de su derecho a cobrar la indemnización, alegando que la usucapión está referida a una parte de dicha finca que no es afectada por los trabajos del EBY y objeto de la expro-

piación, que tiene una extensión de 5 hectárea, 3.363 metros cuadrados, 8.789 centímetros cuadrados, individualizada por la Fracción X, conformada por los Lotes Nros. 5, 6,7 y 8.

A fin de probar tal afirmación, conjuntamente las partes de este proceso a fs. 911/913 de autos pidieron la constitución del Juzgado para reconocimiento *in situ*, petición que fue aceptada por proveído del 3 de septiembre de 2012, condicionando la presencia del Abog. Germán Darío Vargas Díaz, representante convencional de la usucapiente, para cuya notificación confirió comisión suficiente al Juez de Paz de la ciudad de Encarnación.

Dicha diligencia se llevó a cabo en los términos y condiciones asentadas en el acta de fecha 7 de setiembre de 2012, en donde la Titular del Juzgado expresamente ha consignado: “...*se verifica que efectivamente, este inmueble usucapido no forma parte del inmueble objeto del juicio de expropiación, tramitado ante el Juzgado a mi cargo. El Juzgador procede a marcar con una X la Zona usucapida en el plano adjuntado, verificando así fácilmente que no afecta a la zona expropiada. Se agrega el citado mapa esta diligencia como parte integrante de la misma. Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de los comparecientes...*” (sic).

Araíz de ello, el Abog. Silvino Benítez a f. 921 ha solicitado el levantamiento de las medidas cautelares de prohibición de innovar es inscripción de litis, que es admitido por proveído del 13 de setiembre de 2012 pero no así en cuanto a la extracción de fondos, providencia del 19 de setiembre de 2012, lo que ha motivado la interposición del recurso de reposición con apelación en subsidio, tal como se consignara antecedentemente.

De acuerdo a lo expuesto, salta a la vista que tal denegatoria de extracción, contradice a la autorización para la escrituración de la transferencia por ser derecho de la parte vendedora en procedimiento forzoso de percibir el pago del precio convenido en acuerdo homologado judicialmente, afirmación reforzada por el resultado de la diligencia judicial en el sentido que comprende la expropiación, máxime cuando en dicha comprobación verificada *in situ* en la cual participó personalmente el representante convencional de la usucapiente.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde entonces revocar la providencia apelada con imposición de costas en el orden causado.

OPINIÓN DEL DR. CARLOS ESCOBAR: Manifiesta que adhiere a la opinión del Dr. Paredes Bordón por sus mismos fundamentos.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de apelación, revocar la providencia recurrida, y en su lugar, en virtud al allanamiento de la EBY, disponer a entregar de los fondos depositados al peticionante, previo levantamiento de la indisponibilidad por la A-quo, en razón, reiteramos al allanamiento formulado por la EBY.

IMPONER las costas, en el orden causado.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón, Carlos A. Escobar Espínola.

Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 1.139

Cuestión debatida: *La parte presento un conjunto de excepciones, como se tiene dicho, la A-quo, determinó estudiar en primer lugar la excepción de falta de acción y al encontrarla procedente, consideró innecesario el estudio de las demás.*

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Principios generales.

Recordemos que la falta de acción, es conocida también como la falta o ausencia de la cualidad necesaria para mostrarse parte en un litigio, en razón de carecer un interés jurídico, propio o ajeno, pasible de tutela jurisdiccional.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Clases de excepciones.

Esta falta puede ser activa, cuando se encuentra en el actor, lo que le imposibilita promover la demanda, o pasiva, cuando se lo determina sobre el demandado, lo que implica que no se lo puede demandar por hecho alegado.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental. DERECHO DE MARCAS. Derechos de los titulares de marcas de marcas.

La parte actora al contestar el traslado, que se le corriera de las excepciones, acompañó a su criterio, los documentos debidamente legalizados respecto a los registros marcarios en varios países del mundo, así como la declaración

jurada de los representantes de la firma demandante, estos documentos, que obran de fs. su agregación fue ordenada por el Juzgado al expediente por providencia, agregación que no fue objetada por la excepcionante y posteriormente, al abrirse la excepción a prueba, fueron ofrecidos en el escrito y nuevamente aceptados, por el Juzgado, en la providencia, sin que la parte excepcionante se opusiera a su agregación, ni solicitara su desglose, por lo que la A-quo debió considerarlos como hábiles al momento de estudiar la excepción, puesto que si consideraba que su presentación era tardía, así lo hubiese establecido en la providencia que tuvo por contestada la excepción, disponiendo su desglose o no agregación.

DERECHO DE MARCAS. Derechos de los titulares de marcas de marcas. Confusión de marcas.

Requiere necesariamente la producción de pruebas que acrediten dichas coexistencias y las circunstancias de las mismas.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Manifiesta.

Cuando existe la situación que la excepción falta de acción requiere del diligenciamiento de pruebas, ello resulta contrario al requisito de manifiesta, que exige la ley para la procedencia de esta excepción como previa, por lo que la decisión de acogerla debe ser revocada, y en su lugar, declarándola no manifiesta, rechazarla, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 233 CPC.

EXCEPCIÓN DE ARRAIGO. Procedencia de la excepción de arraigo. CONVENIO DE PARÍS. Ley N° 300/94.

En cuanto a la excepción de arraigo, cabe señalar, que tanto el país de origen de la actora, Brasil, como el nuestro son signatarios del Convenio de París, el cual, por ser un tratado internacional ratificado por ley, integra el derecho positivo nacional, en un nivel jurídico superior al de las normas internas, por aplicación del orden de prelación establecido en el Art. 137 de la Constitución Nacional.

Por el Art. 2 de dicho convenio, se establece el principio de igual trato, para nacionales y extranjeros, lo que conlleva a que no es exigible discriminación por razón de domicilio, a una persona de un país signatario del convenio, ello traducido al campo procesal, significa que no es exigible arraigo en los términos del Art. 225 del CPC.

COSA JUZGADA. Excepción de cosa juzgada.

La cosa juzgada, para que opere, debe referirse a un juicio anterior, ya terminado, donde hayan intervenido la mismas partes, con la misma posición procesal, y referente al mismo objeto de litigio, y fundado sobre la misma razón jurídica, es decir la usualmente denominada triple identidad, de sujeto, objeto y causa, entre un juicio y otro.

Tapel. Civ. y Com. Segunda Sala. 20/12/12. C. DE B. D. A. – AMBEV c/ C. C. A. S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas” (A.I. N° 1.139).

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad, interpuestos contra el A.I. N° 612,

CONSIDERANDO:

Que por el mencionado auto interlocutorio la A-quo, resolvió: *“HACER LUGAR, con costas a la Excepción de falta de acción manifiesta, opuesta por la demandada C. C. A. S.A., de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. NOTIFICAR por cédula.*

LA NULIDAD. Sostiene la recurrente, parte actora, que la resolución recurrida fue dictada en violación de las formas establecidas por la Ley Art. 404 del CPC, violando además los Arts. 229, 231 y los trámites incidentales de los Arts. 180 al 191 del CPC. Básicamente sostiene que al haberse interpuesto tres excepciones en calidad de previas arraigo, falta de acción y cosa juzgada, la A-quo debió resolver las tres en forma conjunta y no como lo hizo, resolviendo solo la falta de acción no así las demás. Sobre esta base, solicita la declaración de nulidad del auto recurrido y la aplicación del Art. 406.

A su turno, corrido el traslado respectivo, la parte demandada y excepcionante, solicita el rechazo del recurso señalando que no existe violación alguna en la tramitación ni en la resolución dictada por el A-quo; además, que la apertura a prueba de las excepciones, fue a petición de la propia actora. Señala además que este Tribunal, ya en ocasiones anteriores había sentado el mismo criterio de la juez, al declarar que habiéndose resuelto la falta de acción, el estudio de la cosa juzgada, deviene inoficioso.

En autos, se presenta la C. DE B. D. A. AMBEV y promueve demanda ordinaria contra la C. C. A por nulidad de marca.

Antes de contestar la demanda, la accionada, opone con carácter de previo y especial pronunciamiento, las excepciones de arraigo, falta de acción manifiesta y cosa juzgada.

El A-quo una vez contestadas las excepciones, dispuso la apertura a prueba de todas ellas, trámite consentido por ambas partes, por lo que ese hecho, de por sí no puede causar la nulidad, ya que el procedimiento fue aceptado por los litigantes.

Ahora, sí se tiene que la A-quo, omitió pronunciarse expresamente en la parte resolutive, sobre las excepciones de arraigo y cosa juzgada, una vez que se expidió favorablemente respecto a la falta de acción, si bien se refirió a ellas en el considerando de su resolución, señalando que era inoficioso su estudio dada la forma en que se resolvió la excepción de falta de acción.

Debe tenerse presente, que si bien la falta acción, es una excepción que para ser considerada como previa, debe resultar manifiesta, con relación a las demás excepciones, sí es de aplicación el Art. 229 del CPC, que habilita la apertura a prueba de la incidencia, por lo que en este caso, al plantearse conjuntamente excepciones que no deben ser objeto de prueba para ser resueltas como previas y otras que si requieren esa probación, resuelta lógico y ajustado a derecho recibir a pruebas las excepciones, porque una interpretación contraria implicaría un cercenamiento del derecho a la justicia.

Ahora bien, existe la omisión que la Jueza, que si bien se refirió a la innecesariedad de estudiar las excepciones de arraigo y cosa juzgada en el considerando de la resolución, no lo declaró expresamente en la parte resolutive, lo cual podría fundar la declaración de nulidad de la resolución, por violatoria del Art. 158 del CPC, así como el 15 del mismo cuerpo legal.

No obstante ello, este Tribunal, viene sosteniendo, en virtud del Art. 407 del CPC, que la declaración de nulidad es de última ratio y pudiendo la cuestión resolverse en el estudio del recurso de apelación, también interpuesto, por esta razón, corresponde desestimar el recurso de nulidad.

LA APELACIÓN. Como se tiene visto, el auto apelado, hizo lugar a la excepción de falta de acción, activa, opuesta por la demandada, C. C. A.

En primera instancia, como ya se expresara al estudiar el recurso de nulidad, la parte demandada, interpuso como de previo y especial pronunciamiento contra el progreso de la demanda, las excepciones de arraigo, falta de acción y cosa juzgada.

La primera de ellas, la funda en el hecho cierto que la actora tiene su domicilio en el exterior, Sao Paulo, Brasil, cuestión no controvertida por la actora.

La segunda excepción, se funda en que la actora no ha demostrado ser titular de la marca B. in B., en la República del Paraguay, ni en ningún otro país del mundo. Funda esta afirmación en que los documentos presentados al iniciar la demanda no se hallan legalizados por las oficinas consulares respectivas ni aquellos que estaban redactados en idioma extranjero, tampoco estaban traducidos al español, lo que violaría el Art. 105 del CPC. Así mismo señala que la expresión genérica de la actora, que los documentos se hallan en trámite de legalización en las oficinas consulares no cumple los requisitos del Art. 219 del CPC, para los casos en que el actor no tenga en su poder los documentos que debe presentar.

Por último, la excepción de cosa juzgada, la fundó en que la actora, pudiendo hacerlo en virtud de los Arts. 76 y sgtes. del CPC, no interpuso recurso alguno contra el Acuerdo y Sentencia N° 162 de fecha 27 de setiembre de 2010, dictada por el Tribunal de Cuentas, segunda Sala, en los autos *C. C. A. S.A. C/RES. N° 142 DE FECHA 3/08/10 DICTADA POR EL MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO*, y en el que se resolvió: *1) HACER LUGAR al allanamiento presentado por la parte demandada en los autos caratulados C. C. A. S.A. C/RES. N° 142 DE FECHA 3/08/10 DICTADA POR EL MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO (MIC) de conformidad y de acuerdo a los fundamentos señalados en el exordio de la presente resolución. 2) REVOCAR la resolución N° 142 de fecha 3 de agosto de 2010 dictada por el Ministerio de Industria y Comercio (MIC) 3) IMPONER LAS COSTAS en el orden causado. ORDENAR el finiquito y archivamiento de estos autos*” En virtud de dicha sentencia entonces se revoco el acto administrativo por el cual se haya rechazado la solicitud de registro de marca a favor de la C. C. A., también invoca lo resuelto en la S.D. N° 1758 de fecha 30 de setiembre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo en los autos *C. C. A. S.A. c/ SAMUEL SALINAS PAVETTI s/COMPETENCIA DESLEAL Y OTROS*”, donde se resolviera, hacer lugar al allanamiento presentado y ordenar la libre fabricación, libre exportación, libre comercialización y venta y libre tránsito por todo el país de los productos (cerveza) que contenga la marca B. a favor de la firma C. C. A. S.A.

Como se tiene dicho, la A-quo, determinó estudiar en primer lugar la excepción de falta de acción y al encontrarla procedente, consideró innecesario el estudio de las demás.

Siguiendo el mismo orden de resoluciones, recordemos que la falta de acción, es conocida también como la falta o ausencia de la cualidad necesaria para mostrarse parte en un litigio, en razón de carecer un interés jurídico, propio o ajeno, pasible de tutela jurisdiccional.

Esta falta puede ser activa, cuando se encuentra en el actor, lo que le imposibilita promover la demanda, o pasiva, cuando se lo determina sobre el demandado, lo que implica que no se lo puede demandar por hecho alegado.

En este caso, se alega la existencia de falta de acción activa, arguyendo que la actora, no ha demostrado, a promover la demanda, su calidad de titular de la marca B. o B., en la República del Paraguay ni tampoco en el exterior, requisito que justificaría la tutela jurídica que solicita, puesto que los documentos presentados al promover la demanda, que se refieren al registro marcario de otros países no se encuentran debidamente legalizados, y los que están en idioma extranjero, no están tampoco traducidos.

En verdad que en principio los instrumentos presentados carecen de esos requisitos, si bien la actora manifestó que dichas gestiones, legalización consular, se encontraba en trámite y se presentaría en la etapa probatoria, por lo que pareciera que se ajusta a derecho la decisión de hacer lugar a la excepción.

Ocurre, sin embargo, que la parte actora al contestar el traslado, que se le corriera de las excepciones, acompañó a su criterio, los documentos debidamente legalizados respecto a los registros marcarios en varios países del mundo, así como la declaración jurada de los representantes de la firma demandante, fs. 210, estos documentos, que obran de fs. 209 a 270, su agregación fue ordenada por el Juzgado al expediente por providencia de fs. 315 de autos, agregación que no fue objetada por la excepcionante y posteriormente, al abrirse la excepción a prueba, fueron ofrecidos en el escrito de fs. 317 y nuevamente aceptados, por el Juzgado, en la providencia de fs. 328, sin que la parte excepcionante se opusiera a su agregación, ni solicitara su desglose, por lo que la A-quo, debió considerarlos como hábiles al momento de estudiar la excepción, puesto que si consideraba que su presentación era tardía, así lo hubiese establecido en la providencia que tuvo por contestada la excepción, disponiendo su desglose o no agregación.

Pero desde el mismo Juzgado, admitió la agregación de las mismas, y la excepcionante no objeto dicha agregación, las mismas han pasado a incorporarse el expediente con valor probatorio.

Por dichas instrumentales, se acreditan la titularidad por parte de la actora, del registro de marca B., y B en el país de origen, Brasil, y en varios otros,

como Colombia, Nicaragua, Panamá, Chile, Argentina, Ecuador y Guatemala, todos debidamente legalizados consularmente, y en su caso traducidos al castellano, y se demuestran que la actora es titular del registro de la marca B. y B, en varios países.

Establecido entonces que la actora, tiene registrado a su nombre la marca de cerveza B y B, en varios países, la misma puede ampararse en las disposiciones del Art. 18 y 54 de la Ley 1.294/98, ya que acreditó poseer registrada la marca en otros países, no está acreditado que la demandada sea representante de la titular en el extranjero, requisito para solicitar la registración, y el fundamento de la demanda es la obtención fraudulenta del registro por parte de la accionada, ya que la misma no recibió autorización de la titular en el extranjero para registrarla en el Paraguay, cuestión que merece el debate amplio en el curso del proceso ordinario, y no la discusión restringida de la excepción previa.

Otro argumento expuesto por el excepcionante, es que aun en el hipotético caso que la actora tuviese los derechos sobre la marca B. y B., la similitud con otras marcas propiedad de la demandada, no es suficiente motivo para demandar la nulidad, puesto que existen varias marcas, en el mercado nacional e internacional, que aun siendo parecidos o semejantes, coexisten pacíficamente, sin confusión para el consumidor.

Esta circunstancia, aunque sea cierta, requiere necesariamente la producción de pruebas que acrediten dichas coexistencias y las circunstancias de las mismas.

Cuando existe la situación que la excepción falta de acción requiere del diligenciamiento de pruebas, ello resulta contrario al requisito de manifiesta, que exige la ley para la procedencia de esta excepción como previa, por lo que la decisión de acogerla debe ser revocada, y en su lugar, declarándola no manifiesta, rechazarla, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 233 CPC.

En cuanto a la excepción de arraigo, cabe señalar, que tanto el país de origen de la actora, Brasil, como el nuestro son signatarios del Convenio de París, el cual por ser un tratado internacional ratificado por ley, integra el derecho positivo nacional, en un nivel jurídico superior al de las normas internas, por aplicación del orden de prelación establecido en el Art. 137 de la Constitución Nacional.

Por el Art. 2 de dicho convenio, se establece el principio de igual trato, para nacionales y extranjeros, lo que conlleva a que no es exigible discriminación por

razón de domicilio, a una persona de un país signatario del convenio, ello traducido al campo procesal, significa que no es exigible arraigo en los términos del Art. 225 del CPC. Esta doctrina la encontramos expuesta extensamente, en la obra de Wilfrido Fernández De Brix, ANÁLISIS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN MARCARIA DEL PARAGUAY, Editorial España, 1998, Pág. 32, in fine. Esta sala ya ha sentado esta postura en fallos anteriores.

Por lo que esta excepción debe ser igualmente desestimada.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada, corresponde igualmente desestimarse, en razón que la actora, no ha sido parte, ni ha tenido participación en ninguno de los juicios citados por el excepcionante, en consecuencia a la misma no se le puede oponer sentencia alguna dictada en dichos juicios.

En ese sentido es menester recordar, que la cosa juzgada, para que opere, debe referirse a un juicio anterior, ya terminado, donde hayan intervenido la mismas partes, con la misma posición procesal, y referente al mismo objeto de litigio, y fundado sobre la misma razón jurídica, es decir la usualmente denominada triple identidad, de sujeto, objeto y causa, entre un juicio y otro.

Este requisito, esencial para esta excepción, no se da en el caso de autos, donde la actora no intervino de ninguna manera, ni en el juicio llevado adelante ante el Tribunal de Cuentas, ni el juicio tramitado por ante el Juzgado de San Lorenzo, por lo que la mencionada excepción, debe ser igualmente desestimada.

En conclusión, debe revocarse el apartado que hizo lugar a la excepción de falta de acción activa, y en su lugar rechazarse la misma por no ser manifiesta, y así mismo, desestimar las excepciones de arraigo y cosa juzgada, por las razones expuestas en el exordio de la presente resolución.

En cuanto a las costas, las mismas deben imponerse, en ambas instancias, a la parte perdedora en esta instancia, por haber prosperado los recursos, por aplicación de los Arts. 192 y 203 del CPC, es decir, a la demandada y excepcionante.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

DESESTIMAR, el recurso de nulidad.

REVOCAR el auto apelado, en cuanto hizo lugar a la excepción de falta de acción manifiesta, y en consecuencia, RECHAZAR, las excepciones opuestas como de previo y especial pronunciamiento, de falta de acción, por no ser mani-

fiesta, y de arraigo y cosa juzgada, por improcedentes, con costas a la excepcionante y perdidosa.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes, Ma. Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 156

Cuestión debatida: *Trabada así la litis, se tiene entonces que ambas partes, tienen registradas sus respectivas marcas, S., la actora y S. R., la demandada, en diversos países.*

DERECHO DE MARCAS. Marcas notorias.

El fundamento técnico y jurídico del rechazo a la oposición fue que la demandada B. M. S.A. tiene registrada la marca S. R. en varios países, incluyendo el de origen, que dicha es una marca notoria y que no lesiona el artículo 2 de la Ley de Marcas.

DERECHO DE MARCAS. Marcas notorias. Confusión de marcas.

Del examen de los antecedentes administrativos ofrecidos y agregados como pruebas, que fueron producidos en estos autos judiciales, se tiene que tanto la actora como la demandada, tienen registrado en varios países, sus respectivas marcas, pero solo la demandada ha demostrado un conocimiento público y notorio de la suya, S. R. en el mercado, por medio de las instrumentales referidas a la publicidad de sus productos.

La actora por su parte, sólo acompaña los registros marcarios, pero no acredita la notoriedad pública de su marca, ya que no agregó prueba idónea respecto.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/11/12. “A. S.A. c/ B. M. S.A. s/ Nulidad de Registros de Marcas”. (Ac. y Sent. N° 156).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, BÁEZ MAIOLA.

CUESTIÓN PREVIA. EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: Al contestar el traslado de los agravios expuestos por el apelante, la representante de la parte demandada señala una serie de cuestiones referidas a la personería del recurrente, señalando que el mismo se había presentado con posterioridad a que el anterior representante de la actora haya apelado la sentencia y que su intervención le fue concedida por la A-quo cuando ya haya perdido competencia para hacerlo y que el nuevo representante carece de facultad para ratificar actuaciones, por lo que las actuaciones del mismo carecen de validez y que no existe recurso alguno que sustanciar.

Todas estas cuestiones planteadas de manera previa por la abogada de la demandada en su escrito de responde, ya fueron expuestas por la mencionada abogada a fs. 947, al interponer el recurso de reposición contra la providencia que dispuso que el apelante exprese agravios y fueron resueltos por este Tribunal al dictar el A.I. N° 519 de fecha 29 de julio de 2011, el cual se encuentra firme y ejecutoriado.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: (LA NULIDAD) En el entendimiento de que sus agravios pueden ser reparados por vía de la apelación el recurrente desiste expresamente de este recurso y dado que del examen de la sentencia en alzada no se advierte en la misma, violación de forma ni de solemnidad, que justifique una declaración oficiosa de nulidad, debe tenerse por desistido el recurso.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y BÁEZ MAIOLA votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: (LA APELACIÓN). Por la sentencia apelada, S.D. N° 138 de fecha 16 de marzo de 2011, la A-quo RESOLVIÓ: "1. RECHAZAR el pedido de desglose de las instrumentales obrantes a fs. 592/889. 2. NO HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda de nulidad de marca promovida por la firma A. S.A. contra B. M. S.A. sobre nulidad del Registro N° ... de la Marca S. R., clase 3 propiedad de la C. B. M. S.A., en base a las consideraciones expues-

tas en el considerando de la presente resolución. IMPONER las costas a la perdidosa”.

Contra lo así resuelto, se alza el representante de la parte actora, Abog. Víctor Abente, que expresa agravios en el escrito que rola de fs. 953/960.

Cabe aclarar que el referido profesional actúa en representación de las firmas I. I. S.A. y V. C. I. C., a favor de quienes la empresa originalmente demandante, A. S.A. transfirió la titularidad de la marca S. registrada a su nombre.

También conviene señalar que los agravios se han referido tan solo al apartado de la sentencia que rechazó la demanda sin referirse al primer apartado, donde se rechazó el pedido de desglose de documentos, el cual ha quedado entonces, firme.

Entrando en materia recursiva, se tiene que el apelante funda sus agravios básicamente en los siguientes puntos, señalando que la A-quo tomó en forma errónea el justificativo de esta demanda pues los presupuestos citados en la sentencia, que la marca S. se trata de una marca antigua, famosa y notoria, la gran confusión que genera en el público al existir en el mercado de marcas idénticas que protegen a los mismos productos y que la demandada ha procedido con dolo (mala fe) en la obtención del registro, no son los únicos ni los más importantes señalados al promover la demanda. Sostiene que lo único que debía probar la actora es que la misma es propietaria desde mucho tiempo atrás propietaria de la marca S., debidamente registrada y ese solo hecho es suficiente para hacer lugar a la demanda en atención al Art. 2 de la Ley Marcaria, por el derecho de exclusividad que le otorga la ley al titular de un registro.

Analiza seguidamente otros puntos de la sentencia, señalando que resulta irrazonable lo expuesto por la A-quo de la necesidad de probar la gran confusión que genera en el público consumidor al existir en el mercado dos marcas idénticas que protegen a los mismos productos, ya que este es un axioma tan obvio que no requiere ser probado.

En lo referente a la mala fe señala que ello es innecesario probarlo desde que la cuestión se refiere a que el titular de una marca ya registrada promueve demanda de nulidad contra una marca idéntica registrada con posterioridad.

Fundamenta sus agravios en los Arts. 54, 2 de la Ley Marcaria, enumera los registros que tiene a su favor su representada con relación a la marca S., que en el país, Paraguay, se remontan al año 1934 y remarca que nos encontramos

en un caso identidad marcaria, siendo que la denominación S. está presente en ambas marcas, siendo una denominada de fantasía que no posee significado propio alguno, que ha sido creado por su mandante y registrado en el país hace más de 30 años, por lo que no hay forma de justificar la posterior concesión de un registro idéntico a nombre de otro titular y tampoco cabe admitir esta concesión por el agregado de un segundo elemento como R., cuyo carácter complementario no aporta nada distintivo ni característico que convierta en nueva y particular a la denominación.

Cita luego doctrinas que apoyan su posición, así como jurisprudencias nacionales y extranjeras, para concluir solicitando la revocación de la sentencia se anule el registro de la marca S. R. porque su concesión contraviene lo dispuesto en la ley marcaria por haber sido otorgada a quien no tenía derecho puesto que su mandante es el legítimo propietario de la marca S. desde hace muchos años.

Al contestar los agravios, en el escrito de fs. 962, la Abog. Patricia Sanabria, señala que de la lectura del escrito de demanda se colige que los tres argumentos acotados por la A-quo, la notoriedad, la confusión y la mala fe en la obtención del registro marcario S. R., y que el fundamento de la antigüedad del registro de S. en el Paraguay no ha sido aludido como fundamento principal de la demanda de nulidad interpuesta por la empresa demandante A. S.A.

En segundo término manifiesta que el hecho de estar registrada una marca en determinada clase no impide por derecho de exclusividad que la ley otorga titular del registro, que se registren marcas iguales o parecidas. Citando a Jorge Ottamendi, señala que no cualquier identidad de designación entre dos registros marcarios, autoriza mediante la invocación del derecho de exclusividad obtener la declaración judicial de la nulidad.

Afirma, que la marca propiedad de su conferente S. R., no constituye una copia servil, dado que dicha marca constituye una marca famosa y notoria que no necesita usar denominaciones ajenas para obtener ventajas del mercado.

Citando igualmente doctrina y jurisprudencia favorable a su posición, señala que la sentencia dictada por la A-quo se ajusta a derecho y debe ser confirmada.

De la revisión de autos, se tiene que la firma A. S.A., inició la presente demanda solicitando se declare la nulidad del registro marcario N° ... de la Marca S. R., clase 3 propiedad de la C. B. M. S.A. La actora afirma que la misma es propiedad de la marca S., desde 1934, acompañando los respectivos títulos de marcas, desde ese año.

Una revisión de dichos registros, nos señalan que la marca S., fue registrada efectivamente en el año 1934, por la compañía: E. M. S. C., es decir por una compañía americana, ver títulos de fs. 5 a 14. Luego del año 1969 fue anotada la misma marca S. por la firma C & CÍA S.A. con domicilio en la República Oriental del Uruguay, fs. 15/26 y luego de acuerdo al certificado de fs. 27, pasó a ser propiedad de A. S.A. la cual su vez, durante el transcurso de la presente demanda, transfirió dicha marca a las Firmas, I. I. S.A. y V. C. I. C., según certificado de transferencia de fs. 935 y 952.

De la lectura del escrito de demanda, fs. 37, se tiene que la actora, fundó sus pretensiones de anular la marca registrada por la demandada en los siguientes extremos: a) la marca S. R., registrada por la demandada es una reproducción de la marca S., propiedad de la actora, existiendo entre ambas una identidad marcaria, puesto que la denominación S. forma parte íntegramente de la marca S. R., y que esta segunda palabra no es sino un elemento complementario y cualidad agregada y que lo sustancial está en la primera palabra; b) al momento de la solicitud de registro S. R. la marca S. ya era altamente conocida a nivel nacional e internacional para acreditar este extremo en la etapa probatoria con los países, Perú, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Colombia, El Salvador, E.U.A., Comunidad Europea y Panamá y por último señala que el registro es nulo por contravenir la disposición del Art. 2º de la Ley 1294/98, inc. f).

Al contestar la demanda la representante de la demandada B. M. S.A. a fs. 189, señala que la marca S. R. es una denominación altamente original y distinguible de las demás denominaciones que se encuentran en el mercado. Agrega que S. R. es una marca compuesta por dos palabras, que goza de fama y notoriedad en nuestro país, altamente notoria y que no necesita de otra marca para posicionarse en el mercado local por su fama y notoriedad. Expresa a continuación que lo único perseguido al solicitar y obtener el registro N° ... de la marca S. R. fue lograr la protección de los productos identificados con dicha marca. Para acreditar la antigüedad y notoriedad de la marca S. R., acompañando una declaración jurada, debidamente legalizada de la representante legal de la firma B. M. S.A., donde se especifican los países en donde se halla registrada dicha marca, obrante a fs. 69, declaración no objetada por la actora, donde se observa el listado de países donde se halla registrada la marca que, entre otros, se tiene Alemania, Aruba, Bahamas, Benelux, Brasil, Costa Rica, Haití, Italia, Panamá, Portugal, adjuntando las copias de los certificados respectivos, que rolan a fs.

74/132. Así mismo acompaña, copia de materiales de publicidad referida a los productos de la marca S. R, obrantes a fs. 133/188.

Trabada así la litis, se tiene entonces que ambas partes, tienen registradas sus respectivas marcas, S., la actora y S. R., la demandada, en diversos países.

Cabe apuntar que en instancia administrativa, de acuerdo a los antecedentes respectivos, que fueron ofrecidos como pruebas por ambas partes, se ha sustanciado una oposición al registro de la marca, dicha oposición concluyo con el dictado de las siguientes resoluciones; RESOLUCIÓN N° 1007 de fecha 2 de octubre de 2.007, fs. 406 y 789, en la que se resuelve: Art. 1°) DECLARAR improcedente y no hacer lugar a la acción deducida por I. I. S.A. contra B. M. S.A. sobre oposición al registro de marca S. R., clase 3; Art. 2) DISPONER la prosecución del trámite de registro de la marca S. R., clase 3, Exp. N° 20365/03, a favor de B. M. S.A.

Recurrida que fuera esta resolución, la misma fue confirmada por el Director de la Dirección de la Propiedad Industrial, por medio de la Resolución N° 010 de fecha 7 de febrero de 2008, fs. 490 de autos, confirmo en todas sus partes, el rechazo de la oposición, disponiendo la continuidad de los trámites del registro de la marca S. R. a favor de la firma B. M. S.A.

El fundamento técnico y jurídico del rechazo a la oposición fue que la demandada B. M. S.A. tiene registrada la marca S. R. en varios países, incluyendo el de origen, que dicha es una marca notoria y que no lesiona el artículo 2 de la Ley de Marcas.

Del examen de los antecedentes administrativos ofrecidos y agregados como pruebas, que fueron producidos en estos autos judiciales, se tiene que tanto la actora como la demandada, tienen registrado en varios países, sus respectivas marcas, pero solo la demandada ha demostrado un conocimiento público y notorio de la suya, S. R. en el mercado, por medio de las instrumentales referidas a la publicidad de sus productos.

La actora por su parte, sólo acompaña los registros marcarios, pero no acredita la notoriedad pública de su marca, ya que no agregó prueba idónea respecto.

El autor paraguayo, WILFRIDO FERNÁNDEZ DE BRIX en la obra “ANÁLISIS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN MARCARIA DEL PARAGUAY”, Editorial España, 1998, pág. 38, citando a Paul Mathely, expresa: *“Para que haya notoriedad de una marca deben reunirse tres elementos, antigüedad de la mar-*

ca, un uso extendido de la misma y un esfuerzo publicitario importante. En cuanto a este último elemento resulta evidente y más en la actualidad que la publicidad es un elemento importante para una marca que aspira a ser notoria no puede jamás prescindir”.

Por ello, la conclusión respecto de la notoriedad sólo puede ser coincidente con la expuesta por la oficina técnica especializada y señalar que la marca de la demandada, resulta más notoria que la de la actora.

En cuanto la violación de la norma del Art. 2 inc. f) de la Ley 1294/98, de Marcas, habría que determinar si nos encontramos dentro de la identidad o similitud de la que habla la norma y en su caso, si existe o no riesgo de confusión.

La marca de la actora está integrada por una sola denominación: S., en tanto que la marca de la demandada se integra de manera compuesta de dos vocablos S. R. Es indudable, que el segundo vocablo no es un simple agregado o elemento secundario como afirma la actora, sino un signo distintivo y diferente, que hace distinguible una marca de la otra, lo que a su vez determina que no se dé la circunstancia de confusión que exige la norma, para impedir el registro.

Por las razones expuestas, no encontramos que exista la confusión entre ambas marcas y coincidentemente con el criterio de la oficina técnica y de la A-quo, soy del parecer que la demanda debe ser rechazada, por lo que voto por confirmar la sentencia de alzada en su totalidad, incluyendo las costas a la perdedora, en ambas instancias, por aplicación del principio objetivo de la derrota y la no procedencia del recurso, Arts. 102 y 203 del CPC.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y BÁEZ MAIOLA manifiestan que adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, la S.D. N° 138 de fecha 16 de marzo de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 5° Turno.

COSTAS, imponer a la perdedora en ambas instancias.

ANOTAR, registrar y remitir a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón, Ma. Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 166

Cuestión debatida: *La única controversia a dirimirse en esta instancia es la procedencia o no del daño moral, y el monto establecido, y los intereses establecidos.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. SENTENCIA. Sentencia ultrapetita. INTERÉS. Interés moratorio.

El primer aspecto a ser revocado es la aplicación de una tasa de interés que no fue solicitado por la actora al promover la demanda, y en esto coincido con el preopinante, en que no habiéndose solicitado desde su inicio dicho rubro, no corresponde su inclusión oficiosa por el juez en los casos indemnización de daños, porque no existe un derecho preexistente, como en el caso de un crédito, en consecuencia no existe la mora, que de acuerdo al Art. 475 del CC, es la base para la existencia de intereses, esa mora, en estos casos, existirá, solamente si prospera la demanda, y no se abona la condena en el plazo fijado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

El daño moral, es una categoría específica de perjuicio resarcible, que se caracteriza sobre todo por la cualidad subjetiva de su efecto sobre la víctima. Es decir lo que para una persona puede ser causante de un perjuicio moral, para otra no necesariamente el mismo hecho va a tener esa connotación.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Se ha tratado de definir el daño moral, de muy diversas maneras, siendo las más aceptadas aquella que expresa, que el mismo se configura con una sensación disvaliosa, de angustia o sufrimiento, sentimientos de pesar o de pérdida ocasionados por un suceso exterior.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Es necesario que exista, al igual que en otro tipos de daños, una conexidad, entre el hecho sindicado como causante del dolor o sufrimiento, que dicho hecho sea atribuible a persona determinada, y además debe considerarse si la víctima ha tenido o no participación en el mencionado hecho, a fin de considerar la aplicación de Art. 1836 del CC, Segunda parte.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 23/11/12. “R. L. R. G. c/ M. E. M. E. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad”. (Ac. y Sent. N° 166).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: BÁEZ MAIOLA, PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA,

A LA PRIMERA CUESTION EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: Se sostiene este recurso por dos circunstancias: a) Ultrapetita: Por haberse establecido en concepto de intereses el 2% mensual a partir del 21 de agosto de 2006 cuando que la actora no pidió expresamente la inclusión de intereses. B) Sentencia parcialmente infundada e incongruente (sic). Esta causal de nulidad está referida a supuesta falta de nexo causal entre “...*la supuesta reducción de alumnos en PANDA SCHOOL y la afección psicológica y psíquica...*” (sic).

El recurso de nulidad resuelve una cuestión última ratio solamente cuando no puede ser resuelto por el recurso de apelación. Y en este sentido, fácilmente se colige que las señales cuestionadas, al poder ser resueltas por esa segunda vía, corresponde desestimar el recurso de nulidad y pasar a proceder como se tiene dicho. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: (LA NULIDAD). Como señala el preopinante, las cuestiones planteadas por el recurrente, pueden ser resueltas por vía del recurso de apelación, por lo que en atención al Art. 407 del CPC, me adhiero al voto de desestimar este recurso.

A SU TURNO LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA DIJO: Que adhiere al voto del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICIENDO: En materia civil, el juzgador solamente puede expedirse sobre lo que le han planteado las partes y en la forma que expresamente tiene previsto el art. 159 CPC. Caso contrario, incurre en ultra, citra o extrapetita. En lo referido a intereses, la demanda no efectuó el reclamo referente a ellos y por tanto, el A-quo no pudo incluir en su condena que no se reclamó.

Respecto al daño moral, único rubro admitido por el a quo y por la actora, al no recurrir respecto de los otros rubros denegados, se constituye en la única cuestión de la cual esta Alzada es competente de acuerdo a la limitación en cuanto a poderes del Tribunal que establece el art. 420 CPC.

La actora ha reclamado Gs. 150.000.000. La accionada se pregunta: ¿Daño moral por una deserción de alumnos ni probada ni atribuible a la demandada? Se sostiene en respuesta a su propia pregunta que las liquidaciones de renta se realizaron de manera unilateral por la contribuyente “*sin control de mi parte sobre su contenido*”(sic); además, la variación entre una de un año y otra del año siguiente pueden tener múltiples causas.

En primer lugar hay que considerar los cuestionamientos que formula el apelante en relación a las declaraciones testificales de Á.G. de S., psicóloga, y L. C. L. D. Respecto a la primera dice que debe haber predisposición hacia su paciente, en su caso, la actora. Esto no es así de sencillo, pues en principio se trata de una profesional que guarda su crédito y reputación como tal a través de su actuación profesional. En segundo lugar, no se ha ofrecido contraprueba idónea para desmerecerlo al dictamen.

La misma reflexión corresponde al segundo cuestionamiento porque en este aspecto, es muy importante tener presente que en nuestro ordenamiento procesal la admisibilidad de testigos, de la tacha del procedimiento anterior ha pasado a la idoneidad como exigencia en cuanto al efecto de convicción. El anterior excluía por un rigor absolutamente formal: el estar comprendido en las generales de la ley, mientras que en el actual se permite la deposición, cuyo contenido y efecto examinará el juzgador con aporte de su experiencia y la valoración por razonamiento fundado en la sana crítica. Este es el sentido que interpreta fielmente la voluntad del Legislador, hecho que se remarca cuando también redujo la absoluta severidad formal de que “*a confesión de partes, real de prueba*” de la confesoria en el anterior proceso para relativizarla según concordancia o no con las otras pruebas rendidas (art. 302 CPC).

En cuanto al cuestionamiento: ¿Y la indemnización propia de la suspensión condicional del procedimiento, doble indemnización? Cabe tener presente que en el expte. “M. E. M. E. s/ APROPIACIÓN”, cuyas compulsas que corren por cuerda, propuesto como prueba documental por ambas partes, por A.I. N° 257 del 28 de abril de 2008 (f. 142) por el que se declaró la extinción de la acción penal, se levantaron las medidas cautelares y se sobreseyó definitivamente a la

imputada M. E. M. E., lo cual es cierto, pero, es con relación de la imputación de apropiación, cuestión ajena al tema civil de disminución de inscripción de alumnos como causa motivadora del daño moral.

Respecto al daño moral, este Tribunal en fallos anteriores ha considerado como tal (recurrir al archivo).

En el sentido expuesto, constituyen pruebas decisivas los contenidos de las fs. 102 de autos y 107 para relacionar la causa que ha motivado la perturbación con profundo efecto en el espíritu de la accionada para calificarlo como daño moral. En cuanto al monto, habiendo el A quo disminuido ostensiblemente su monto y aceptado por la actora, no hay objeción de orden legal para confirmarlo. Así también voto.

A SUS TURNOS EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: (LA APELACIÓN). Por la sentencia apelada, S.D. N° RESOLVIÓ: “Hacer Lugar parcialmente, con costas, a la demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual e indemnización de daño moral que promoviera la Sra. R. L. R. G. contra la Sra. M. E. M. E. a abonar a la Sra. R. L. R. G. la suma de interés mensual del 2 por ciento a ser computado desde el 21 de agosto de 2006, en concepto de indemnización por daño moral, dentro del plazo de diez (10) días de quedar ejecutoriada la presente resolución”.

Contra lo así resuelto, expresa agravios el representante de la demandada, de 159 a 172, señalando en lo medular, que el Juzgado ha supervalorado los testimonios María Ángela Gómez de Saldívar, y de L. C. L. D., y que, sin embargo, ambas testigos carecían de idoneidad suficiente debido a la relación que manifestaron tener con la actora, ya que la primera manifestó ser su psicóloga, y la otra de mantener una relación comercial con la misma, y que además expusieron versiones que escucharon de boca de la propia actora, cuestionando también que se haya otorgado una doble indemnización ya que la demandada, en oportunidad de acogerse a la salida alternativa en el proceso penal, que es la suspensión condicional del procedimiento, ya abono una suma indemnizatoria.

Los agravios del apelante, son contestados por la actora de fs. 174 a 177, solicitando la confirmación de la sentencia.

Como señala el preopinante, la actora, ha promovido demanda reclamando resarcimiento de dos naturalezas patrimonial por un lado, y moral, por otro. El A-quo, ha desestimado el reclamo patrimonial aceptando el reclamo por daño moral, condenando al pago de la suma de 35.000.000 más el 2% de interés, a partir del 21 de agosto de 2006.

Que como la actora no ha reclamado respecto a los rubros no admitidos por el A-quo, este rechazo ha quedado firme, para la misma, por lo que la única controversia a dirimirse en esta instancia es la procedencia o no del daño moral, y el monto establecido, y los intereses establecidos.

El primer aspecto a ser revocado es la aplicación de una tasa de interés que no fue solicitado por la actora al promover la demanda, y en esto coincido con el preopinante, en que no habiéndose solicitado desde su inicio dicho rubro, no corresponde su inclusión oficiosa por el juez en los casos indemnización de daños, porque no existe un derecho preexistente, como en el caso de un crédito, en consecuencia no existe la mora, que de acuerdo al Art. 475 del CC, es la base para la existencia de intereses, esa mora, en estos casos, existirá, solamente si prospera la demanda, y no se abona la condena en el plazo fijado.

Por lo tanto, voto por revocar el apartado que incluyo los intereses.

Ahora bien, en cuanto al fondo de la cuestión que debe resolver el tribunal, es decir la condena por daño moral, la actora pretende dicho resarcimiento aduciendo en el escrito inicial de la demanda cuanto sigue: *"... Que el daño moral empieza con el calvario por el que he tenido que transitar gratuitamente por culpa exclusiva de la demandada, desde haber confiado en una compañera aparentemente con mucha solidaridad, para luego haber infructuosamente pretendió formar una Nursery por el que he tenido que gastar una suma superior a los 50.000.000 Gs. (CINCUENTA MILLONES DE GUARANÍES) por los trabajos establecidos en el acuerdo privado y cumplido con mi parte, luego su traición hasta el haber sido víctima de delito de apropiación de mis bienes y elementos laborales, sumado a ello haber sufrido una denuncia de contenido falso, que gracias a Dios ha sido desestimada, y la deserción de estudiantes (niños y niñas) como consecuencia directa de los hechos punibles cometidos nada más y nada menos que por una integrante de la institución. ¿Qué podría esperar una madre al tener conocimiento de que su hijo o hija de edad maternal están a cargo de una DELINCUENTE? Pues la respuesta es obvia: SACARLOS INMEDIATAMENTE DE LA INSTITUCIÓN Y LLEVARLOS A OTRA... Estos hechos son lo suficientemente sustentables como para demostrar el daño moral y el perjuicio patrimonial que me produjo, y que sirven de base para estimar y solicitar la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE GUARANÍES (Gs. 150.000.000) o lo que V.S. considere justo de conformidad a las probanzas de autos como resarcimiento en dicho concepto".*

La reparación del daño moral, se encuentra prevista en el Art. 1835 del CC, y su procedencia, se halla también sujeta a las demás reglas del mismo título del Código Civil, es decir requieren ser probados, y que la víctima no haya concurrido a la generación del hecho.

El daño moral, es una categoría específica de perjuicio resarcible, que se caracteriza sobre todo por la cualidad subjetiva de su efecto sobre la víctima. Es decir, lo que para una persona puede ser causante de un perjuicio moral, para otra no necesariamente el mismo hecho va a tener esa connotación.

Se ha tratado de definir el daño moral de muy diversas maneras, siendo las más aceptadas aquella que expresa, que el mismo se configura con una sensación disvaliosa, de angustia o sufrimiento, sentimientos de pesar o de pérdida ocasionados por un suceso exterior.

En una decisión tan amplia, es necesario establecer algunas precisiones, porque no todas las emociones o los sentimientos de pesar, pérdida, angustias, originados en hechos exteriores pueden dar pie a una indemnización por el daño moral.

Es necesario que exista, al igual que en otro tipos de daños, una conexidad, entre el hecho sindicado como causante del dolor o sufrimiento, que dicho hecho sea atribuible a persona determinada, y además debe considerarse si la víctima ha tenido o no participación en el mencionado hecho, a fin de considerar la aplicación de Art. 1836 del CC, Segunda parte.

En el caso de autos, descartado por el A-quo, en la sentencia, que la querrela por lesión de confianza haya causado algún tipo de daño moral, no recurrida por la actora, solo cabe estudiar si el hecho de haberse formulado imputación por apropiación a la demandada, tuvo las consecuencias que señala la actora en su pretensión inicial.

Existió o no realmente la disminución de alumnos a partir del momento en que se produjo la detención de la demandada acusada de apropiación, es decir, agosto 2006. Al respecto el A-quo, ha estudiado el archivo magnético enviado por el Ministerio de Hacienda, obrante en el sobre de fs. 105, señalando acertadamente que de las liquidaciones del impuesto a la renta de los años 2006 y 2007, resulta contundente la diferencia, en el año 2006, se declaró la suma de Gs. 99.631.500, y en el año siguiente la suma de Gs. 48.689.520, pero es menester preguntarse si el hecho que la demandada haya sido acusada y sometida a un proceso penal, por apropiación de bienes de la guardería, o que la demandada

haya promovido denuncia por lesión de confianza, fue la causa directa de dicha diferencia.

A mi entender no es necesariamente así. En el mismo archivo magnético, constan las declaraciones mensuales del Impuesto al Valor Agregado, realizado por la actora, y en la fs. 141 vto. se tiene el respectivo cuadro resumido. En dicho cuadro, se advierte que no se declaró el mes en que ocurrió el hecho, Agosto de 2006, por lo que tomando de referencia el mes inmediatamente anterior, julio de 2006, hasta los siguientes tres meses, época en que debió impactar de manera más directa el hecho, el resumen es como sigue:

Julio de 2006: 8.530.000.

Agosto de 2006: Sin declaración.

Setiembre de 2006: 13.780.000.

Octubre de 2006: 11.760.000.

Noviembre de 2006: 11.276.000.

En conclusión se tiene que, producido el escándalo, por llamarlo de alguna forma, de la detención de la demandada, el índice de facturación de la guardería que quedó a cargo de la actora, según sus propias manifestaciones, subió durante los siguientes tres meses, es decir, el momento inmediatamente posterior a los hechos atribuidos a la demandada.

Ciertamente que en los subsiguientes años, 2007 y 2008, el monto de la facturación descendió, pero ello ya no puede atribuirse sola, exclusiva y directamente al hecho que tuvo por protagonista a la demandada.

Recordemos que por medio del acuerdo presentado por la actora, fs. 29 la demandada debía ocuparse específicamente de la parte de Nursery, y como la actora no permitió que la persona enviada por la demandada para ocuparse de dicha sección, según manifestaciones de la propia actora, y acta notarial de fs. 42, es factible considerar que dicha parte quedó sin ser adecuadamente atendida, y pudo haber sido ese hecho, y no el escándalo jurídico penal, el que provocó la disminución en la facturación.

Y hablando del acuerdo de fs. 29, la actora sostiene que en la concreción de la guardería, PANDA SCHOOL, invirtió la suma de 50.000.000 de GUARANÍES, sin embargo, ninguna prueba aportó al respecto. En el mencionado acuerdo no se menciona dicha obligación, solo consta el compromiso de la demandada de construir y equipar el sector de Nursery, invirtiendo la suma de 40.000.000 de GUARANÍES, compromiso cuyo cumplimiento se ha acreditado con la declara-

ción del Arq. José Estigarribia, fs. 93 de autos, y además fue un hecho no negado por la actora.

El único aporte que la actora ha acreditado en el presente juicio es que realizó para la constitución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, escritura de fs. 5 de autos, de GUARANÍES CINCO MILLONES, fuera de ello, nada consta en el expediente.

En cuanto a las declaraciones de los testigos ofrecidas por la actora, María Ángela Gómez, las manifestaciones de la misma, o se corresponden con lo que sería las de un testigo, que debe expresar lo que ha llegado a su conocimiento por sus sentidos, esta testigo en cambio ha brindado una de calificativos profesionales sobre el estado de ánimo de la actora, más propio de una pericia psicológica que de una testifical, en tanto que la declaración de la Srta. Carolina Lenguaz, se refiere más a un perjuicio económico, por no haber realizado un trabajo, que a una afectación de daño moral.

En conclusión, entiendo que la actora, efectivamente se vio afectada por las consecuencias del hecho de haberse realizado todo un procedimiento, policial, fiscal y judicial, sobre la demandada, por un hecho de apropiación, pero dicha afectación, no llega al grado de justificar la condena por daño moral dado que además, de las pruebas aportadas en el transcurso del juicio no son del todo terminante respecto a los puntos esgrimidos en el escrito inicial por la actora, y por el contrario del examen de algunas de las pruebas, en especial el aumento de la facturación, en el tiempo inmediatamente posterior a los hechos, Setiembre, octubre y noviembre del 2006, que registraron un aumento de la facturación de la guardería, nos enseña que no disminuyó, sino que aumentó la cantidad de alumnos.

Por lo expuesto, y entendiendo que si bien se dan algunos de los presupuestos de los Arts. 1833, 1834 y 1835 del CC, también se configura la existencia de la causal de exoneración prevista en el Art. 1836 del CC, y corresponde exonerar de responsabilidad a la demandada, revocando la decisión de primera instancia, de hacer lugar a la demanda, y rechazar la misma.

En cuanto a las costas cabe imponerlas a la parte actora. Así voto.

A SU TURNO LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y BÁEZ MAIOLA manifiesta que adhieren al voto del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

REVOCAR la S.D. N° 845 de fecha 5 de diciembre de 2011 y, consecuentemente, rechazar la demanda que por indemnización de daños y perjuicios por Responsabilidad M. E. M. E., de conformidad a lo expuesto en el exordio de esta resolución.

COSTAS, imponerlas a la parte perdidosa.

ANOTAR, registrar y remitir a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón, Ma. Sol Zuccolillo Garay de Vouga.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 926

Cuestión debatida: *Corresponde determinar si la citada ha formulado oposición oportuna a la aprobación de la cuenta paticionaria. La respuesta a esta interrogante es decisiva para determinar la recurribilidad –o no– del auto que aprueba tal cuenta.*

SUCESIÓN. Partición de la Herencia. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

Si los interesados no formulan oposición oportuna o tempestiva a la aprobación de la cuenta paticionaria, consintiéndola de esta manera expresa o tácitamente, y el juez decide aprobar la cuenta paticionaria presentada por el perito partidor nombrado para ese menester, la resolución dictada en consecuencia deviene inapelable, conforme con el in fine del art. 770 del Cód. Proc. Civil.

SUCESIÓN. Partición de la Herencia. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

El legislador al habilitar específicamente la apelación de la resolución que rechaza la cuenta paticionaria, implícita pero inequívocamente está limitando o prohibiendo la apelación de la resolución que aprueba la cuenta paticionaria, cuando menos bajo ciertas circunstancias.

SUCESIÓN. Partición de la Herencia. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

La inapelabilidad de la resolución que aprueba la cuenta particionaria, cuando no fue objeto de oposición oportuna por los interesados, reconoce como fundamento la conformidad expresa o tácita de los interesados en la participación de la herencia.

SUCESIÓN. Partición de la Herencia. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

Cuando la ley procesal consagra la inapelabilidad de determinadas resoluciones judiciales, debe entenderse como sinónimo de irrecurribilidad, puntualmente en lo que se refiere al recurso de nulidad.

En esta inteligencia, debe otorgarse a ambos recursos iguales condicionantes para su concesión. Como los principios de celeridad y economía procesal se verían igualmente afectados por el recurso de nulidad, que debe tramitarse, tratarse y resolverse en grado superior, no existe argumento para discriminar estas dos formas recursivas y sí suficientes razones para darles igual tratamiento. Es por ello que la normativa procesal, al disponer la inapelabilidad de resoluciones, restringe asimismo implícitamente la concesión del recurso de nulidad.

SUCESIÓN. Partición de la Herencia. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA.

Cabe señalar que las normas procesales que consagran la irrecurribilidad de determinadas resoluciones judiciales, como excepciones al principio de revisión o de doble instancia, deben ser interpretadas restrictivamente.

SUCESIÓN. Partición de la Herencia. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA.

En el supuesto de que se formule oposición, son recurribles, tanto el auto que aprueba la cuenta particionaria, como el auto que rechaza la cuenta particionaria. Entonces, es la conformidad en términos generales expresa o tácita con la cuenta particionaria la que inhibe la apertura de la instancia de grado

superior, por la sencilla razón de que la parte que esté conforme con la cuenta carece, de suyo, interés en una revisión. Rige aquí el principio de la prohibición de ir contra los actos propios.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 08/11/12. “Osvaldo Francisco Velázquez Ávila s/ Sucesión”. (A.I. N° 926).

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la abogada GLADYS MERCADO LOVERA, en contra del A.I. N° 462 de fecha 07 de abril de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno: y,

CONSIDERANDO:

QUE, en primer orden, en el citado auto interlocutorio el juzgado resolvió: “APROBAR el dictamen pericial, y en consecuencia ordenar la partición de los bienes inmuebles denunciados en autos conforme a la Propuesta N° 1 presentada por el Perito Único Arq. Carlos Buzó, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. ADJUDICAR a favor de Nidia Jesús Acosta Vda. De Velázquez, los inmuebles individualizados como Finca N° 18.400 del Distrito de San Roque, con Cta. Cte. Ctral. N° 12.265.18 y Finca N° 8760 del Distrito de la Recoleta con Cta. Cte. Ctral. N° 14.0522.21. ADJUDICAR a favor de Lilian Magdalena Velázquez Acosta y Doris Denise Velázquez Acosta, los inmuebles individualizados como Finca N° 6, Distrito de la Encarnación, Edificio Cardinal, Mat. 61514HA01 con Cta. Cte. Ctral. N° 10.0427.04/02.17; Fincas N° 5223 y 5224 de Itauguá con Cta. Cte. Ctral. N° 27.0677.14 y 27.0677.15; Finca N° 8098 del Distrito de San Lorenzo, con Cta. Cte. Ctral. N° 27.338.01, 27.338.02 y 27.338.13 y Finca N° 4330 del Distrito de La Catedral con Cta. Cte. Ctral. N° 11.0193.02. AUTORIZAR a Lilian Magdalena Velázquez Acosta y Doris Denise Velázquez Acosta, el retiro de la suma de Gs. 1.078.325 (Guaraníes Un Millón Setenta y Ocho Mil Trescientos Veinticinco), depositada a nombre del presente juicio y a la orden del Juzgado, en los términos de la Propuesta N° 1. NOTIFICAR por cédula. EXPEDIR los correspondientes certificados de adjudicación por Secretaría y bajo constancia en autos, una vez firme la presente resolución. ANOTAR..” (fs. 500 y vlt.).

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ. DIJO: NULIDAD: La parte recurrente, no ha fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por la misma en sustento de éste recurso pudiendo ser resuel-

to 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. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ. DIJO: APELACIÓN: La apelante, al fundar el recurso de fs. 253/254 de autos, se agravia de la resolución dictada por el a quo concretamente sobre la partición de bienes hereditarios. Alega, que el Juzgado dispuso la partición de los bienes en perjuicios de su parte. Dice, que el informe pericial adolece de vicios al no cuantificar el valor real de las construcciones de los inmuebles y omite ciertos parámetros que harían más justa la partición entre herederas. Agrega, que el a-quo no ha considerado la propuesta presentada por su parte y adjudica a su adversa los terrenos de mayor cuantía o valor. Culmina su exposición solicitando la revocación de la resolución apelada.

En el sentido expuesto corrido el respectivo traslado la contra parte contesta a fs. 261/263 de autos, rechazando las alegaciones expuestas por la recurrente afirmando que la resolución apelada fue dictada correctamente. Manifiesta, que el agravio expuesto con relación a la partición es extemporáneo, ya que, la contraria no ha cuestionado la designación de un perito único ni el informe pericial. Alega, que la propuesta de partición presentada por la adversa en la instancia inferior fue extemporáneo y el juzgado ha dictado su resolución particionando y adjudicando los bienes hereditarios en forma equitativa. Termina su contestación peticionando la confirmación del auto apelado.

Establecida así la controversia en esta apelación interpuesta el cual tiene su punto de discusión en la aprobación del dictamen pericial, la partición de los bienes hereditarios relictos y la adjudicación de los mismos a las herederas declaradas.

En ese sentido, conforme las constancias obrantes de autos, se observa que a fs. 208/209, la heredera NIDIA JESÚS VDA. DE VELÁZQUEZ, presenta su escrito de propuesta de partición de los bienes hereditarios y en su defecto la designación de un perito tasador. A fs. 211/212, la representante convencional de las herederas LILIAN y DORIS VELAZQUEZ ACOSTA, presenta su escrito de contestación de la propuesta de partición, oponiéndose la misma y proponiendo su partición, en su defecto la designación de un perito tasador. A fs. 216 y vlt. Por A.I. N° 484 de fecha 29 de abril de 2009, el juzgado designa como único

perito tasador al Arq. JUAN CARLOS BUZÓ y señala la audiencia de aceptación de cargo y juramento de rigor. A fs. 18, consta el acta de audiencia de aceptación de cargo y juramento de rigor del perito designado. A fs. 220/221, obra la presentación del dictamen pericial con dos propuestas de partición en base a los porcentajes del 75% para la cónyuge supérstite y heredera NIDIA JESÚS ACOSTA VDA. DE VELÁZQUEZ y del 25% a las hijas del causante y herederas LILIAN y DORIS VELÁZQUEZ ACOSTA. A fs. 223, la señora NIDIA JESÚS ACOSTA VDA. DE VELÁZQUEZ presenta su escrito de aceptación de la propuesta de partición N° 1 presentada en el dictamen parcial. Y, a fs. 243/245, consta el A.I. N° 462 de fecha 07 de abril de 2010, que aprueba el dictamen pericial, ordena la partición en base a la propuesta N° 1 y adjudica los bienes hereditarios a las herederas declaradas y autoriza la extracción de fondos y la expedición de los certificados de adjudicación, hoy recurrido ante este Tribunal.

Así, el Art. 2534 del Código Civil Paraguayo dispone: “Cuando la formación de la masa, o su división en lotes lo exija, se procederá a la estimación de los bienes. El avalúo será hecho por el perito que las partes propusieren de común acuerdo, y en defecto, por el Juez de la sucesión”. Conforme la norma trascrita todas las herederas intervinientes en el proceso estuvieron conformes con la designación de un perito tasador de los bienes hereditarios relictos, conforme los antecedentes mencionados en el párrafo anterior. También con relación a la partición el Art. 770 del Código Procesal establece el plazo de diez días de manifiesto en secretaría a fin de que los herederos o terceros con derechos presenten oposición a la cuenta particionaria. Cuestión que las herederas DORIS Y LILIAN VELÁZQUEZ ACOSTA no ejercieron ese derecho conforme a los cánones procesales, solo se limitaron a agregar vía de representante convencional una nota correo electrónico de propuesta de partición sin valor jurídico alguno. Recién, a fs. 240 de autos, las representantes convencionales de las herederas mencionadas se percataron del defecto procesal incurrido por su parte presentando un escrito solicitando se libre oficio de exhorto al domicilio en el extranjero de las herederas. Que, por último conforme al mismo artículo 770 del Código Procesal Civil, el juez dictará resolución aprobando la cuenta particionaria, que solo es recurrible en el caso de su rechazo.

En cuanto a los porcentajes establecidos en la partición, debe entenderse que la viuda del causante viene a la sucesión a llevar su parte como socia de la comunidad conyugal y en este caso se le agrega la cesión de los derechos y

acciones hereditarias de sus hijos y herederos de la sucesión señores REGIS ADEMAR VELÁZQUEZ ACOSTA Y OSVALDO FRANCISCO VELÁZQUEZ ACOSTA, incluso debiendo ser superior al 75%, pero como existe conformidad por parte de la cónyuge supérstite en el porcentaje, no existe reparo legal para su confirmación, y, lógicamente las demás herederas como hijas causante y también de la cónyuge supérstite deben ser adjudicadas con el restante 25% como en este caso.

Por todos los elementos analizados y las normas legales mencionadas es criterio de éste Miembro que la resolución recurrida debe ser confirmadas en todas sus partes.

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo establecido en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO. DIJO: CUESTIÓN PREVIA. ADMISIBILIDAD: El Tribunal, en primer lugar, debe encarar el examen de la admisibilidad de los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la Abog. Gladys Mercado Lovera contra el A.I. N° 462 de fecha 07 de abril de 2010 (fs. 243/245), dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Undécimo Turno, y la subsiguiente apertura de la instancia de revisión.

Por el auto recurrido el iudex a quo resolvió aprobar la cuenta particionaria conforme con una de las propuestas de adjudicación de lotes o hijuelas formuladas por el perito partidor nombrado al efecto.

El art. 770 del Cód. Proc. Civil preceptúa: “Presentación de la cuenta particionaria. Presentada la partición, el juez, previa vista al Agente Fiscal de Menores y a la Dirección General de Menores, la pondrá de manifiesto en la secretaría por diez días. Los interesados serán notificados por cédula. Vencido el plazo sin que hubiere formulado oposición, el Juez, previa vista al Agente Fiscal de Menores, si correspondiere, aprobará la cuenta particionaria, sin recurso, salvo lo dispuesto en el artículo 2540 del Código Civil. Será apelable la resolución que rechace la cuenta.”. Por su parte, el art. 771 del mismo cuerpo legal, dispone: “Trámite de la oposición.- Si se dedujere oposición, el juez citará a audiencia a las partes, al Agente Fiscal de Menores, en su caso, y el partidor, para procurar el arreglo de las diferencias. La audiencia tendrá lugar cualquiera sea el número de interesados que asistiere. Si quien ha impugnado la cuenta particionaria dejare de concurrir, se lo tendrá por desistido, con costas. En caso

de inasistencia del partidor, perderá su derecho a honorarios. Si los interesados no pudieren ponerse de acuerdo, el juez resolverá dentro de los diez días de celebrada la audiencia”.

En el análisis de la admisibilidad de los recursos interpuestos contra el auto que decide aprobar la cuenta particionaria en el marco de una partición judicial de la herencia corresponde diferenciar claramente los supuestos en los cuales no existe oposición a la aprobación de la cuenta particionaria, de los casos en los que se formula oposición a la cuenta particionaria, ya que dichas hipótesis inciden directamente, y con disímil resultado, en la recurribilidad de la resolución respectiva.

Así, en primer lugar, el art. 770 del Cód. Proc. Civil determina que la cuenta particionaria debe ser puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado por el plazo de diez días, a los efectos de que los interesados, si conviniere a sus derechos, formulen oposición a la aprobación de la cuenta de marras. Si fenece dicho plazo sin que se hubiere formulado oposición a la cuenta particionaria el juez aprobará sin recurso, salvo lo dispuesto por el art. 2540 del Cód. Civil. Por último, el in fine del art. 770 establece que será apelable la resolución que rechace la cuenta particionaria.

Entonces, si los interesados no formulan oposición oportuna o tempestiva a la aprobación de la cuenta particionaria, consintiéndola de esta manera expresa o tácitamente, y el juez decide aprobar la cuenta particionaria presentada por el perito partidor nombrado para ese menester, la resolución dictada en consecuencia deviene inapelable, conforme con el in fine del art. 770 del Cód. Proc. Civil.

En efecto, no puede concebirse que la ley, al consagrar puntualmente la apelabilidad de la resolución que rechace la cuenta particionaria, extienda dicha posibilidad a la resolución que la aprueba. Por el contrario, debe entenderse que el legislador al habilitar específicamente la apelación de la resolución que rechaza la cuenta particionaria, implícita pero inequívocamente está limitando o prohibiendo la apelación de la resolución que aprueba la cuenta particionaria, cuando menos bajo ciertas circunstancias. Así debe ser interpretada la disposición normativa sometida a examen, porque, de otro modo, no tendría razón de ser ni justificación sistemática la norma contenida en el in fine del art. 770 del Cód. Proc. Civil: sería suficiente el silencio de la ley para concluir conforme con los principios generales –art. 395 del Cód. Proc. Civil–, que tanto la resolución

que aprueba la cuenta particionaria como la que rechaza la cuenta particionaria son apelables. Por lo demás, la inapelabilidad de la resolución que aprueba la cuenta particionaria, cuando no fue objeto de oposición oportuna por los interesados, reconoce como fundamento la conformidad expresa o táctica de los interesados en la participación de la herencia.

Por otro lado, es menester señalar que cuando la ley procesal consagra la inapelabilidad de determinadas resoluciones judiciales, debe entenderse como sinónimo de irrecurribilidad, puntualmente en lo que se refiere al recurso de nulidad.

En efecto, si bien el art. 405 del código ritual determina que la interposición del recurso de nulidad puede hacerse independientemente, conjuntamente con el recurso de apelación, también preceptúa que el recurso de nulidad se lo considerará implícito en el recurso de apelación y que regirá a su respecto lo dispuesto por los arts. 396 –plazo para su interposición– y 397 –forma de interposición– del Cód. Proc. Civil. En esta inteligencia, debe otorgarse a ambos recursos iguales condicionantes para su concesión, Como los principios de celeridad y economía procesal se verían igualmente afectados por el recurso de nulidad, que debe tramitarse, tratarse y resolverse en grado superior, no existe argumento para discriminar estas dos formas recursivas y sí suficientes razones para darles igual tratamiento. Es por ello que la normativa procesal, al disponer la inapelabilidad de resoluciones, restringe asimismo implícitamente la concesión del recurso de nulidad.

Luego, se concluye que si lo interesados no formulan oposición oportuna o tempestiva a la aprobación de la cuenta particionaria y el juez decide aprobar la cuenta particionaria, la resolución dictada en consecuencia deviene irrecurrible, conforme con el in fine del art. 770 del Cód. Proc. Civil.

En segundo lugar, se encuentra el supuesto en el cual los interesados haya formulado oposición oportuna a la aprobación de la cuenta particionaria.

El art. 771 del Cód. Proc. Civil prevé el trámite o procesamiento a ser observado en caso de formularse oposición a la aprobación de la cuenta particionaria. El planteo del oponente o impugnación de la cuenta particionaria, que puede versar sobre la vulneración de las normas que rigen la participación de la herencia –vgr. Principio de participación o división en especie– o sobre la formación y adjudicación de los lotes, debe substanciarse con las partes y el partidador en una audiencia, a los efectos de procurar el arreglo de las diferencias suscitadas. En caso de no llegarse a un acuerdo en la audiencia respectiva, el

juez, tomando en cuenta la naturaleza de la impugnación a la cuenta particionaria, es decir, la materia sobre la cual versa la oposición, debe proceder a resolverse la cuestión suscitada en el plazo de diez días contados a partir de la celebrada la audiencia –art. 771 in fine del Cód. Proc. Civil–, o bien proceder al sorteo de los lotes –art. 2535 inc. “g” del Cód. Civil– y en idéntico plazo dictar resolución adjudicando a los herederos los lotes o hijuelas constituidos por los bienes que correspondan conforme lo determinó la suerte.

La decisión judicial que resuelve las objeciones del oponente, ora aprobando la cuenta particionaria –rechazando la oposición–, ora rechazando la cuenta particionaria ordenando las modificaciones pertinentes conforme con las pautas señaladas por el juez de la sucesión –admitiendo la oposición–, se encuentra sometida al régimen general de impugnación de las resoluciones judiciales establecida en el Libro II, Título IV del Cód. Proc. Civil.

Sobre el particular, cabe señalar que las normas procesales que consagran la irrecurribilidad de determinadas resoluciones judiciales, como excepciones al principio de revisión o de doble instancia, deben ser interpretadas restrictivamente.

En esta tesitura, se advierte que el art. 771 del Cód. Proc. Civil, que regula el trámite para arribar a la resolución de limitación o prohibición específica a la recurribilidad del auto que recaiga sobre la cuestión, como acontece, como vimos, con la solución otorgada por el art. 770 del Cód. Proc. Civil, que establece la irrecurribilidad del auto que aprueba la cuenta particionaria en caso de que haya vencido el plazo legal sin haberse formulado oposición.

Así, pues, debemos entender que en el supuesto de que se formule oposición, son recurribles, tanto el auto que aprueba la cuenta particionaria, como el auto que rechaza la cuenta particionaria. Entonces, es la conformidad en términos generales –expresa o tácita– con la cuenta particionaria la que inhibe la apertura de la instancia de grado superior, por la sencilla razón de que la parte que esté conforme con la cuenta carece, de suyo, interés en una revisión. Rige aquí el principio de la prohibición de ir contra los actos propios.

Las consideraciones antes esbozadas fueron encaradas debido a que la recurrente en su escrito de expresión de agravios (fs. 253/254), expresó que ha presentado objeciones al “proyecto” de participación de bienes que no fueron tomadas en cuenta por el index a quo al tiempo del dictado de la resolución que aprueba la cuenta particionaria “según propuesta presentada por el perito y

solicitada por la adversa”. En este sentido señala que a fs. 211/212 presentó un proyecto de partición, y que a f. 226 obra otra propuesta formulada en la que solicitan la adjudicación de un solo inmueble del Distrito de la Recoleta, que tampoco fue tenida en cuenta.

En atención a lo expresado por la recurrente, corresponde determinar si la citada ha formulado oposición oportuna a la aprobación de la cuenta paticionaria. La respuesta a esta interrogante es decisiva para determinar la recurribilidad –o no– del auto que aprueba tal cuenta.

La recurrente esgrime como argumento nulitivo la falta de atención en la instancia inferior de las objeciones efectuadas contra la cuenta particionaria presentada por el perito partidador nombrado al efecto. A pesar de que el argumento esgrimido pareciera sugerir el dictado de un fallo citra petita en relación con las objeciones efectuadas contra la cuenta particionaria, en puridad, en la alegación de la recurrente subyace la denuncia de la existencia de un vicio de orden procesal referente a la tramitación de las impugnaciones a la cuenta particionaria que, en el hipótesis de configurarse, impondría incluso la declaración ex officio de la nulidad por aplicación del art. 113, en concordancia con el art. 420 del Cód. Proc. Civil. Ello se entiende, claro está, en caso de que se haya formulado oposición oportuna a la cuenta particionaria.

En efecto, en caso de formularse tempestivamente oposición la aprobación de la cuenta particionaria, el juez debe canalizar el planteo conforme con el procedimiento indicado por el art. 771 del Cód. Proc. Civil. La substanciación de la oposición a la cuenta particionaria formulada por los interesados constituye un procedimiento o trámites esencia en la partición judicial de la herencia, cuya omisión configura un vicio procesal que impide el dictado válido de la resolución respectiva, en los términos del art. 113 del Cód. Proc. Civil. Luego, su la recurrente formuló oposición oportuna a la cuenta particionaria y, no obstante ello, el juez aprobó la cuenta particionaria sin proveer el procedimiento pertinente, correspondería declarar la nulidad del fallo recurrido por vicio de procedimiento y remitir los autos a la baja instancia a los efectos de que se cumpla el procedimiento omitido.

Veamos, pues, si la recurrente, efectivamente, formuló oposición tempestiva a la cuenta particionaria, conforme con las constancias del expediente.

Debemos empezar diciendo que el plantenamiento formulado a fs. 211/212, no puede considerarse como oposición a la cuenta particionaria, por la sencilla

razón de que es temporalmente anterior a la propia designación del perito partidor y a la presentación de la cuenta particionaria respectiva. Por lo demás, dicho escrito de fs. 211/212 como lo reconoce la recurrente, constituye un proyecto de participación, un ofrecimiento o propuesta de participación extrajudicial que no fue aceptada en su oportunidad, lo que motivo, precisamente, el pedido de participación judicial.

A fs. 220/221 obra la cuenta particionaria presentada por el perito partidor.

Por proveído del 29 de junio de 2009 (f. 221 vlta.), el Juzgado ordenó se ponga de manifiesto en secretaría el dictamen pericial por todo el plazo de ley.

Cabe señalar que el art. 770 del Cód. Proc. Civil prevé la notificación cedular a los interesados de la providencia que ponga de manifiesto en la secretaría la cuenta particionaria. No existe constancia en el expediente respecto de la notificación cedular o personal de la referida resolución judicial en relación con la recurrente. Tampoco puede conceptuarse notificada tácitamente en razón de que si bien los pedidos de fotocopias de los expedientes de f. 222 y f. 237, fueron objeto de sendas resoluciones favorables a la peticionante por parte del Juzgado (cfr. F. 222 vlta. 238), no existe constancia del retiro de las referidas copias, por lo que no se cumple el recaudo exigido por el art. 131, 2º parte, del Cód. Proc. Civil. De todos modos, si bien la falta de notificación cedular de una resolución judicial sometida a ese régimen de anoticiamiento, como la del caso de marras –art. 770 del Cód. Proc. Civil–, constituye un vicio procesal que afecta a dicha actuación procesal, debe recordarse que la misma únicamente puede ser impugnada por el perjudicado por la vía del incidente en la instancia donde el vicio se produjo –art. 117 del Cód. Proc. Civ.–

Ahora, en fecha 22 de julio de 2009 (f. 332), las Abogs. Gladys Mercado de Lovera y María Teresa Añazco Barudi se presentan a “adjuntar propuesta remitida vía email”, manifestando que han recibido un e-mail de sus mandantes, Doris y Liliana Velázquez Acosta, “el cual contiene una propuesta a ser dirigida a la otra parte (madre de las mismas)...”. Adjuntan los documentos que obran a fs. 225/231.

Recordemos que la recurrente en su escrito de expresión de agravios (fs. 253/254), manifestó haber presentado objeciones a la cuenta particionaria “según escrito agregado a estos autos”, y luego hizo alusión a un documento arriado a f. 216 en oportunidad de presentar el escrito de f. 332. Empero, es menester señalar que si bien en el documento de f. 216 se hace mención expresa

a la cuenta particionaria y se propone una opción de partición, conforme surge de los términos del escrito de f. 332, no se ha formulado, propiamente, oposición a la cuenta particionaria presentada por el perito partidor, sino “una propuesta a ser dirigida a la otra parte (madre de las mismas)” (sic, f. 332). Vale decir, la recurrente formuló una oferta o propuesta de partición privada extrajudicial dirigida a la madre de sus mandantes –Sra. Nidia Jesús Acosta Vda. de Velázquez-, la cual requiere del consentimiento u aceptación de la interesada, conforme con el art. 2530 del Cód. Civil y el art. 765 del Cód. Proc. Civil. Se concluye de todo esto que en la instancia inferior la recurrente no formuló oposición oportuna a la cuenta particionaria.

En esta configuración de cosas, al no haberse formulado oposición oportuna a la aprobación de la cuenta particionaria, el auto que decide aprobar la cuenta particionaria conforme con una de las propuestas de adjudicación de lotes o hijuelas formuladas por el perito partidor nombrado al efecto, deviene irrecurrible a tenor de lo dispuesto por el in fine del art. 770 del Cód. Proc. Civil.

En consecuencia, corresponde declarar mal concedidos los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la Abpg. Gladys Mercado Lovera contra el A.I. N° 462 de fecha 07 de abril de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Undécimo Turno.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la recurrente, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civil.

A SU TURNO EL DR. MARCOS RIERA HUNTER, DIJO: Que se adhiere al voto de la magistrada que antecede por compartir los mismos fundamentos.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, RESUELVE:

DECLARAR mal concedidos los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la Abog. Gladys Mercado Lovera contra el A.I. N° 462 de fecha 07 de abril de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Undécimo Turno.

IMPONER las costas a la recurrente.

ANOTAR, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini, Marcos Riera Hunter, Neri Villalba.

Ante mí: Pablo Costantini, Actuario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 99

Cuestión debatida: *Se trata de establecer la procedencia de la excepción de inhabilidad de título opuesta contra el progreso de la presente ejecución. La inhabilidad se sustenta en la circunstancia de que el documento base de la ejecución no se encuentra entre los títulos que traen aparejada ejecución.*

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

En primer término diremos que la excepción de inhabilidad de título procede cuando se cuestiona la idoneidad jurídica de aquél, sea porque no figura entre los mencionados por la ley, porque no reúne los requisitos a que ésta condiciona su fuerza ejecutiva o porque el ejecutante o el ejecutado carecen de legitimación procesal en razón de no ser las personas que figuran en el título como acreedor o deudor.

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

Es bien sabido que los títulos que traen aparejada ejecución son los que están expresamente previstos en el art. 448 del Cód. Proc. Civ., y que las partes no pueden crear títulos que no están contemplados en la ley ni dotarles, por su sola voluntad, de fuerza ejecutiva.

CONTRATO. Contrato unilateral. MUTUO. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

Un contrato de mutuo –que no una promesa de mutuo– es una relación fundial que es suficiente para sostener una pretensión ejecutiva. En efecto, si los contratos bilaterales pueden ser objeto de ejecución sumaria, debidamente preparados, tanto más lo pueden ser los contratos unilaterales como el mutuo. Ahora bien, para transitar la vía ejecutiva, los contratos unilaterales deben presentarse como tales y estar debidamente instrumentados en documentos público o privado. Así surge del ya mencionado art. 448 del Cód. Proc. Civ.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Juicio ordinario posterior.

Al no haber el deudor admitido la relación obligacional contractual, y si se carece de instrumentación debida, ello exige una mecánica probatoria que excede el marco exiguo de una ejecución.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Juicio ordinario posterior.

No puede discutirse en este tipo de juicios la causa de la obligación, ni la buena ni la mala fe de las partes en la ejecución del contrato que se alega como causa-fuente de la misma. El criterio opuesto significaría desvirtuar la índole sumaria del juicio ejecutivo y subordinar la pretensión que constituye objeto de éste a contingencias probatorias que deben ser materia del juicio de conocimiento posterior

CONTRATO. Contrato unilateral. MUTUO. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Juicio ordinario posterior.

La falta de instrumentación debida no significa que el mutuo no pueda reclamarse, probándolo por las vías supletorias, como el principio de prueba por escrito o el principio de ejecución, pero tales circunstancias exigen un amplio marco de debate, donde puedan discutirse ampliamente si existen o no las relaciones contractuales entre las partes y cuál es su contenido.

Es así que para que un contrato de préstamo o mutuo pueda ser ejecutado judicialmente debe estar instrumentado bajo uno de los modos citados precedentemente.

CONTRATO. Contrato unilateral. MUTUO. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. Juicio ordinario posterior.

La existencia del contrato de mutuo o préstamo se halla en estos autos controvertido. Para que el mutuo o préstamo pueda ser ejecutado por esta vía, su existencia debe ser indubitada.

Esto no implica juicio alguno sobre la relación jurídica sustancial -mutuo es el caso de análisis-, lo cual tiene siempre la vía ordinaria para examinar de modo exhaustivo y definitivo la cuestión

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 18/12/12. “K. U. Y. c/V. C. V. s/Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo”. (Ac y Sent. N° 99).

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 resultó el siguiente orden de votación: MARTÍNEZ PRIETO, BUONGERMINI PALUMBO y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, DIJO: La Abog. PATRICIA ROSSANA BAREIRO AGUILERA, representante convencional de la parte actora, se agravia de la sentencia dictada por el inferior en su escrito obrante a fs. 113/115 de autos. Manifiesta que este Tribunal debe declarar en forma insanable la nulidad de la resolución recurrida por darse en ella violaciones de las formas y solemnidades prescriptas por el código ritual. Expresa que al tratar de analizar la resolución recurrida se evidencia una repetición en todas sus partes, sin sentido e incongruentes que la vician totalmente. Sostiene que en todas sus páginas la S.D. N° 222 de fecha 16 de abril de 2012 se repite en un relatorio cortado y sin sentido, haciéndola completamente inentendible y por lo tanto viciada de nulidad. Por último solicita se dicte resolución declarando la nulidad de la sentencia recurrida.

El Sr. VICENTE CASCO VARGAS, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 116/117 de autos. Manifiesta que su parte no observa vicios o irregularidades la sentencia de referencia. Por último solicita se dicte resolución confirmando la sentencia recurrida.

Aquí, la recurrente pretende la declaración de nulidad de la S.D. N° 222 de fecha 16 de abril de 2012, en virtud de la cual el *iudex a quo* resolvió hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la parte demandada, y en consecuencia, no llevar adelante la presente ejecución.

Sabido es que el recurso de nulidad, conforme con el art. 404 del Cód. Proc. Civ., se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma y solemnidades previstas por las leyes.

La recurrente cuestiona vicios que guardan relación con la resolución recurrida en sí misma. En efecto, los agravios se centran, fundamentalmente, en la repetición de las partes de la sentencia, lo cual torna dificultoso su entendimiento.

Como se ha venido apuntando reiteradamente, en materia de nulidades nuestro derecho procesal sostiene el principio según el cual todas las nulidades procesales son relativas, es decir, no es procedente la declaración de nulidad sin un perjuicio que sea resultado de la misma. Siendo así, es necesario demostrar, amén del acto viciado, el perjuicio sufrido.

Analizada la sentencia recurrida podemos constatar que, en efecto, en la misma existen repeticiones. Así es que, las fojas 103, 104 y 105 -que correspon-

den a las tres primeras fojas de las cuatro que totalizan la sentencia- se encuentran repetidas al dorso. En estas tres fojas, que contienen predominantemente el considerando de la resolución recurrida, el inferior realiza una transcripción de los argumentos expuestos por las partes –excepcionante y excepcionada– en sus escritos de oposición de excepciones –inhabilidad de título– y correspondiente contestación. Estas circunstancias efectivamente dificultan su entendimiento.

Ahora bien, es importante señalar que la foja 106 –que corresponde a la cuarta foja de la sentencia– contiene, además del resuelve, el último párrafo del considerando. Es decir, el último párrafo de la parte de la resolución en la que el *iudex a quo* pretendió fundar su decisión. En dicho párrafo textualmente expone que “...teniendo el documento presentado como base de la ejecución, no configura título ejecutivo al faltar algunos requisitos extrínsecos deja de ser título habilitante para la ejecución, déficit que trae desde el inicio de la acción. Por tanto es criterio del Juzgado admitir la excepción de inhabilidad de título”.

Así pues, es criterio de este Tribunal que las manifestaciones expuestas por el inferior en el párrafo reseñado, aunque de una manera ciertamente precaria, son suficientes para tener por fundamentada la sentencia cuestionada. En efecto, el resuelve se encuentra en concordancia con los fundamentos esgrimidos por el *a quo* en el considerando, por lo que los vicios alegados por la recurrente no se encuentran configurados.

En este orden de ideas, la S.D. N° 222 de fecha 16 de abril de 2012, se encuentra fundada y no presenta vicios de congruencia.

Así las cosas, no existen vicios que permitan que este Tribunal declare de nulidad de la sentencia recurrida.

En conclusión, considerando las manifestaciones vertidas precedentemente, el recurso de nulidad debe ser desestimado.

ASUS TURNOS LOS DRES. BUONGERMINI PALUMBO Y VILLALBA FERNÁNDEZ, manifestaron que se adhieren al voto que antecede por compartir los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. MARTÍNEZ PRIETO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada el *a quo* resolvió: “1. HACER lugar con costas, a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la parte demandada, pro los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2. NO LLEVAR ADELANTE, la presente ejecución promovida por KYUNG UK YOON contra VICENTE CASCO VARGAS por cobro de guaraníes. 3. ANOTAR...” (sic.) (fs. 106).

De dicha sentencia recurre la Abog. PATRICIA ROSSANA BAREIRO AGUILERA, representante convencional de la parte actora, y presenta su escrito de expresión de agravios obrante a fs. 113/115 de autos. Manifiesta que el instrumento base de la presente acción constituye suficiente título ejecutivo, dado que se trata de un documento que trae aparejada ejecución, existe una obligación líquida de dinero, vencida y con el expreso consentimiento del demandado al reconocer su firma en el mismo. Expresa que existió una suma de dinero entregada al demandado, instrumentada en un documento, que el mismo se comprometió a devolver en fecha 30 de noviembre del año 2007. Sostiene que existe una obligación de devolución de dinero, pues textualmente se menciona en el documento el monto de la obligación, tanto en números como en letras, que debía ser restituido en fecha cierta. Arguye que el documento es suficiente título ejecutivo, pues la firma no es negada. Aduce que su parte no menciona que se esta ejecutando un “pagaré”, sino simplemente se trata de un instrumento de obligación de devolución de dinero, con fecha cierta y la mención expresa de ser título ejecutivo. Indica que la ley determina en forma expresa y contundente que cuando exista divergencias entre lo establecido en números y letras, prevalece lo establecido en letras. Por último, solicita se dicte resolución revocando la sentencia recurrida, y en consecuencia, rechazando la presente ejecución.

El Sr. VICENTE CASCO VARGAS, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 116/117 de autos. Manifiesta que este recurso debe declararse desierto, ya que la adversa no ha realizado un examen exhaustivo de la sentencia. Expresa que el documento presentado como base de la ejecución, no configura título ejecutivo, al faltarle algunos requisitos extrínsecos. Sostiene que el hecho de haber reconocido la firma no implica que se reconozca el documento como válido para incoar esta acción por la vía ejecutiva. Arguye que no es un pagaré, sino que es un simple recibo que fuera falsificado su contenido, probado fehacientemente con la pericia desarrollada en este juicio. Por último, solicita se dicte resolución confirmando la sentencia recurrida.

Se trata de establecer la procedencia de la excepción de inhabilidad de título opuesta contra el progreso de la presente ejecución. La inhabilidad se sustenta en la circunstancia de que el documento base de la ejecución –fs. 5– no se encuentra entre los títulos que traen aparejada ejecución.

En primer término diremos que la excepción de inhabilidad de título procede cuando se cuestiona la idoneidad jurídica de aquél, sea porque no figura

entre los mencionados por la ley, porque no reúne los requisitos a que ésta condiciona su fuerza ejecutiva o porque el ejecutante o el ejecutado carecen de legitimación procesal en razón de no ser las personas que figuran en el título como acreedor o deudor.

En efecto, el art. 462 inc. d) del Cód. Proc. Civ. establece que la inhabilidad de título puede basarse en la falta de acción o en no ser el documento de aquellos que trae aparejada ejecución. Aquí, el demandado basa su defensa en el segundo de los supuestos.

En el caso de autos, el Sr. Kyung Uk Yoon pretende ejecutar, una supuesta duda instrumentada en un “recibo”.

Recordemos que para la procedencia de la ejecución el título debe ser suficiente y bastarse a sí mismo, debe ser líquido, exigible y debe contener el reconocimiento o declaración de un derecho.

Es bien sabido que los títulos que traen aparejada ejecución son los que están expresamente previstos en el art. 448 del Cód. Proc. Civ., y que las partes no pueden crear títulos que no están contemplados en la ley ni dotarles, por su sola voluntad, de fuerza ejecutiva.

Analizado el documento obrante a fs. 5 de autos, podemos comprobar que el mismo tiene la denominación de ser un “Recibo”, en el cual consta una aparente obligación dineraria sustentada en el concepto de un préstamo o mutuo, y que aparentemente tendría vencimiento en fecha 30 de noviembre de 2007. En dicho instrumento también se hace mención de que el mismo constituye suficiente “Título Ejecutivo”.

En primer término debemos definir qué es lo que se pretende ejecutar. Si se pretende ejecutar el recibo como un instrumento cartular de débito, de plano debemos decir que no se trata de un título hábil, pues no está comprendido como tal en la enumeración del art. 448, ni en el 443 del Cód. Proc. Civ.

Luego, si nos atenemos a las enunciaciones contenidas en el instrumento de fs. 5, podemos asumir que el título que se pretende ejecutar es la relación habida entre el actor Sr. Kyung Uk Yoon y el demandado Sr. Vicente Casco Vargas, basamentada en un contrato de mutuo o préstamo.

Sin duda que un contrato de mutuo—que no una promesa de mutuo—es una relación fundial que es suficiente para sostener una pretensión ejecutiva. En efecto, si los contratos bilaterales pueden ser objeto de ejecución sumaria, debidamente preparados, tanto más lo pueden ser los contratos unilaterales como el

mutuo. Ahora bien, para transitar la vía ejecutiva, los contratos unilaterales deben presentarse como tales y estar debidamente instrumentados en documentos público o privado. Así surge del ya mencionado art. 448 del Cód. Proc. Civ., que estatuye: *“Los títulos que traen aparejada ejecución, de conformidad con el artículo 439, son los siguientes: a) el instrumento público; b) el instrumento privado suscripto por el obligado, reconocido judicialmente o cuya firma estuviere autenticada por escribano con intervención del obligado y registrada en el libro respectivo...”*.

Al no haber el deudor admitido la relación obligacional contractual, y si se carece de instrumentación debida, ello exige una mecánica probatoria que excede el marco exiguo de una ejecución. En efecto, en el escrito en virtud del cual el demandado opone excepción de inhabilidad de título –fs. 63/67–, textualmente expresó que *“Negación De La Deuda: mi parte ratifica la negación absoluta de la supuesta deuda por préstamos de dinero...”*. Se hace menester recordar que la acción ejecutiva no persigue la declaración de derechos controvertidos o dudosos, sino que constituye un procedimiento para hacer efectivo un crédito que viene ya establecido en el documento. Es decir, constituye un proceso declarativo abreviado en cuanto al debate de las partes y a los límites del conocimiento y de la decisión judicial. Así, no puede discutirse en este tipo de juicios la causa de la obligación, ni la buena ni la mala fe de las partes en la ejecución del contrato que se alega como causa-fuente de la misma. El criterio opuesto significaría desvirtuar la índole sumaria del juicio ejecutivo y subordinar la pretensión que constituye objeto de éste a contingencias probatorias que deben ser materia del juicio de conocimiento posterior.

Ahora bien, la falta de instrumentación debida no significa que el mutuo no pueda reclamarse, probándolo por las vías supletorias, como el principio de prueba por escrito o el principio de ejecución, pero tales circunstancias exigen un amplio marco de debate, donde puedan discutirse ampliamente si existen o no las relaciones contractuales entre las partes y cuál es su contenido.

Es así que para que un contrato de préstamo o mutuo pueda ser ejecutado judicialmente debe estar instrumentado bajo uno de los modos citados precedentemente.

En el caso de autos, el “recibo”, que lógicamente no se encuadra en uno de los supuestos enunciados, pudiera o no constituir un principio de prueba para fundar el mutuo que se pretendería ejecutar, aún cuando el demandado haya

reconocido como suya la firma obrante en el documento adjuntado a la pretensión.

Así pues, la existencia del contrato de mutuo o préstamo se halla en estos autos controvertido. Para que el mutuo o préstamo pueda ser ejecutado por esta vía, su existencia debe ser indubitada. Esta circunstancia, como se ha señalado, no ocurre en estos autos.

Esto no implica juicio alguno sobre la relación jurídica sustancial -mutuo es el caso de análisis-, lo cual tiene siempre la vía ordinaria para examinar de modo exhaustivo y definitivo la cuestión.

Así las cosas, se ve que esta vía procesal no es pertinente para estudiar la existencia del contrato de mutuo ni su cumplimiento compulsivo.

En conclusión, considerando las manifestaciones vertidas precedentemente, se arriba al resultado de que la inhabilidad de título es procedente, por tanto, corresponde no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, confirmando, en consecuencia, la resolución recurrida.

Ahora bien, se considera adecuado recomendar a los Sres. Magistrado y Actuario intervinientes, mayor atención al momento de suscribir las resoluciones a su cargo, si bien la carga de labores podría justificar el error material en que se incurriera en la impresión de la misma.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdidosa, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A SUS TURNOS los Dres. BUONGERMINI PALUMBO Y VILLALBA FERNÁNDEZ, manifestaron que se adhieren al voto que antecede por compartir los mismos fundamentos.

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: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR la sentencia recurrida.

IMPONER las costas a la parte perdidosa.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermi, Arnaldo Martínez Prieto, Neri Villalba.

Ante mí: Pablo Costantini. Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 54

Cuestión debatida: *Si corresponde hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios planteada contra el Estado Paraguayo por unos supuestos hechos ilícitos acaecidos en una manifestación.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

La responsabilidad extracontractual es la que no deriva de un deber específico, resultante de un vínculo jurídico anterior establecido con sujetos determinados; sino del deber genérico de respetar la esfera jurídica de quienes vivimos en sociedad, respeto constitucionalmente consagrado por el juego de los arts. 9° y 33 de la Carta Magna, deber al que ciertamente no escapa el Estado, pues no se concibe que quien asume la misión de proteger la esfera jurídica resulte irresponsable por su perturbación.

T. Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 05/06/13 Juicio: “J. A. R. c/ Estado Paraguayo s/ Indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 54)

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 resultó el siguiente orden de votación: BUONGERMINI PALUMBO, MARTÍNEZ PRIETO, y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO DIJO: El Sr. J. A., por derecho propio y bajo patrocinio se limita a hacer un relatorio de las actuaciones producidas en el expediente y a establecer que las mismas podrían haber sido irregulares. Como es sabido, los vicios procesales deben ser reclamados en la instancia en que se produjeron, por la vía del correspondiente incidente de nulidad. No habiéndose hecho así precluye la eta-

pa procesal para reclamarlos y ciertamente no pueden sustentar una nulidad en alzada. El Abog. Gubetich desiste expresamente del recurso de nulidad interpuesto por el. No existiendo otros vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, el mismo debe ser desestimado para el Sr. A. y desistido para el Abog. Gubetich.

A sus turnos, los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que se adhieren al criterio de la preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 592 de fecha 23 de agosto de 2012 el *a quo* resolvió: “HACER LUGAR a la excepción de subsidiariedad de la responsabilidad del ESTADO que como medio general de defensa opusiera la representante del ESTADO PARAGUAYO y, en consecuencia, RECHAZAR la presente demanda de INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL promovida por el Sr. J. A. R. contra ESTADO PARAGUAYO. COSTAS en el orden causado. ANOTAR...” (sic.) (fs. 211 y vlta.).

De dicha sentencia recurre el Sr. J. A., por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 226/235, arguyendo que los fundamentos expuestos por la *a quo* colisionan con lo dispuesto en el art. 39 de la Constitución Nacional. Arguye que pretender aplicar al caso de autos lo dispuesto en art. 1845 del Cód. Civ. es totalmente inadmisibles ya que los daños causados a su persona no han sido causados por autoridades superiores ni por los funcionarios o empleados públicos del Estado, sino como consecuencia de una actuación de la Fuerza Pública del Estado contra el ejercicio del derecho a la manifestación pacífica. Sostiene que la presente demanda ha sido rechazada por la mala aplicación del art. 1845 del Cód. Civ. que ha sido desplazado por la antedicha disposición constitucional, y que con ello se le negó el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos por actos de un órgano gubernamental del Estado Paraguayo. Manifiesta que las testimoniales han sido contestes en aceptar que él ha sufrido heridas de bala en una de las piernas con arma de fuego de grueso calibre disparada por uno de los agentes antimotines de la Policía Nacional en fecha 27 de marzo de 2007. También dice que los testigos sostuvieron que era imposible individualizar al agente del escuadrón antimotines de la Policía Nacional que disparó a su persona, porque en ese momento se lanzaron gases lacrimógenos; añade que de las constancias de

autos surge además que los oficiales estaban vestidos iguales, que tenían puesto el casco que les cubría el rostro y que eran más o menos cuarenta a cincuenta agentes. Arguye que no existe orden de represión policial con arma de fuego contra los manifestantes por lo que se ha visto imposibilitado de promover la presente demanda contra alguna persona en particular; aduce que todos los hechos alegados por su parte han quedado suficientemente demostrados con las pruebas diligenciadas en el presente juicio y que ha sufrido un enorme perjuicio en su persona. Finalmente solicita que la recurrida sea revocada, con costas.

El Abog. Andrés Gubetich presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 236/238 arguyendo que en, cuanto a las costas impuestas en la resolución, las mismas han sido erróneamente cargadas en el orden causado. Arguye que el principio general en cuanto a la imposición de las costas se halla establecido en el art. 192 del Cód. Proc. Civ., por el cual se dispone que la parte vencida en el juicio debe pagar las costas. Manifiesta que para que el juez o tribunal exonere total o parcialmente de las costas al litigante vencido el juez debe expresar sus razones, en virtud de lo establecido en el art. 193 del Cód. Proc. Civ. Solicita que dicho numeral sea revocado, con costas.

El Abog. Andrés Gubetich contesta los agravios de su contraparte en su escrito obrante a fs. 246/254 arguyendo que el principio rector establecido en el art. 106 de la Constitución Nacional consagra la responsabilidad subsidiaria del Estado haciendo referencia a transgresiones, delitos o faltas cometidas por agentes estatales en ejercicio de sus funciones. Sostiene que el demandante no ha probado el daño sufrido por su persona ya que el expediente solo obra un legajo médico, donde no se puede observar de forma clara y precisa cuales fueron las lesiones sufridas; afirma que si algo se puede colegir es que las heridas sufridas por el Sr. A. son menores. Manifiesta que si bien de la filmación y de los periódicos puede observarse que se reconoce como herido al actor, esas pruebas no son suficientes para determinar cuál fue la herida sufrida ni la gravedad de la misma, así como tampoco cuál fue la causa de ella; sostiene que sería una injusticia atribuirle al Estado Paraguayo la responsabilidad de reparar un daño incierto, y que en caso de haberse efectivamente producido, como el actor, la alega, tampoco existen pruebas de que haya sido causado por agentes policiales. Finalmente sostiene que resulta más que evidente que el daño propiamente dicho no puede ser atribuido en forma directa al Estado Paraguayo, tal como pretende al actor por lo que solicita que la recurrida sea confirmada, con costas.

El Sr. J. A., por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contesta los agravios de su contraparte en el escrito obrante a fs. 257/260, arguyendo que del escrito de la contraria solo se leen opiniones sobre la interpretación de la norma que no pueden enervar el razonamiento de la *a quo* ni pueden ser considerados como una impugnación de la sentencia. Solicita finalmente que se declare desierto el recurso o bien que los mismos sean rechazados, con costas.

En el presente caso nos encontramos ante una demanda de daños y perjuicios planteada contra el Estado Paraguayo por unos supuestos hechos ilícitos acaecidos en una manifestación.

El caso en concreto se basa en la supuesta violencia sufrida por un grupo de personas que se manifestaban frente a Mburuvicha Róga el 27 de marzo de 2007.

Nuestro sistema normativo permite diferenciar netamente la responsabilidad del Estado en contractual y extracontractual. Obviamente, la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas no escapa al régimen general de derecho privado, a tenor de lo dispuesto en los arts. 94 y 96 del Cód. Civ., en concordancia con el principio establecido en el art. 97 del mismo cuerpo legal. No caben dudas, así, que al ser el Estado persona jurídica conforme a la ley 388/94, modificatoria del art. 91 del Cód. Civ., adquiere responsabilidad directa por obligaciones contractuales, o mejor aún, por obligaciones provenientes de negocios jurídicos realizados dentro de los límites de las atribuciones del funcionario o del órgano en cuestión.

El régimen es diferente, sin embargo, tratándose de responsabilidad extracontractual. La responsabilidad extracontractual es la que no deriva de un deber específico, resultante de un vínculo jurídico anterior establecido con sujetos determinados; sino del deber genérico de respetar la esfera jurídica de quienes vivimos en sociedad, respeto constitucionalmente consagrado por el juego de los arts. 9º y 33 de la Carta Magna, deber al que ciertamente no escapa el Estado, pues no se concibe que quien asume la misión de proteger la esfera jurídica resulte irresponsable por su perturbación. Así lo han sostenido connotados doctrinarios: “El fundamento de la responsabilidad *stricto sensu* reside, tanto en el Derecho Público como en el Privado, en el deber general de obediencia a la ley y observancia de lo que ella dispone, consistente en definitiva, en no dañar a los demás o *alterum non laedere*, de la compendiosa fórmula de Ulpiano; por lo que el Estado, que es quien ha sentado dicho principio, ha de ser,

también y sin duda, el primero en respetarlo”. (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. “Tratado de la Responsabilidad Civil”. 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004. Tomo IV, pág. 112). “El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la Constitución, toda vez que la actividad de alguno de sus órganos cause un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra”. (Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”. 9ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001. Pág. 938).

Ahora bien, la responsabilidad extracontractual del Estado puede ser deslindada ulteriormente en responsabilidad extracontractual por actos lícitos y responsabilidad extracontractual por actos ilícitos. Volviendo al punto de partida, según el cual la responsabilidad contractual surge cuando hay una violación de un deber específico y determinado negocialmente asumido, la responsabilidad extracontractual puede surgir no solo por actos civilmente ilícitos del Estado, sino también por actos lícitos del Estado que lesionan la esfera jurídica del particular. Es decir, estos actos no violan ningún precepto legal, se realizan dentro de los límites de las atribuciones estatales y en su ejercicio, pero pese a ello generan un perjuicio apreciable en la esfera jurídica del titular de un derecho determinado.

Autorizada doctrina apoya estas conclusiones. “La responsabilidad del Estado, como en general la de todo ente jurídico, puede ser de dos tipos esenciales: a) contractual; b) extracontractual, según que ella, respectivamente, obedezca o no al incumplimiento de obligaciones convenidas”. (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. “Tratado de la Responsabilidad Civil”. 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004. Tomo IV, pág. 100). “Tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen la responsabilidad extracontractual del Estado en: 1. Responsabilidad del Estado por actividad lícita; 2. Responsabilidad del Estado por actividad ilícita. En este sentido, CASSAGNE nos dice que tampoco toda la responsabilidad extracontractual tiene idéntica naturaleza y régimen jurídico, debiendo distinguirse los supuestos en que la actuación del Estado sea ilegítima, de aquellos otros casos en que se trate de actuaciones legítimas”. (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. “Tratado de la Responsabilidad Civil”. 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004. Tomo IV, pág. 104). “La actividad del Estado puede generar responsabilidad en su accionar previo a la celebración de un contrato (responsabilidad precontractual), en la ejecución y extinción de un

contrato (responsabilidad contractual) y en sus relaciones con los administrados cuando, sin que medie vínculo contractual o precontractual, ocasiona perjuicios especiales que configuran los supuestos de responsabilidad extracontractual". (Dromi, Roberto. "Derecho Administrativo". 9ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001. Pág. 939).

Resulta evidente que la responsabilidad que aquí se reclama no deriva de ninguna relación contractual. Queda por ver, entonces, si el acto que se imputa al Estado es o no lícito. De esta distinción surgen fundamentales consecuencias, porque si el acto es lícito la obligación de indemnizar surge directamente en cabeza del Estado. "El primer caso de responsabilidad de la Administración es la emergente de actos antijurídicos (delitos y cuasidelitos) de sus agentes. Se la llama responsabilidad indirecta en razón de que la Administración la asume por actos de sus agentes y no por actos propios. El segundo es el de la responsabilidad por actos jurídicos regulares (legislativos, administrativos y judiciales), responsabilidad directa, puesto que son actos propios que le son jurídicamente imputados. El tercero, responsabilidad por hechos accidentales acaecidos dentro de la Administración, responsabilidad por riesgo, ya que ocurren sin culpa de los agentes y tampoco son actos propios de la administración" (Villagra Maffiodo, Salvador. "Principios de Derecho Administrativo". 1ª ed., El Foro, Asunción, 1981. Pág. 299).

Esta construcción, que imputa la responsabilidad extracontractual por actos lícitos directamente al Estado, se ve fortalecida por la armónica interpretación de la Carta Magna al respecto. En efecto, el art. 106 de la misma hace referencia a trasgresiones, delitos o faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones como presupuesto de la responsabilidad subsidiaria del Estado, mientras que el art. 39 de la Constitución Nacional, genéricamente, consagra el derecho de toda persona a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. El art. 1845 del Cód. Civ. viene a delinear más aún esta distinción, cuando establece la responsabilidad personal del funcionario expresamente por los actos ilícitos.

En consecuencia, todo el sistema induce a interpretar que la responsabilidad subsidiaria del Estado se da solo en caso de actos ilícitos de sus agentes, mas no cuando por motivo de un actuar lícito se ocasione un daño, el que entonces, mediando los requisitos de resarcibilidad que señala la doctrina, deberá ser afrontado por el Estado como centro de imputación de tal actividad. Por ello se

ha podido decir en doctrina que: “La CSJN tiene resuelto que para que proceda la indemnización por la actividad lícita del Estado son requisitos ineludibles: 1. La existencia de un daño actual y cierto; 2. La relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio; 3. Y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al Estado. 4. A lo que cabe agregar la ausencia en el sujeto pasivo del perjuicio del deber de soportarlo, ya que existen daños universales, que son de obligatoria aceptación para todos los ciudadanos (...). Tal responsabilidad estatal por daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad objetiva, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia del nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios –de cualquier orden– que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos.” (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. “Tratado de la Responsabilidad Civil”. 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004. Tomo IV, pág. 109).

En el caso de autos, el actor demandó directamente al Estado, no solo sin individualizar a los agentes culpables del daño, sino sin especificar si el acto del cual provino el daño era lícito o ilícito. En el escrito de demanda, de fs. 5/9, solo se alega que los daños derivaron de heridas varias durante la manifestación ocurrida en fecha 27 de marzo de 2007 frente a Mburuvicha Róga. Empero, de las manifestaciones de fs.5/9, se entiende que lo que se imputa a los agentes de Policía intervinientes es un acto arbitrario y, por ende, ilícito. Así pues, la responsabilidad que estaría aquí en juego es la subsidiariedad del art. 106 de la Constitución Nacional. Establecido el punto, debemos abocarnos al estudio de los sucesos que se indican como dañoso.

Aparece claro que el actor ha participado de la actividad, también que ha sufrido dolencias, pero no resulta claro, ni de la demanda ni de la contestación, que haya sido agredido por tal o cual agente o funcionario en concreto. Esta indeterminación de la identidad del agente dañoso impide la aplicación del principio de subsidiariedad establecido por la norma ante citada. En efecto, la subsidiariedad solo se puede dar si hay un sujeto principal y un sujeto subsidiario. Si el sujeto principal es dudoso o incognoscible, aplicar el principio de subsidiariedad impondría una postura de exclusión al derecho de obtener una reparación ya que sería imposible excusar primeramente el patrimonio del agente. Una decisión en tal sentido significaría una violación a los derechos humanos

reconocidos por el Estado Paraguayo, en relación con el acceso a la justicia y a una reparación adecuada por los actos del Estado o sus agentes, consagrado en instrumentos internacionales vigentes, Convención Americana de los Derechos Humanos en sus artículos 1°, 2°, 5°, 8° y 25°, así como la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en sus artículos 3°, 7° y 10°. Luego concluimos que la subsidiariedad no es aplicable a este caso.

Así pues, se debe proceder a examinar la concurrencia de los requisitos para el hecho ilícito que indemnizar. Aquí la orden del superior jerárquico, ni es determinante, ni es lo que se requiere ineludiblemente para concluir la secuencia de hechos que converjan en la responsabilidad del Estado. Basta que se halle involucrado y plenamente demostrado que un agente de policía o funcionario gubernamental lo esté para que nazca el derecho y consiguiente obligación de indemnizar. La ilicitud del hecho -represión con medio violentos- de una manifestación de personas solo será ilícita si existe desproporción entre el modo en que se desarrolla la manifestación y los medios empleados por la fuerza del orden –policiales o de otro tipo– para tomar medidas que eviten daños a personas o patrimonios de terceros.

Es importante traer a colación aquí lo establecido por la doctrina más prestigiosa en cuanto a los supuestos ilícitos causados por los agentes de las fuerzas de seguridad o la milicia donde claramente se sostiene que: “...Para dar nacimiento al deber legal del Estado de resarcir estos daños que venimos analizando, es menester que concurren algunos requisitos exigidos por el ordenamiento: la exigencia más importante es la existencia de un daño antijurídico que quien lo padece no tiene obligación de soportar, por lo que debe ser indemnizado por la comunidad. En línea con lo anterior, debe concluirse que el deber jurídico de soportar el daño existe cuando el lesionado se ha colocado en una situación de riesgo, tomando parte voluntariamente en una manifestación ilegal y violenta, produciéndose una respuesta proporcionada en medios, modos y circunstancias por parte de las fuerzas de orden público; ello no sucede cuando la respuesta a la violencia de los manifestantes no es proporcional en medios y modos, al utilizar la policía munición de armas de fuego, si en ningún momento se encontraron en situación de extremo peligro que justificase el empleo de armas de fuego con proyectil”. “El Supremo en otro caso parecido al anterior postulo que quien participa de una manifestación ilegal y violenta, que por lo común degenera en un enfrentamiento con las fuerzas del orden, no puede estimarse que ha

sufrido un daño antijurídico como consecuencia de la utilización de los normales medios antidisturbios, siempre que su actuación se ajuste a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, cuyo respeto es fundamental para la calificación jurídica de los distintos supuestos que la realidad puede plantear” (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. “Tratado de la Responsabilidad Civil”. 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004. Tomo IV, pág. 67/68).

Así las cosas y en atención a lo anteriormente expuesto, advertimos que a fs. 64 obra el memorando emitido por la Comisaría N° 6 Metropolitana a la Jefatura de Policía Metropolitana en el cual se eleva la lista del personal policial herido –3 Suboficiales de la Agrupación Montada– durante la manifestación realizada el 27 de marzo de 2007. Cabe resaltar también que según la instrumental obrante a fs. 73 recorte periodístico de los sucesos del 27 de marzo de 2007 “...el incidente se originó tras la llegada de una ambulancia que quería llevar a uno de los manifestantes, que sufrió un ataque de epilepsia. Los sin techos quisieron aprovechar ese momento para romper el cerco policial, y tras un breve forcejeo la Policía reaccionó y empezó a disparar balines de goma y gases lacrimógenos”. La agregación de la presente instrumental fue solicitada como prueba por la propia parte actora y no ha sido impugnada por ninguna de las partes. Se tiene claro, pues, que estos fueron los métodos antimotines empleados por la Policía Nacional. La alegación de uso de arma de fuego, con proyectiles verdaderos no fue probada y resulta rebatida por estas probanzas. Se advierte así que en el presente caso se puede sostener que la manifestación realizada en fecha 27 de marzo de 2007 no fue pacífica. En este estado de cosas, el empleo de métodos antidisturbios consistentes en balines de goma y gases lacrimógenos no aparece exorbitante respecto de los hechos acontecidos durante la manifestación.

Así las cosas no puede estimarse ni sostenerse que el acto de las fuerzas policiales haya sido desproporcionado; por el contrario, la actuación de los efectivos de la Policía se ha ajustado a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad que se exige como necesarios para excluir la antijuricidad de su obrar.

Luego, debemos también recordar el principio de presunción de legitimidad de los actos de la administración. Es decir, los actos de la administración se presumen legítimos en principio salvo que se demuestre lo contrario, como esta demostración en contrario no se produjo, se concluye que los actos llevados a cabo por el órgano de seguridad interna –La Policía Nacional- han sido acorde a las leyes vigentes a los efectos de mantener el control interno nacional.

Aquí no se probó la calidad de ilícita de la actuación policial, sea por acción, sea por omisión de cuidado. Es decir, no se probó que las fuerzas policiales actuaron violentamente sobre una manifestación pacífica.

En esta tesitura y al no poderse clasificar de antijurídico el actuar de los agentes, es obvio que el primer requisito de procedencia de la acción no se halla cumplido, y la misma debe ser rechazada. Corresponde, pues, confirmar la resolución recurrida, con costas.

En lo que hace a la apelación de las costas y su imposición en el orden causado en la instancia inferior, cabe recordar que las costas buscan reintegrar a la parte gananciosa los costos que le ha acarreado el desarrollo del proceso. Por ello, el principio general de imposición de costas establece que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos a la contraria, aun cuando su contraparte no lo hubiese solicitado, vale decir, rige, en principio, el sistema objetivo de imposición de costas.

En efecto, el sistema de imposición de costas regulado por nuestra ley procesal se basa, fundamentalmente y salvo las excepciones previstas, en la teoría objetiva del vencimiento. No obstante, para los casos de exoneración de costas, el código sigue la teoría subjetiva de la conducta del litigante, según surge de los arts. 193 y 198 del Cód. Proc. Civ. Si aquél, con su actuación procesal o incluso con su comportamiento antes del proceso en relación con los derechos de la contraparte, ha dado lugar a la reclamación -principal o incidental- entonces no puede ser beneficiado con la exoneración de costas. Así pues, habiéndose rechazado la demanda, y no existiendo argumentos que ameriten la aplicación de las exenciones previstas en el Cód. Proc. Civ., las costas deben ser impuestas a la perdedora, en ambas instancias, conforme con lo que disponen los arts. 195 y 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que se adhieren al criterio de la preopinante.

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: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto por el Sr. J. A.
TENER por desistido el recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Gubertich.

CONFIRMAR la sentencia recurrida conforme con el exordio de la presente resolución.

MODIFICAR la distribución de las costas en primera instancia, imponiendo las mismas a la parte actora.

IMPONER las costas en esta instancia a la perdedora.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini P., Arnaldo Martínez Prieto y Neri Villalba Fernández.

Ante mí: Rigoberto Cabrera, Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 637

***Cuestión debatida:** El caso en estudio se puede sintetizar en dos cuestiones, en primer lugar, si el mes de enero cuenta o no para ser declarada la caducidad en estos autos y en segundo, si diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo por parte del oficial de justicia constituye o no un acto interruptivo de la caducidad.*

JUICIO EJECUTIVO. CADUCIDAD DE INSTANCIA. Interrupción de la caducidad.

Esta magistratura considera que la decisión de la juzgadora se ajusta a derecho, y debe ser confirmada pues el diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo, constituye un trámite esencial para que prosiga su curso el juicio, conforme lo dispone el art. 451 del C.P.C. Además como se sabe, este trámite es equiparable a la contestación de la demanda en un juicio de conocimiento ordinario y, mientras no sea diligenciado por el Oficial de Justicia no se puede hablar de inactividad de las partes y constituye un acto interruptivo para el cómputo de la caducidad. Por ende, imprescindible para pasar a otra etapa del juicio. (Voto mayoría).

JUICIO EJECUTIVO. CADUCIDAD DE INSTANCIA. Interrupción de la caducidad.

En suma la actividad no puede ser atribuida a ninguna de las partes y al no ser viable la realización del cómputo, debe ser confirmado el A.I. N° 1739 de fecha 28 de septiembre de 2011, dictado por el Juzgado de Justicia Letrada del Sexto Turno, con costas al apelante. (Voto mayoría).

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 01/08/12. J. A. R. A. c/ C.C.F. s/ preparación de acción ejecutiva. (A.I.N° 637).

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Sr. Cándido Chamorro Fariña, por derecho propio bajo patrocinio de abogada, contra el A.I. N° 1.739 de fecha 28 de septiembre de 2011 (fs. 34), dictado por el Juzgado de Justicia Letrada Civil y Comercial del Sexto Turno, y;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA.

NULIDAD: Este recurso interpuesto por el recurrente, fue desistido expresamente por el mismo. El Tribunal en ejercicio de sus facultades ordenatorias e instructorias, conforme lo establece el Art. 18 del Código Procesal Civil, observa que no existen vicios extrínsecos, violación y omisión de formas procesales que ameriten la declaración de nulidad de oficio de la resolución dictada en el presente juicio, por lo que corresponde tener por desistido al recurrente del presente recurso.-

APELACIÓN: Agravia el recurrente el Interlocutorio dictado en autos, que resolvió: “NO HACER LUGAR al pedido de caducidad de instancia presentado por el demandado Cándido Chamorro Fariña por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución”.

Sostiene el apelante en su memorial de fs. 41/44 que: “*La resolución que se impugna, no se encuentra ajustada a derecho en razón de que no fue declarada la caducidad de la presente instancia, habiendo sido operada la misma. Del A.I. N° 1.595 de fecha 9 de setiembre de 2010, al escrito de fs. 27 ha transcurrido el plazo establecido en el art. 172 del C.P.C. Del A.I. N° 1.595 de fecha 9 de setiembre de 2010 (fs. 17), al escrito de fs. 18 igualmente se ha operado el plazo para la caducidad incluyendo el mes de enero en el cómputo. Sostenemos que la feria judicial, se computa porque es un criterio legal fundado en el art. 173 del C.P.C.*”. En base a estas consideraciones, pide a este Órgano Jurisdiccional la revocatoria del interlocutorio recurrido, con costas.

Corrido traslado del memorial arriba citado a la parte actora, en tiempo hábil contestó, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 49/50, manifestando que: *“Agravia al apelante que desde que el inferior dictó el A.I. N° 1.595 de fecha 9 de septiembre de 2010 a la fecha del escrito presentado por mi parte de fecha 27 de mayo de 2011 supuestamente ha transcurrido el plazo para que opere la caducidad desconociendo como impulso procesal la intimación de pago y embargo ejecutivo practicado por el oficial de justicia comisionado. Otro agravio del apelante lo constituye el hecho de que la a-quo para realizar el cómputo del plazo para la caducidad de instancia no tuvo en consideración el mes de enero, al respecto cabe recordar que existe disposición legal que prevé el mes de enero para las ferias judiciales que a su vez fue reglamentado por disímiles Acordadas de la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto mal se podría computar la ferias judiciales dentro del plazo prescriptivo de la Caducidad de instancia, sin riesgo de afectar entre otros el principio de igualdad, la mejor capacidad de razonamiento, el diáfano raciocinio y hasta el sentido común, inclusive. El Art. 173 del Código Procesal Civil en el segmento que dispone para el cálculo de la Caducidad de Instancia se computarán los días inhábiles, debe ser interpretado en forma restrictiva, entendiéndose como tales los fines de semana, asuetos y feriados que se encuentran dentro de un mes hábil y no comprender en medio de ellos a la feria judicial, en el cual se suspenden los plazos judiciales y solo se tramitan los casos urgentes”*. Solicitando la confirmación, con costas de la resolución recurrida.

Del análisis del fallo apelado tenemos que, la inferior no hizo lugar a la caducidad de instancia tomando como fundamento el art. 172 del C.P.C. y que el juzgado es del criterio que el mes de enero no se incluye en el cómputo del plazo a ser considerado para la caducidad.

La Caducidad es uno de los modos previstos de terminación de un proceso producido por inactividad de las partes durante el plazo que la ley señala, opera con el mero transcurso del tiempo según lo determina la legislación (seis meses art. 172 del Código Procesal Civil cuando las partes no hayan impulsado debidamente el proceso). Existen circunstancias previstas en el código de marras que de ocurrir las mismas en el proceso, no se producirá la caducidad de instancia en el mismo y estos son los procesos de ejecución o cumplimiento de sentencia, sucesorios, cuando los estuviere pendiente del dictado de una resolución y la demora en dictarla sea imputable al juez o Tribunal.

Analizando las actuaciones procesales tenemos que, por A.I. N° 1595 de fecha 9 de septiembre de 2010 (fs. 17) se tuvo por iniciado el juicio ejecutivo en estos autos en contra del apelante Sr. Cándido Chamorro. Librándose el correspondiente mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo en la misma fecha, diligenciándose el mismo en fecha 25 de marzo del año 2011 (fs. 26), solicitando el representante de la parte actora, en fecha 27 de mayo del mismo año, conforme al escrito de fs. 27, agregación de dicho mandamiento diligenciado y citación a oponer excepciones.

El caso en estudio se puede sintetizar en dos cuestiones, en primer lugar, si el mes de enero cuenta o no para ser declarada la caducidad en estos autos y en segundo, si diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo por parte del oficial de justicia constituye o no un acto interruptivo de la caducidad.

En cuanto al primer punto, los fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre si el mes de enero (feria judicial) debe o no ser excluido del cómputo del plazo para la caducidad son contradictorios. Al respecto debe recordarse que el cómputo de los plazos queda sometido a las siguientes reglas: a-) En los códigos de fondo (Civil, Penal, Laboral, etc.) los plazos son continuos y completos y se computan los días domingos y feriados (art. 341 C.C.), salvo disposición expresa en contrario; b) En los códigos procesales (procesal civil, procesal penal , procesal del Trabajo) los plazos comprenden días y horas hábiles salvo disposición expresa en contrario o habilitación de días inhábiles (Art. 109 y 110 C.P.C.). En el proceso civil la caducidad de instancia está prevista en los arts. 172 y siguientes del C.P.C. por lo que el plazo fijado para que quede operada, normalmente debería comprender días inhábiles, sin embargo el art. 173, dispone de manera expresa que el plazo señalado correrá los días inhábiles, pero se descontará el tiempo en que el proceso hubiese estado paralizado o suspendido por acuerdo de las partes o por disposición judicial. El art. 109 del C.P.C. del mismo cuerpo legal reza: “ Los actos procesales se practicarán en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad. Son días hábiles todos los del año, menos los exceptuados por la ley y las acordadas que dicte la Corte Suprema de Justicia”.

La caducidad de la instancia es una sanción procesal, es un modo anormal de terminación del proceso que tiene lugar cuando las partes no impulsan el proceso dentro de los plazos determinados por la ley como modo no natural de extinción del proceso, es de carácter excepcional y debe aplicarse restrictivamente. Tener en cuenta este solo principio es suficiente, a nuestro criterio para no

incluir en el cómputo de la caducidad el mes de feria judicial, tiempo sumamente prolongado, durante el cual las partes no pueden realizar ninguna diligencia que tienda a impulsar el proceso. En consecuencia es irracional la imposición de una sanción a las partes por la omisión de un acto procesal de cumplimiento imposible.

La suspensión de los plazos de caducidad de instancia tiene lugar cuando por causas ajenas a la voluntad de las partes, éstas se encuentran en la imposibilidad jurídica absoluta o relativa de formular peticiones tendientes a activar la marcha del proceso y este es el caso de la feria judicial en la que no existe actividad procesal para impulsar el procedimiento, entonces si la inactividad procesal constituye uno de los presupuestos de la caducidad de la instancia y durante la feria judicial es el propio órgano judicial quien impide a las partes la ejecución de los actos procesales, por esa razón, del cómputo del plazo de caducidad corresponde descontar el tiempo en que el proceso ha estado paralizado o suspendido durante el mes de enero. Otra solución es injusta, desigual y hasta arbitraria para las partes.

En cuanto a la segunda cuestión, como principio general constituyen actos interruptivos de la caducidad toda petición de las partes, resolución o actuación, que tuviese por efecto impulsar el procedimiento.

El art.172 del C.P.C. establece: *“Se operará la caducidad de la instancia en toda clase de juicios, cuando no se instare su curso dentro del plazo de seis meses ...”*.

El art. 174 del mismo cuerpo legal dispone: *“La caducidad opera de derecho, por el transcurso del tiempo y la inactividad de las partes. No podrá cubrirse con diligencias o actos procesales con posterioridad al vencimiento del plazo, ni por acuerdo de las partes”*.

En autos, por A.I. N° 1.595 de fecha 9 de septiembre de 2010 (fs. 17) se tuvo por iniciado el juicio ejecutivo. Librándose mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo en la misma fecha. Según escrito de fs. 18 en fecha 23 de marzo del 2011, el representante de la parte actora solicita oficios a la Dirección General de los Registros Públicos y a la Dirección del Registro del Automotor. Solicitando el mismo, en fecha 27 de mayo de ese (fs. 27), la agregación del mandamiento de intimación de pago, diligenciado en fecha 25 de marzo de ese año y citación a oponer excepciones.

Del referido interlocutorio de fs. 17, al escrito de fs. 27 ha transcurrido el plazo de seis meses fijado en el art. 172 del C.P.C., hábida cuenta que el pedido

de informes de fs. 18 no constituye un impulso procesal. La parte actora ni la demandada no han instado el curso del proceso y la actividad del oficial de justicia no sufre al interés de las partes. Quienes deben instar el proceso son las partes y el hecho es que dentro del plazo de seis meses solo se ha diligenciado el mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo por el oficial de Justicia, pero este no es parte y no puede instar el proceso, las partes no instaron el procedimiento y las diligencias de los funcionarios o auxiliares de justicia no sufre a las partes, pues según el art. 98 del C.P.C., la iniciativa del proceso incumbe a las mismas por tanto corresponde revocar el A.I. N° 1.739 de fecha 28 de setiembre de 2011 y en su lugar disponer que esta operada la caducidad de instancia en estos autos, con costas a la perdedora, de conformidad al art. 203 del C.P.C.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR: En estos autos fue apelada la resolución por la cual la A-quo rechazo el pedido de caducidad de instancia, a través del A.I. N° 1739 de fecha 28 de Septiembre de 2011. La inferior en esta resolución sustenta el rechazo arguyendo que entre el dictado del A.I. N° 1595, de fecha 9 de setiembre de 2010 (fs. 17) hasta el mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo (fs. 25/26) de fecha 25 de marzo de 2011, no ha transcurrido el plazo de seis meses establecido por el art. 172 del C.P.C.

Esta magistratura considera que la decisión de la juzgadora se ajusta a derecho, y debe ser confirmada pues el diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo, constituye un trámite esencial para que prosiga su curso el juicio, conforme lo dispone el art. 451 del C.P.C. Además como se sabe, este trámite es equiparable a la contestación de la demanda en un juicio de conocimiento ordinario y, mientras no sea diligenciado por el Oficial de Justicia no se puede hablar de inactividad de las partes y constituye un acto interruptivo para el cómputo de la caducidad. Por ende, imprescindible para pasar a otra etapa del juicio.

En suma la actividad no puede ser atribuida a ninguna de las partes y al no ser viable la realización del cómputo, debe ser confirmado el A.I. N° 1739 de fecha 28 de setiembre de 2011, dictado por el Juzgado de Justicia Letrada del Sexto Turno, con costas al apelante.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO BASILICIO D. GARCÍA: Después de analizar el A.I. N° 1739 de fecha 28 de setiembre de 2011, dictado por la Jueza de

Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, que resolvió "... NO HACER LUGAR al pedido de caducidad de instancia presentado por el demandado Cándido Chamorro Fariña, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución ..." recurrido por el nombrado demandado, y también el proyecto de resolución de los Miembros del Tribunal que me precedieron en el estudio del tema sometido a nuestra consideración, quienes asumen posiciones diferentes, puedo expresar que comparto plenamente el criterio expuesto por el Dr. LINNEO YNSFRÁN quien se expide por la confirmación de la resolución recurrida por los mismos fundamentos expuestos por él, con costas a la perdidososa.

POR TANTO, atento a lo brevemente expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL, QUINTA SALA;

RESUELVE:

1º) TENER POR DESISTIDO, al recurrente del recurso de nulidad interpuesto.-

2º) CONFIRMAR, con costas el A.I. N° 1.739 de fecha 28 de septiembre de 2011, dictado por el Juzgado de Justicia Letrada Civil y Comercial de Sexto Turno por las razones dadas en el exordio de la presente resolución.

3º) ANOTAR, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Linneo Ynsfrán, Basilio García.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 762

Cuestión debatida: *Se estudia el porcentaje a retasar en una regulación de honorarios en un Juicio de Quiebra, verificación de créditos.*

QUIEBRA. Verificación de créditos en la quiebra. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculos para la regulación de honorarios.

Del estudio realizado a las constancias de autos tenemos que en el mismo se constata que en el concurso de quiebras, los apelantes, lograron la verificación del aludido crédito a favor del Banco Central de Paraguay por la suma, igualmente mencionada más arriba pero no existe constancia de que a la fecha

el crédito verificado fue percibido por el Banco Central del Paraguay por lo cual el porcentaje debe reducirse a la mitad.

QUIEBRA. Verificación de créditos en la quiebra. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculos para la regulación de honorarios.

Los honorarios profesionales por las labores que incluyen el pedido de convocación de acreedores y sus incidentes hasta la aprobación o rechazo del concordato, serán regulados del dos al cinco por ciento sobre el pasivo total; si bien la norma no lo expresa, debe interpretarse que la misma se refiere al pasivo total verificado. Cuando no exista pasivo verificado, la base para la regulación será el pasivo prudencialmente estimado por el Juez o Tribunal...”. En lo que respecta al porcentaje, el ilustra jurista indica que “el porcentaje citado más arriba dos al cinco por ciento –se refiere a las tres etapas del proceso de convocación de acreedores señaladas en el c) del Art. 27: 1)Iniciación,; 2) Verificación de créditos...”.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 06/09/12. “R.H.P. de los abogs. C. O.J., J. P.W. y B.C. En: Verif. de crédito prom. Por B.C.P. en el juicio S.A.E.C.A.S. s/ Quiebra . (A.I.N° 762).

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuesto por el Síndico de Quiebras, Abogado Carlos Couchonnal, y el Abogado Juan Pablo Wasmosy, por derecho propio y en representación de los Abogados Carlos Ortiz Jara y Blanca Caballero, contra el A.I. N° 1041, de fecha 02 de julio de 2012, y

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR.

NULIDAD: Este recurso no fue interpuesto por los recurrentes, pero el mismo fue concedido erróneamente en la instancia inferior, por providencia de fecha 31 de julio de 2012 (ver fs. 12 y 14), correspondiendo declarar mal concedido este recurso.

APELACIÓN: El fallo apelado, resolvió regular provisionalmente los honorarios profesionales de los Abogados Carlos Ortiz Jara, Juan Pablo Wasmosy y Blanca Caballero, en la suma de guaraníes novecientos cuarenta y dos millones quinientos siete mil ciento setenta y ocho (Gs. 942.507.178) por las actuaciones cumplidas en el pedido de verificación de crédito, más I.V.A., conforme a los argumentos dados por el inferior en el Considerando agregado a fs. 9 de autos.

Ante esta instancia el agraviado por las resoluciones el abogado Juan Pablo Wasmosy fundamenta su recurso, a través del escrito agregado a fs. 18/20,

manifestando que el porcentaje de 1% aplicado por el inferior, es erróneo, injusto y violatorio de los principios y criterios fundamentales establecidos en la ley arancelaria, señalando que “Si bien el art. 53 de la Ley 1376/88 establece que en la verificación de créditos y su reconocimiento, se regulará el diez por ciento sobre la cantidad percibida; sin embargo en caso de que no exista recuperación alguna, existe abundante jurisprudencia que habla de un cincuenta por ciento de la escala arancelaria.” En ese sentido, cita varios fallos similares de éste Tribunal y la siguiente jurisprudencia, entre otras: “Atendiendo a que aún no ha sido percibido el monto de la obligación reconocida, corresponde la fijación provisional de los honorarios del solicitante, en un cincuenta por ciento del porcentaje, conforme a lo establecido en el Art. 53, numeral 5, de la Ley de Honorarios” (A.I.Nº 817, 24-XII-1999, TAPCC, Sala 3). En base a estos argumentos solicita se retasen los honorarios en una suma justa y equitativa.

Al contestar al agraviado el Síndico de Quiebras, Abog. Carlos Couchonnal, en el escrito agregado a fs. 22/23, expresa agravios contra el auto interlocutorio dictado en la instancia inferior y manifiesta que el A-quo cayó en un error grave y en una incongruencia notoria, señalando que el hecho único e inequívoco para la percepción de honorarios profesionales, lo constituye la recuperación efectiva de los créditos verificados, por lo que no habiéndose cobrado o percibido cantidad alguna del monto verificado, éste en ningún caso, puede ser tomado como base para el justiprecio de los honorarios y en virtud del principio de equidad, termina solicitando la retasación de los honorarios en el equivalente a 120 jornales mínimos, conforme al art. 5º de la Ley Nº 1.376/88. Debe señalarse que la otra parte, al contestar al Síndico de Quiebras a fs. 26, entre otras cosas manifiesta que según Ley 1.376/88 y la abundante jurisprudencia, en la verificación de créditos se aplica el 10% sobre la cantidad percibida, conforme al art. 53 numeral 5) y en caso de no percepción corresponde aplicar el cincuenta por ciento del porcentaje, con carácter provisional y sin perjuicio de una regulación complementaria.

Pues bien, El tema sometido a consideración de ésta Alzada ha sido motivo de disenso, y de discusión en varios fallos similares sometidos a decisión de esta Superioridad. Sin embargo, la jurisprudencia de varios Tribunales de Apelación de la Capital e incluso de la Corte Suprema de Justicia sostienen un criterio distinto u opuesto al sostenido por el inferior, pues al adentrarnos al estudio de esta causa se constató que el monto verificado por los citados letrados fue apro-

bado por A.I. N° 984 del 01 de julio de 2008 (ver fs 7 y vlto.) y asciende a Gs. 62.833.811.962, monto que fue tomado como base por el inferior aplicando un porcentaje de 1.5% por el doble carácter. Este porcentaje no tiene fundamento legal pues en casos similares a este hemos aplicado el 5% conforme a lo que dispone la Ley N° 1.376/88 y en esta norma se basamenta la jurisprudencia y los principios de justicia y equidad.

En suma el fallo dictado en la instancia inferior contraría normas y principios dado que el inferior ante el pedido formulado por los abogados Carlos Ortiz Jara, Juan Pablo Wasmosy y Blanca Caballero, no tuvo en cuenta los aspectos legales señalados e hizo caso omiso a los cálculos aritméticos arrimados por los recurrentes, y reguló los honorarios en un 1.5% sobre el monto verificado, resolución que no se ajusta a derecho.

Del estudio realizado a las constancias de autos tenemos que en el mismo se constata que en el concurso de quiebras, los apelantes, lograron la verificación del aludido crédito a favor del Banco Central de Paraguay por la suma, igualmente mencionada más arriba pero no existe constancia de que a la fecha el crédito verificado fue percibido por el Banco Central del Paraguay por lo cual el porcentaje debe reducirse a la mitad.

En ese sentido, el Art. 53 de la Ley de Honorarios Profesionales establece las retribuciones por los trabajos cumplidos en el procedimiento concursal que en su punto 5 dice : “... Verificación de crédito y su reconocimiento hasta el cobro efectivo: diez por ciento sobre la cantidad percibida...”. Aplicando el mencionado artículo y dado que el crédito verificado no fue percibido por el Banco Central del Paraguay, no obstante lo señalado el eminente doctrinario Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser, en su obra “Honorarios de Abogados y Procuradores”, Ley 1.376/88 menciona que : “... los honorarios profesionales por las labores que incluyen el pedido de convocación de acreedores y sus incidentes hasta la aprobación o rechazo del concordato, serán regulados del dos al cinco por ciento sobre el pasivo total; si bien la norma no lo expresa, debe interpretarse que la misma se refiere al pasivo total verificado. Cuando no exista pasivo verificado, la base para la regulación será el pasivo prudencialmente estimado por el Juez o Tribunal...”. En lo que respecta al porcentaje, el ilustra jurista indica que “el porcentaje citado más arriba dos al cinco por ciento –se refiere a las tres etapas del proceso de convocación de acreedores señaladas en el c) del Art. 27: 1)Iniciación,; 2) Verificación de créditos;...”

Atento a lo expuesto, y a los efectos de dictarse un fallo ajustado a derecho debemos considerar que el monto verificado asciende a G. 62.833.811.962., por ende la suma regulada es incorrecta y exigua y atendiendo lo que viene sosteniendo el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Quinta Sala en casos y fallos similares (A.I. N° 1009 de fecha 06 de Diciembre del 2010 dictado en el JUICIO: “R.H.P. FRANCISCO GONZÁLEZ Y CARLOS GÓMEZ NÚÑEZ EN B.I.P.S.A. s/ QUIEBRAS”, y el A.I. N° 1008 de fecha 06 de diciembre del 2010 dictado en el JUICIO: “B.C.P. c/ B.N.T. s/ QUIEBRAS”) y lo que sostiene la Corte Suprema de Justicia corresponde aplicar el 5% del monto verificado en forma provisional hasta tanto se produzca la percepción del monto total. En consecuencia, debe retasarse los honorarios en la suma de Guaraníes tres mil ciento cuarenta y un millones seiscientos noventa mil quinientos noventa y ocho (Gs. 3.141.690.598) provisionalmente y en forma conjunta para los abogados Carlos Ortiz Jara, Juan Pablo Wasmosy y Blanca Caballero, por los trabajos realizados en el juicio de quiebras, más la suma de G. 314.169.059 en concepto de IVA.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI: Manifiesta que se adhiere a la opinión precedente por los mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL DR. CARLOS A. ESCOBAR ESPÍNOLA: Comparto parcialmente los fundamentos del preopinante en cuanto al derecho que posee de regular sus honorarios provisoriamente en esta etapa del procedimiento. El inciso 5 del Art. 53 de la Ley 1.376/88, fija un porcentaje fijo de diez por ciento sobre la cantidad percibida por el mandante acreedor del concurso.

Esta normativa trata este porcentaje por los trabajos realizados por el profesional en la verificación del crédito, su reconocimiento hasta el cobro efectivo. Si se ha logrado la verificación y reconocimiento, y los créditos aun no han sido percibidos o cobrados, como el caso en estudio, el acreedor también debe percibir honorarios, ya que no se presume la gratuidad del ejercicio profesional, en tal caso, tal como lo resuelve el autor citado por el preopinante, la regulación debe realizarse sobre la misma base pero en un porcentaje inferior, quedando la determinación de su monto al prudente arbitrio del Juez, quien considerará las pautas de valoración establecidas en el Art. 21 de la Ley de honorarios.

Al respecto, teniendo en cuenta que no consta aun siquiera proyecto de concordato, ni poseemos mayor informe sobre el monto que el convocatario posee para oblar sus acreencias, creemos prudente fijar provisoriamente un porcentaje de 2,5 por ciento del monto reconocido a su mandante.

JURISPRUDENCIA

Corresponde asimismo, amén de que existe un escrito en el cual consta que los profesionales han renunciado ejecutar a su mandante, escrito este sin reconocimiento de firma, dejar constancia de que en el caso de que los profesionales decida ejecutar al Banco Central del Paraguay, se deberá aplicar lo previsto en el Art. 29 de la Ley N° 2.421, de REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL, aprobado el 11 de junio de 2004, que dice: “En los juicios en que el Estado Paraguayo y sus entes citados en el Art. 3° de la Ley N° 1.535/99 ‘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 el 50% (cincuenta por ciento) del mínimo legal, hasta cuyo importe deberán atenerse los jueces de la República para regular los honorarios a costa del Estado. ES MI VOTO

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, RESUELVE:

1. DECLARAR, mal concedido el recurso de nulidad .
2. RETASAR, los honorarios profesionales de los abogados Carlos Ortiz Jara, Juan Pablo Wasmosy y Blanca Caballero, en la suma de Guaraníes tres mil ciento cuarenta y un millones seiscientos noventa mil quinientos noventa y ocho (G. 3.141.690.598) en forma conjunta y provisional, más la suma de Guaraníes trescientos catorce millones ciento sesenta y nueve mil cincuenta y nueve (G. 314.169.059), en concepto del I.V.A., conforme a las explicaciones dadas en el exordio de la presente resolución.
3. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfran.
Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 779

Cuestión debatida: *Se analiza si el cómputo de plazo fue el correcto para dar lugar a la excepción de prescripción, según el hecho generador.*

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Prescripción en materia civil y comercial.

El inicio del plazo para la prescripción comienza a correr desde el momento en que es conocido el daño.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Prescripción en materia civil y comercial.

La inacción del titular debe computarse a partir de que la obligación se torne exigible y la obligación se torna exigible sólo al conocerse el daño. Y, a estas alturas del juicio, no corresponde aún calificar de negligente o diligente la conducta de la demandante. Esta cuestión recién debe ser estudiada en la sentencia por ser hechos contradictorios.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Prescripción en materia civil y comercial.

Como en estos autos no se demandan indemnizaciones por el supuesto documento falso del 2003 (que prescribe a los 2 años) sino la negativa de conexión de una línea telefónica a la actora, y es que ésta negativa fue la que generó daños, corresponde pues aplicar el plazo de 10 años previsto en el Art. 659 Inc. “e”, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción en el caso en estudio.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 07/09/12. “S. B. B. B. c/ Compañía Paraguaya de Comunicaciones S.A. (COPACO S.A.) s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual”. (A.I. N° 779).

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 650 de fecha 27 de abril de 2012, dictada por el Juzgado del Séptimo Tercer Turno en lo Civil y Comercial de la Capital, y;

CONSIDERANDO:

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad, no obstante al analizar el fallo recurrido nos percatamos que no existen, por lo demás, vicios o defectos que impongan al Tribunal el deber

de declarar la nulidad de oficio, correspondiendo que el referido recurso sea declarado desierto.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN: El apelante a fs. 138/143, presenta su escrito de expresión de agravios, argumentado esencialmente que: *“El objeto de apelación se dirige contra el primer apartado de la resolución que dice lo siguiente: “HACER LUGAR parcialmente a la excepción de prescripción articulada por la parte demandada con referencia al reclamo de resarcimiento de daños emergentes del hecho ocurrido en el año 2007, mencionado en el exordio...” Es verdad, que el 02 de octubre del 2007, la demandante Sara Blanca Benítez Bobadilla tuvo conocimiento de la negativa de COPACO S.A. en instalar una línea telefónica domiciliaria solicitada, por haber tenido registrado en el sistema una deuda pendiente a favor de COPACO S.A. por un monto aproximado alcanzaba la suma de 8.187.240 guaraníes (conocimiento del hecho ilícito). “...El Juzgado inferior debió entender que por el simple conocimiento de su supuesto hecho ilícito civil que pudiera originar perjuicio o daño a una persona, debido al accionar normal de un ente de servicio público, dicha fecha no puede servir la fecha mencionada para el inicio del cómputo del plazo de prescripción. Pues bien, para la RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTOS ILÍCITOS, recién empieza a correr después de la consolidación efectiva del daño, vale decir, desde que aparezca el daño cierto y susceptible de apreciación y no como sostiene el Juzgado y la demanda desde el conocimiento del hecho dañoso. Reitero a V.E., que el conocimiento del hecho dañoso no debe entenderse la noticia subjetiva en sentido riguroso, sino más bien una razonable posibilidad de información por parte de la víctima”.* Sigue argumentado la recurrente que: *“El Código Civil Paraguayo prevé disposición legal respecto al plazo para instaurar acción sobre indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de actos ilícitos, surgida del accionar normal de un ente de servicio público, como COPACO S.A... Al tener presente la clara disposición legal aplicable al caso en cuestión, no prevé en nuestra legislación que el derecho para accionar se tendría en cuenta para el inicio del cómputo desde el conocimiento del hecho que pudiera ocasionar daño. Que en la presente causa, la acción del daño comenzó con la aparición del perjuicio o dolo concreto, claro, efectivo, y definitivo, es decir recién quedó consolidada en forma permanente desde el 16 de noviembre de 2010 (fs. 9), fecha en que la demandante recibió el telegrama colacionado de COPACO S.A., al comunicarle lo siguiente. “En rela-*

ción a solicitud N°: 2.376/DIS-B/2010, en la cual solicita cambio de abonado de las líneas 021-458.002 y 458.263. Informamos que la misma ha sido rechazada por poseer deudas pendientes con COPACO S.A. Solicitamos su regularización a fin de proseguir trámites correspondientes. Queda Ud. Debidamente notificada. División Clientes corporativos, Departamento Comercial COPACO S.A.” Este documento remitido a la usuaria-víctima por la propia demandada confirma y consolida plenamente el daño ocasionado a la recurrente, y al no ser cuestionada por la otorgante se convierte en instrumento público que da fe en juicio, por tanto, servirá de sustento legal para tener en cuenta para fijar el día en que se debe considerarse como fecha inicial desde el que se puede ejercer la acción”. Solicita finalmente, previo los trámites de rigor, dictar resolución revocando el primer apartado de la resolución objeto de éste recurso.

La otra parte contestó el traslado en tiempo y forma, refutando las alegaciones expuestas por la apelante, sosteniendo a fs. 144/147, fundamentalmente: *“Que, el apelante en autos se agravia de la expresiones del A-QUO en donde el mismo considera que en su legal y razonable entender, de la circunstancia que el segundo hecho demandado, cual es la negativa de cambio de abonado de línea a la cual se refirió precedentemente, hecho que según telegrama colacionado agregado a autos, data del 16 de noviembre de 2010, sí podría generar los daños proclamados por la actora en el eventual caso de que la demanda prospere a su favor si así lo determinasen las cuestiones fácticas y jurídicas que serán estudiadas en el estadio procesal pertinente, por lo que entendemos, dice el A-QUO, que respecto de ésta situación procede el rechazo de la prescripción, para finalmente resolver tal cual se describió más arriba. Que el apelante de turno, en su escrito de agravios no ha aportado absolutamente nada para apuntalar su posición y de esa forma tratar de desacreditar la clara posición del A-QUO al hacer lugar a la prescripción parcial de los derechos de accionar, pues como el superior podrá distinguir, ya en su escrito de responde de la excepción de prescripción opuesta por mi parte, ya había sostenido que el simple anociamiento de la negativa de la instalación de la línea telefónica no puede ser tenido en cuenta como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción, es así como en su seudo fundamento de agravio repite el mismo argumento cuando declara que “el simple conocimiento del hecho ilícito no da lugar al inicio del plazo para accionar por daños y perjuicio...”. Concretamente, solicita la parte demandada confirmar el punto número uno de la resolución apelada, y declarar la nulidad del punto número*

dos de la misma resolución en atención a sus argumentos expuestos en su escrito de responde.

La resolución apelada se halla individualizada bajo el N° 650 de fecha 27 de abril de 2012, obrante a fs. 129/130 de autos.

Agravia a la apelante el apartado número uno de dicho auto interlocutorio, en donde el A-quo resolvió: “*HACER LUGAR parcialmente a la excepción de prescripción articulada por la parte demandada con referencia al reclamo de resarcimiento de daños emergentes del hecho ocurrido en el año 2007, mencionado en el exordio*”.

La controversia suscitada versa en determinar desde qué momento debe iniciarse el cómputo de la prescripción, sí desde el momento del hecho acaecido (octubre del 2007), reconocido por ambas partes litigantes, es decir, desde el momento de la negativa de instalación de una línea telefónica por parte de COPACO S.A., a la accionante, o desde el momento en que dicha institución remitió el telegrama colacionado (noviembre del 2010) a la parte actora, obrante a fs. 9 de autos.

Que, antes que nada es preciso manifestar que por la forma en que ha sido planteada la demanda, la misma tiene como uno de sus fundamentos centrales el hecho de que la Compañía Paraguaya de Comunicaciones S.A. (COPACO S.A.) haya negado la solicitud de instalación de una línea telefónica para uso residencial en el año 2007 a la actora, debido a supuestas deudas pendientes que ésta poseía con la institución. Dichas deudas tenían como base documentos de aparente contenido no auténticos. Estos documentos de supuestos contenidos no auténticos conforme al relato de la actora, y a documentales agregadas a autos, serían de años anteriores al año 2007, concretamente de los años 2003 y 2004, respectivamente.

No quedan dudas de que el inicio del plazo para la prescripción comienza a correr desde el momento en que es conocido el daño, este daño, en nuestro caso en estudio y conforme a los términos de la demanda está dado por el primer hecho generador al que alude la actora en el referido escrito. Dicho hecho generador consiste, como dijimos líneas arriba, en la negación de parte de COPACO S.A. a la instalación de una línea baja solicitada por la actora en el mes de octubre del año 2007. Sin embargo, este hecho ilícito, es decir, la supuesta producción de documentos no auténticos (mayo del 2003), resulta ser el fundamento de COPACO S.A. para no proceder a la instalación de la línea telefónica aludida solicitada por la actora.

Conforme a lo expresado en el párrafo antecedente resulta oportuno precisar que la inacción del titular debe computarse a partir de que la obligación se torne exigible, y la obligación se torna exigible sólo al conocerse el daño. Y, a estas alturas del juicio, no corresponde aún calificar de negligente o diligente la conducta de la demandante, como para hablar de que por un supuesto hecho ilícito del año 2003, la misma actuó en forma negligente y su responsabilidad por ello hubiere prescripto a los 2 años, esto no forma parte de los hechos asentidos por la actora. Esta cuestión recién debe ser estudiada en la sentencia por ser hechos contradictorios.

Un hecho ilícito conocido, una vez que genere daños que puedan ser acreditados, es recién a partir de que se conozcan dichos daños que se puede considerar que se inicia un período de prescripción conforme al Art. 663 Inc. “f” del Cód. Civil, que establece: “*Se prescriben por dos años: ...la responsabilidad civil derivaba de actos ilícitos*”. Sin embargo, un hecho *reputado* dañoso (como ocurre en este juicio) como una negativa de COPACO S.A. que generaría daños, inicia su prescripción una vez conocida la negativa a tenor del Art. 659 Inc. “e”, que dispone, “*Prescriben por diez años: ...todas las acciones personales que no tengan fijado otro plazo por la ley*”. Entonces, conforme a lo apuntado tenemos que el transcurso de cierto lapso legalmente establecido provoca la extinción de las relaciones obligatorias, en cuanto la parte interesada en evitarlo no haya ejercido oportunamente sus derechos, pudiendo en efecto hacerlo. En el presente caso, la actora no pudo ejercer oportunamente su derecho de accionar en razón de que la obligación se tornó exigible recién al momento de conocerse el daño. En este sentido, la doctrina es coincidente en admitir que para la prescripción se deben dar dos presupuestos esenciales a saber; *a) la inacción del titular* y *b) el transcurso del tiempo*. Repetimos, en el caso sometido a estudio, la obligación se tornó exigible sólo al conocerse el daño por parte de la accionante, esto ocurrió, como vimos en octubre del año 2007 (negativa de COPACO S.A. de instalar una línea telefónica).

Como en estos autos no se demandan indemnizaciones por el supuesto documento falso del 2003 (que prescribe a los 2 años) sino la negativa de conexión de una línea telefónica a la actora, y es que ésta negativa fue la que generó daños, corresponde pues aplicar el plazo de 10 años previsto en el Art. 659 Inc. “e”, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción en el caso en estudio.

JURISPRUDENCIA

Por lo que corresponde revocar el primer apartado del A.I. N° 650, del 27 de Abril del 2012, dictado por el Juzgado del Séptimo Turno en lo Civil y Comercial de la Capital, y en consecuencia corresponde rechazar la excepción de prescripción planteada.

Las costas deben imponerse a la parte demandada por imperio del Art. 203 Inc. "b". Es mi opinión.

OPINIÓN DE LOS MAGISTRADOS CARMELO A. CASTIGLIONI y LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR: Manifestaron adherirse a la opinión del colega preopinante por los mismos fundamentos.

POR TANTO, atento a lo todo lo expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE:

1. DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto.

2. REVOCAR, con costas a la perdedora, el primer apartado del A.I. N° 650 de fecha 27 de Abril de 2012, dictado por el Juzgado del Séptimo Turno en lo Civil y Comercial de la Capital, y en consecuencia rechazar la excepción de prescripción deducida, de acuerdo a los fundamentos emitidos en el exordio de este fallo.

3. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 853

Cuestión debatida: *Ante el fallecimiento del mandante, se analiza la procedencia de la nulidad del proceso y de todo lo actuado por un profesional con ese mandato.*

MANDATO. Cesación del mandato. NULIDAD ABSOLUTA.

La suspensión es el efecto principal del cese del mandato y proseguir un proceso estando suspendido por imperio de la propia ley, no puede, por una situación hecho, validarse lo actuado posteriormente sin levantar la suspensión y solo puede levantarse cuando se designe herederos. Es nulo el proceso trami-

tado estando de hecho SUSPENDIDO el mismo, y no puede proseguirse hasta que se levante la suspensión. Esto es suficiente para anular el proceso,

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PAGAGUAY. Derecho a la defensa. MANDATO. Cesación del mandato. NULIDAD ABSOLUTA.

La suspensión del proceso establecida en una norma jurídica conlleva una prohibición de proseguir el trámite del proceso hasta que los herederos nombren nuevo apoderado o ratifique el poderdante y el Art. 27 del Código Civil establece que: “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor”. No se puede contrariar la suspensión legal del trámite del proceso como una nulidad relativa, pues afecta el derecho a la defensa de los herederos y eventualmente de terceros interesados y; además afecta al trámite del proceso que las partes no pueden alterarlo por ser de orden público. La violación a la norma que establece la suspensión es una nulidad absoluta, y no convalidable por ser absoluta y, entonces, no requiere demostración de daños ni de pedido expreso pues la nulidad absoluta no produce efecto.

MANDATO. Representación procesal.

Se confunde la representación con el mandato. Al morir el mandato cesa la representación y, continúa el mandato solo para ciertos efectos. Es que la doctrina ya tiene definido que puede haber mandato sin representación o viceversa, pero definitivamente no son la misma cosa. Solo prosigue el mandato cuando el mismo es irrevocable, que no es el caso. La segunda posibilidad es cuando el negocio forma parte del objeto.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 26/09/12 “J. M. H. S. VDA. DE A. c/ MARIO C. P. B. Y OTROS/ ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD Y OTROS (A.I. N° 853).

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por el Abogado Gabriel Alejandro Portillo Julio, por la representación invocada, contra el A.I. N° 2.168 de fecha 30 de diciembre de 2008, en los autos mencionados más arriba, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno; y,

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI:

RECURSO DE NULIDAD: Este recurso fue sostenido con el argumento de que la resolución recurrida es nula por haberse dispuesto de oficio la nulidad del

proceso, desde la etapa en que falleció el mandante e incluso la sentencia definitiva que ya fuera dictada.-

El recurrente sostiene que el juez no puede anular de oficio el proceso, alegando que: “LA ACTUACIÓN DEL APODERADO DESPUÉS DE LA MUERTE DEL MANDANTE NO ACARREA LA NULIDAD DE LO ACTUADO, DE DONDE SE SIGUE QUE LOS ACTOS DEL PROCESO ANULADOS POR EL A-QUO NO SE HALLAN ENTRE LOS EXPRESAMENTE CONMINADOS COMO NULOS”, también alega que “no hubo daños y que el juez no podía anular el proceso”.

El caso en cuestión refiere la declaración de nulidad de un juicio de acción autónoma de nulidad en el que la demanda fue presentada el día 17 de octubre de 2001, y la mandante ha fallecido el día 18 de octubre de 2001, la primera providencia el 19 de octubre de 2001, y, en tanto que la Sentencia definitiva fue dictada el día 26 de diciembre de 2005. El argumento del nulidicente se basa en que el Juzgador no puede anular de oficio una sentencia en las condiciones señalada.

El Art. 113 del C.P.C., establece que: “LAS NULIDADES DECLARABLES DE OFICIO. LA NULIDAD SERÁ DECLARADA DE OFICIO, CUANDO EL VICIO IMPIDA QUE PUEDA DICTARSE VÁLIDAMENTE SENTENCIA DEFINITIVA, Y LOS DEMÁS CASOS EN QUE LA LEY LO PRESCRIBA”.

El hecho es que todo el proceso se sustancio ya estando muerta la mandante, pues en la demanda fue presentada por el poderdante en fecha 17 de octubre de 2001, y; la muerte de la mandante ha ocurrido el 18 de octubre de 2001, la primera providencia fue dictada el 19 de octubre de 2001, el 26 de diciembre de 2005 fue dictada la sentencia definitiva en esas condiciones. El juez en conocimiento del hecho declara que la tramitación del proceso es nula. Es nulo el proceso y la sentencia porque ya no hay partes en un proceso contradictorio y sin partes no puede haber proceso válido. Es nulo porque por imperio de la ley no existe ya la representación invocada pues la misma ha cesado de pleno derecho por lo que establece el Art. 64 inciso e) del C.P.C.. Esta norma en forma expresa establece que LA REPRESENTACIÓN DE LOS APODERADOS CESA (...) E) POR MUERTE (...) DEL PODERDANTE”. Qué clase de norma es la transcrita. Es una norma que prohíbe, pues lo que dice es que se prohíbe representar a los muertos, pues al cesar decir que cesa ya no existe el poder que lo habilitaba, pues al no existir el mandante ya no existe el mandato, y desde ese momento el

abogado ya no es representante y ya solo actúa por si y no por su mandante y ya se convierte en un tercero en el proceso. En el caso de mandato para representación judicial en forma expresa establece los efectos de la muerte del mandante y dice que cesa el mandato. A partir de ahí el mandatario solo puede realizar los actos necesarios, pero el efecto principal de la cesación del mandato es que se SUSPENDE el proceso. La suspensión es el efecto principal del cese del mandato y proseguir un proceso estando suspendido por imperio de la propia ley, no puede, por una situación hecho, validarse lo actuado posteriormente sin levantar la suspensión y solo puede levantarse cuando se designe herederos. Es nulo el proceso tramitado estando de hecho SUSPENDIDO el mismo, y no puede proseguirse hasta que se levante la suspensión. Esto es suficiente para anular el proceso, como lo hizo el A-quo.

La suspensión del proceso establecida en una norma jurídica conlleva una prohibición de proseguir el trámite del proceso hasta que los herederos nombren nuevo apoderado o ratifique el poderdante y el Art. 27 del Código Civil establece que: “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor”. No se puede contrariar la suspensión legal del trámite del proceso como una nulidad relativa, pues afecta el derecho a la defensa de los herederos y eventualmente de terceros interesados y; además afecta al trámite del proceso que las partes no pueden alterarlo por ser de orden público. La violación a la norma que establece la suspensión es una nulidad absoluta, y no convalidable por ser absoluta y, entonces, no requiere demostración de daños ni de pedido expreso pues la nulidad absoluta no produce efecto, de conformidad al Art. 356 del C.C., son inexistentes pues el Art. 356 del C.C., establece que son nulas “aunque su nulidad no haya sido juzgada”. La tesis del recurrente quien pretende que la falta admitida es solo una nulidad relativa fundado en que la ley le permite realizar ciertas diligencias, no significa que no existe la nulidad cuando se tramita el juicio sin una de las partes, pero al ser una prohibición legal que afecta al orden público, pues la suspensión automática y de pleno derecho es una nulidad absoluta dado que afecta el orden público al alterar el trámite del proceso, pues, la prosecución de un juicio con tramite suspendido por imperio de la ley va contra el texto expreso de la misma y además la alteración de la suspensión de pleno derecho del trámite del proceso es una variación que afecta al Art. 104 del C.P.C., conforme al cual “LAS PARTES NO PUEDEN DARSE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL, DISTINTO DEL LEGAL. Entonces, con la muerte del mandante se

suspende de pleno de derecho por imperio de ley la prosecución de la tramitación del juicio en contra de la prohibición de la ley es una nulidad absoluta porque afecta al orden público. El hecho de que el juicio se haya llevado adelante, estando muerto el mandante, no puede validar la sentencia, por haberse roto el principio de bilateralidad. Es contundente la norma en el que se establece que el mandato cesa con la muerte, que los actos secundarios que autoriza la ley al mandatario, para amparar el derecho del mandante, no puede validar la sustanciación del juicio sin una de las partes.

Pero el argumento principal del recurrente para pedir la nulidad es que: “LOS ACTOS DEL PROCESO ANULADOS POR ELA-QUO NO SE HALLAN ENTRE LOS EXPRESAMENTE CONMINADOS COMO NULOS”. Falso. Es nulo porque la prosecución de un juicio con trámite suspendido legalmente viola el Art. 357 incisos b) y c). Es un acto ilícito y viola la forma prescripta en la ley, porque viola una norma jurídica al proseguir un juicio con trámite suspendido de pleno derecho y, es nula porque es un acto ilícito no hacer cesar el mandato cuando la ley manda que cese. El hecho de que el mandatario haya desconocido el hecho de la muerte de su mandante no convalida el proceso llevado en contra de la suspensión que opera ipso jure, pues, al cesar el mandato y suspender el proceso de pleno derecho, es que solo debe retrotraerse el juicio a la etapa que corresponde. El mandato para representar al mandante en un juicio es una situación especial, pues el Art. 50 del C.P.C., establece en forma expresa el efecto de la muerte del mandante y esta norma prevalece frente a la norma del Código Civil, por ser una norma especial, en cuanto a los efectos de la muerte del mandante. La transgresión a una norma de orden público, pues la tramitación de un juicio estando muerto el mandante, lo es, no puede validarse con la sola alegación de que el mandatario desconocía la muerte. No le causa ningún perjuicio al mandatario retrotraer el juicio, para superar la violación de una norma de orden público. A la pregunta de si la nulidad es absoluta o es relativa, surge de la misma ley, pues no puede validarse un juicio en el que el mandante ha fallecido, pues el mandato cesa y, solo permanecen ciertos efectos. Aunque el Juez haya tomado conocimiento de un modo no convencional, al tomar conocimiento debe anular su sentencia y retrotraer el proceso a la etapa inicial. La violación del principio de bilateralidad o de controversia tiene su causa en la inviolabilidad del derecho a la defensa, y siendo la ley cesa el mandato en el caso de la muerte, el fallecido ya no tiene representante y, de convalidarse la senten-

cia anulada por el juez, se estaría violando el Art. 16 de la C.N., pues toda persona tiene derecho a la defensa en juicio, y; ya cesó el mandato, entonces, el juicio, en esas condiciones transgrede este Art. Constitucional y el Art. 17 inciso 5). El Art. 357 del Código Civil dispone que es nulo el acto jurídico si el acto o su objeto fuere ilícito, y en este caso es ilícito porque al disponer el cese del mandato por el hecho de la muerte no puede convalidarse el proceso cuando en forma expresa dice que su efecto en el proceso es la suspensión del juicio. El juez válidamente anuló el proceso y su sentencia irregular, pues, el Art. 358 del C.C., dispone que: “CUANDO EL ACTO ES NULO, SU NULIDAD DEBE SER DECLARADA DE OFICIO POR EL JUEZ, SI APARECE MANIFIESTA EN EL ACTO O HA SIDO COMPROBADA EN JUICIO”. La prosecución del juicio estando muerto el mandato, estando suspendido por imperio de la ley, es un acto ilícito porque es un acto prohibido, por tanto, la nulidad dispuesta por el juzgado de Primera Instancia se adecua a derecho y, debe ser rechazado el recurso de nulidad contra el A.I. N° 2.168 de fecha 30 de diciembre de 2008.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRAN SALDÍVAR: Manifestó adherirse a la opinión que le antecede, por los mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARLOS A. ESCOBAR:

RECURSO DE NULIDAD: El nulidicente basa este recurso en tres hipótesis: 1) En cuanto a que la Resolución es nula pues ha sido dictada preclusa ya la etapa para expedirse al respecto, ya que la Sentencia estaría ya con el carácter de firme y ejecutoriada; 2) Alega el recurrente que la resolución debe ser anulada es porque no se identifica que cause un daño actual y efectivo, refiriendo que no existe la nulidad por la nulidad misma; 3) En cuanto a que el interlocutorio recurrido habría sido dictado por un Juez sin competencia para resolver en el asunto.

Con respecto a la alegación de que la Resolución es nula pues ha sido dictada preclusa ya la etapa para expedirse al respecto, ya que la Sentencia estaría ya con el carácter de firme y ejecutoriada, y además, los peticionantes del incidente son terceros ajenos al proceso, en cuanto a este ítem, estamos seguros no puede prosperar el recurso deducido, ya que la Sentencia **NO SE ENCONTRABA FIRME**, y los terceros nombrados, **SI** poseían intervención, provisoria mientras se estudiaba esta situación, pero esto último es intrascendente pues debemos notar que la nulidad declarada fue de oficio.

En efecto, notamos a fs. 215 que Fermín Campuzano y Silvia Ferreira, a nombre de quien se encuentran los inmuebles en litigio se presentan, solicitan

reconocimiento de personería e interponen recursos de apelación y nulidad contra la S.D. 798/2005, a fs. 216 el juez Hugo Garcete los reconoce como terceros con interés legítimo y a fs. 225 vlto., se reconoce la personería a su representante dándosele su intervención legal, estas Providencias fueron recurridas por recurso de reposición y confirmadas, se entiende que esta intervención es a los efectos de tramitar el incidente de intervención de terceros al tenor del art. 77 del código Procesal civil. Es así que el Juez .

Alejandro Sosa, a fs. 269, sin revocar las Providencias citadas precedentemente, corre traslado a las partes sobre el pedido de intervención de terceros, y a fs. 271 suspende los efectos de la inscripción de lo resuelto en la sentencia 798, ordenado esto por A.I. N° 454/2006, hasta tanto se resuelva dicha intervención de terceros.

De conformidad a lo precedentemente expuesto, no solo se encuentra pendiente de resolución a la fecha la intervención de los terceros Fermín Campuzano y Silvia Ferreira, sino también la resolución de la concesión o no de los recursos de apelación y nulidad interpuestos por los mismos contra la S.D. 798/2005, cuyos efectos se hallan justamente suspendidos hasta la resolución de la intervención solicitada. En suma, hasta tanto no sea resuelta positiva o negativamente la interposición de recursos contra la Sentencia recurrida, la misma aún no se halla firme, y estando pendiente de resolución el incidente de inclusión de terceros, el iudex aquo posee competencia para entender en un incidente que como el de estudio, afecta el procedimiento realizado antes de la Sentencia, que como dijéramos, no se halla firme y por lo tanto, no ha precluido el juicio, por tanto esta primera causa alegada para anular la Resolución recurrida no es procedente.

La segunda causa por la cual alega el recurrente que la resolución debe ser anulada es porque no se identifica que cause un daño actual y efectivo, refiriendo que no existe la nulidad por la nulidad misma. Al respecto, me adhiero a la opinión del preopinante Dr. Carmelo Castiglioni, en su fundamentación del recurso de nulidad, adicionando que el perjuicio ocasionado de no ser subsanado el vicio sería de la pérdida del derecho invocado.

La tercera causal alegada, es en cuanto a que el interlocutorio recurrido habría sido dictado por un Juez sin competencia para resolver en el asunto. Refiriéndonos a esta situación, debemos analizar las constancias de autos: A partir del dictamiento de la S.D. N° 798/2005 (fs. 187 y sgtes.), se han dado un

cúmulo de recusaciones a magistrados. Es así que el juez del 11° Turno, Hugo Garcete, fue recusado a fs. 215 y se inhibió, ante la impugnación del juez del 12° Turno, esta impugnación no fue aceptada por el Tribunal de apelaciones (fs. 219), quedando como titular el Juez Enrique Mongelós, este fue recusado con causa a fs. 240 y se apartó aunque manifestó que elevará informe, que no consta en autos. Así la atención del Juicio cayó en el Juzgado del 13° Turno, a cargo del Juez Alejandro Sosa, el cual fue recusado a fs. 298, impugnando dicha recusación y pasando los autos a la Jueza del 1° Turno María Angélica Calvo, la cual se separó ante una recusación sin causa a fs. 301, los autos quedan así bajo la decisión del juez del 2° Turno Silvino Delvalle (fs. 302). El hecho de que la Jueza Calvo se haya apartado sin válido motivo, conforme lo alega el recurrente, sin que esta inhibición haya sido impugnada en tiempo y forma, o que el Tribunal de Apelaciones haya rechazado la recusación del juez Sosa, 4 meses luego que el juez Delvalle haya dictado la Resolución en estudio, no son motivos para pensar que el mismo no tenía competencia para dictar tal Resolución, ya que se dio en este caso cumplimiento a lo estipulado en el Art. 34 del Código Procesal Civil y correspondía que el juicio en estudio se encuentre bajo la decisión del juez de Primera Instancia en lo civil y comercial Silvino Delvalle, por lo que lo alegado en este respecto por el recurrente debe ser desestimado.

Por lo expuesto precedentemente, soy del criterio que el recurso de nulidad deducido debe ser rechazado.

OPINIÓN DEL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI:

RECURSO DE APELACIÓN: Se agravia el apelante contra el A.I. N° 2.168 de fecha 30 de diciembre de 2008, por el cual se anula de oficio todo el proceso incluida la sentencia definitiva en razón de haberse proseguido el trámite del juicio a pesar de la suspensión legal del mismo. A ese respecto, el apelante invoca el Art. 912 del C.C., por el cual “no obstante la extinción del mandato, es obligación del mandatario (...) continuar por si (...) los negocios comenzados que no admitan demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos, bajo pena de responder por el perjuicio que de su omisión resulte”. Esta norma es sacada del contexto al querer hacer decir que es obligación del mandatario continuar el mandato, saca de contexto porque la norma dice que solo prosigue para los actos necesarios, pues el mandato a que se refiere el hecho que nos ocupa tiene que ver con la representación en un juicio y, es un mandato que tiene un régimen especial en el Art. 64 del C.P.C., conforme

al cual en forma expresa dispone que: “EN TALES CASOS SE SUSPENDERÁ LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO”. Violar la norma que suspende la tramitación del proceso es una nulidad absoluta. Esta norma es de orden público, como ya se dijo, el efecto de haberse proseguido el proceso, en razón de que el mandatario desconocía que ha muerto su mandante, por el plazo de cinco años, eso no subsana el error de continuar por el desconocimiento del abogado, lo que sucede es que se anula lo actuado en esas condiciones, porque o de lo contrario haría inútil la norma del Art. 64 del C.P.C., pues, entonces, al abogado solo le bastaría decir que no sabía de la muerte para concluir el juicio de una persona muerta, que es como sucedió, a espaldas de la ley. Por otro lado, la interpretación del apelante de que es obligación del mandatario proseguir, es cierto, pero solo es cierto en cuanto se refiera a los negocios que no admitan demora, pero no para terminar el juicio a espaldas de la ley.

Por otra parte, se confunde la representación con el mandato. Al morir el mandato cesa la representación y, continúa el mandato solo para ciertos efectos. Es que la doctrina ya tiene definido que puede haber mandato sin representación o viceversa, pero definitivamente no son la misma cosa. En este caso ha cesado la representación que surge del mandato, por imperio de la ley. Solo prosigue el mandato cuando el mismo es irrevocable, que no es el caso. La segunda posibilidad es cuando el negocio forma parte del objeto, pero ninguno de estos son el caso de autos. En el caso de autos, al suspenderse la representación que deriva del mandato, el juicio tramitado en esas condiciones deviene nulo. La disposición del Juzgado se ajusta a derecho y, debe confirmarse la resolución recurrida, el A.I. N° 2.168 de fecha 30 de diciembre de 2008, con costas, a la perdidosa. Es mi opinión.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRAN SALDÍVAR: Manifiestó adherirse a la opinión que le antecede, por los mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL DR. CARLOS A. ESCOBAR: En cuanto al RECURSO DE APELACIÓN: Me adhiero a los fundamentos del preopinante Dr. Carmelo Castiglioni, consecuentemente voto por la confirmación de la resolución recurrida.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, RESUELVE:

1. RECHAZAR, el recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR, el A.I. N° 2.168 de fecha 30 de diciembre de 2008, dictado

por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, de la Capital, por las razones expuestas en el exordio de esta resolución.

3. ANOTAR, registrar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 112

Cuestión debatida: *Se pretende ejecutar el contrato de tarjeta de crédito, el estado de cuenta y la cuenta corriente activada de una persona, lo que se analiza jurídicamente es si son o no títulos ejecutivos.*

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETA DE CRÉDITO.

El contrato de tarjeta de crédito no es título ejecutivo, pues no consta en el mismo la deuda que se reclama en autos y, al ser un contrato que solo regula las condiciones de funcionamiento de la tarjeta de crédito no es líquida y tampoco es exigible porque en dicho contrato no hace referencia al monto de la deuda reclamada y no puede existir título ejecutivo sin deuda. El contrato de tarjeta de crédito agregado como título ejecutivo es inhábil porque es insuficiente al no ser exigible.

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETA DE CRÉDITO. ESTADO DE CUENTA CORRIENTE.

El estado de cuenta corriente es inejecutable sin el cierre de cuenta.

El estado de cuenta no es título ejecutivo: el estado de cuenta no es título ejecutivo, porque no lo autoriza la ley y porque no reúne los caracteres de ejecutividad, por no ser exigible compulsivamente sin el cierre de cuenta. Además, no reúne los caracteres de ejecutividad al no ser líquida y no tener vencimiento: el vencimiento que refiere el estado de cuenta no es el vencimiento de la tarjeta de crédito.

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETA DE CRÉDITO. ESTADO DE CUENTA CORRIENTE.

El Art. 1393 del C.C., de cuenta corriente comercial y expresamente establece que es inejecutable. Además, el Banco no puede operar con tarjeta de crédito sin tener una cuenta corriente por lo que le impone el Art. 104 de la Ley de Bancos y si se optó cobrar la tarjeta de crédito por la cuenta corriente, ésta debe estar cerrada, para tener fuerza ejecutiva.

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETA DE CRÉDITO. ESTADO DE CUENTA CORRIENTE.

El Banco ejecutante puede optar entre iniciar la ejecución con los cupones de compra o por la cuenta corriente que lo operativiza, pero si opta por este último debe hacerlo por el certificado de cierre de cuenta, notificado al cliente, porque de lo contrario no tiene ejecutividad al no estar consolidada la cuenta, en los términos contables y porque así lo exige el Art. 104 de la Ley de Bancos. El ejecutante que es Banco no puede contrariar la ley de Bancos para crear títulos ejecutivos no previstos en la ley. El banco, ni nadie, pueden crear título ejecutivo fuera de la ley. El Estado de Cuenta no está autorizado por ley como título ejecutivo. Autorizar como título ejecutivo un Estado de Cuenta es contra legem porque solo la ley puede autorizar un título ejecutivo.

El estado de cuenta o extracto de cuenta corriente no es título ejecutivo, si es que no se cierra la cuenta corriente, porque así lo impone el Art. 92 de la Ley N° 861, Ley de Bancos. Debe cerrarse y notificarse el cierre de la cuenta corriente, para que haya ejecutividad.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 27/07/12. B. C. S.A.E.C.A. C/M. F.M.D. s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo". (Ac. y Sent. N° 112).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

¿SE DICTÓ ESTA CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: CARMELO A. CASTIGLIONI, LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR Y CARLOS A. ESCOBAR.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI, DIJO: El recurrente ha desistido expresamente del recurso de nulidad y no se observan vicios que condicionen a este Tribunal, a decretar de oficio la nulidad de la resolución, por lo que corresponde tener por desistido del presente recurso. Es mi voto.

A SUS TURNOS, los magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Carlos A. Escobar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI, PROSIGUIÓ DICIENDO: Por S.D. N° 772 del 21 de setiembre de 2011, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, en los autos mencionados, resolvió: rechazar la excepción de inhabilidad de título y llevar adelante la ejecución.

Que, el agravio de la parte apelante se basa en que los documentos agregados como títulos ejecutivos, no lo son. El contrato de tarjeta de crédito presentado como título ejecutivo es inhábil como título ejecutivo, porque es un contrato y el contrato solo excepcionalmente es ejecutivo y solo si se prepara la vía ejecutiva según el Art. 443 inc. "e" del C.P.C.

Efectivamente, en este caso particular, el contrato de tarjeta de crédito no es título ejecutivo, pues no consta en el mismo la deuda que se reclama en autos y, al ser un contrato que solo regula las condiciones de funcionamiento de la tarjeta de crédito no es líquida y tampoco es exigible porque en dicho contrato no hace referencia al monto de la deuda reclamada y no puede existir título ejecutivo sin deuda. El contrato de tarjeta de crédito agregado como título ejecutivo es inhábil porque es insuficiente al no ser exigible. En tanto que del Estado de Cuenta o extracto de cuenta corriente, utilizado como título ejecutivo, fojas 24 de autos, el apelante también le niega carácter ejecutivo y dice que debió presentar los cupones de compra.

El acreedor de un crédito por contrato de tarjeta de crédito, tiene dos vías para ejecutar su crédito.

I) Con la presentación de los cupones de compra, en cuyo caso es innecesario cerrar la cuenta corriente, pues lo que se ejecuta son las promesas de pago que consta en los cupones de compra y en donde debe obrar la firma del ejecutado, a cuyo efecto de llamarse a reconocimiento de firma que consta en el cupón para constituir título ejecutivo.

II) Pero, si el ejecutante opta por hacer valer la cuenta corriente en el que se operativiza la tarjeta de crédito, necesariamente debe ser cerrada la cuenta corriente y el Estado de Cuenta Corriente o Extracto de Cuenta no sirve para el efecto, por que éste solo muestra el movimiento de la cuenta corriente o sea es una referencia histórica del movimiento de cuenta y no un título ejecutivo. Según Sosa Ardite, citado en el libro “Derecho Bancario” de Torres Kirmser, Ríos Ávalos y Moreno Rufinelli, éste dice que: “LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPERACIÓN DE TARJETA DE CRÉDITO ES LA DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE”. Los connotados autores del libro mencionado dicen que: “DE LO RELATADO PUEDE APRECIARSE QUE LA OPERATIVA DE LA TARJETA DE CRÉDITO REÚNEN VARIOS DE LOS CARACTERES DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE, SIN EMBARGO, LA COMPLEJIDAD DE LA OPERACIÓN Y LA DIVERSIDAD DE LAS OPERACIONES ENVUELTAS HACEN QUE NO PUEDA CONSIDERARSE A LA OPERACIÓN LISA O LLANAMENTE COMO CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE”. Compartimos con los renombrados autores nacionales de que la naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito no es una cuenta corriente. Ello es obvio. Pero coincidimos con Sosa Ardite. Él no se refirió a la naturaleza de la tarjeta de crédito sino a la naturaleza de la operación de la tarjeta de crédito. No es que la naturaleza jurídica de la tarjeta sea una cuenta corriente sino que la operación o la operatividad de la misma son a través del contrato de cuenta corriente. Un contrato de Tarjeta de Crédito debe operativizarse necesariamente por cuenta corriente, porque debe tener necesariamente una cuenta contable y si el ejecutante optó por utilizar la cuenta corriente como vía de cobro compulsivo debe cerrar la cuenta o, de lo contrario, hubiera utilizado los cupones y, en cuyo caso no se requería del cierre de la cuenta. Los autores nacionales citados dicen que: “la operativa de la tarjeta reúne varios de los caracteres del contrato de cuenta corriente”. En realidad los contratos de tarjeta de crédito solo pueden operativizarse por cuenta corriente, porque todas las actividades bancarias deben operativizarse por una cuenta corriente bancaria, lo contrario es cambiar el régimen contable de los bancos, pues todas sus operaciones incluida la tarjeta de crédito debe tener un movimiento en cuenta corriente, no solo contable sino jurídicamente también. Es imposible que no lo tengan, porque al ser una entidad comercial debe asentar sus operaciones en cuenta corriente y cuando se utiliza el contrato de cuenta corriente que operativiza la tarjeta de crédito se rige por las reglas de la cuenta corriente. Es ineludible cerrar la cuenta corrien-

te, con el que el banco y el cliente del banco operan en tarjeta de crédito, pues el Art. 1393 del C.C., en forma expresa establece que: “POR EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE DOS CORRESPONSALES SE OBLIGAN A ANOTAR EN UNA CUENTA LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE RECÍPROCAS REMESAS, CONSIDERÁNDOSE INEJECUTABLE O INDISPONIBLES HASTA EL CIERRE DE LA CUENTA.

Según esta norma el Estado de Cuenta Corriente es INEJECUTABLE sin el cierre de cuenta.

EL ESTADO DE CUENTA NO ES TÍTULO EJECUTIVO: El estado de cuenta no es título ejecutivo, porque no lo autoriza la ley y porque no reúne los caracteres de ejecutividad, por no ser exigible compulsivamente sin el cierre de cuenta. Además, no reúne los caracteres de ejecutividad al no ser líquida y no tener vencimiento: El vencimiento que refiere el Estado de cuenta **NO ES EL VENCIMIENTO DE LA TARJETA DE CRÉDITO**. El vencimiento para que realice el pago dentro del movimiento, pero al ser refinanciable en forma automática, no es un vencimiento en el sentido estricto. O sea, el Estado de Cuenta no refiere el vencimiento para reclamar jurídicamente la deuda y dice la fecha en que debió realizarse el pago, pero su no pago no genera mora de reclamo, pues automáticamente se lo pasa al mes siguiente.

La cuenta corriente de la ejecutada es el N° 766053505 y, es la que se expresa en la historia contable del Estado de Cuenta, y la misma no fue cerrada y aún sigue operando, generando intereses y gastos administrativos, por lo tanto, no es una deuda líquida y exigible. Esto es contrario a la Ley de Bancos al cual como sujeto del derecho comercial bancario, el banco es sujeto del mismo y debe cumplirlo, pues en el Art. 92 de dicha Ley de Bancos se establece que para ejecutar una cuenta corriente bancaria debe estar cerrada previamente y notificado el cierre del mismo. El problema es que si no se cierra la cuenta corriente, esta sigue operando y generando aunque sea gastos administrativos, que la ejecutante llama gastos financieros e inclusive puede darse el caso que con posteridad el propio ejecutado pida el cierre del mismo. No puede ejecutarse una cuenta que está aún operando, por no estar cerrada. Puede incluso ocurrir que el ejecutado haga un depósito judicial y muchas otras variantes que permite la operatividad de la cuenta. Contablemente es errado hacer ejecutivo un Estado de Cuenta, pues contablemente debe pasar de una columna a otra entre el Debe y Haber, y, antes de ello, no puede hacerlo, porque es una cuenta activa. Pero

jurídicamente es imposible demandar un simple Estado de Cuenta o Extracto de Cuenta, por que ella es solo expresión o historia de una cuenta corriente que no está cerrada, y esto porque el usuario de la tarjeta de crédito, que ni siquiera existe constancia de que está bloqueada, puede seguir usando su tarjeta de crédito, al no estar cerrada la cuenta corriente y entonces, al estado de cuenta presentado como título ejecutivo le falta el requisito principal para ser título ejecutivo, y esto es ser una deuda líquida y no puede ser líquida al estar todavía en curso la tarjeta. Es esta la razón por la cual la ley exige el cierre de la cuenta. Al no ser líquida, por no estar cerrada la cuenta corriente, tampoco es exigible ejecutivamente. El contrato de cuenta corriente bancaria, Art. 1427 del C.C., establece que: se rige por el Art. 1393 del C.C., de cuenta corriente comercial y expresamente establece que es INEJECUTABLE. Además, el banco no puede operar con tarjeta de crédito sin tener una cuenta corriente, por lo que le impone el Art. 104 de la Ley de Bancos y si se optó cobrar la tarjeta de crédito por la cuenta corriente, esta debe estar cerrada, para tener fuerza ejecutiva.

EL EXTRACTO O ESTADO DE CUENTA CORRIENTE NO ES TÍTULO EJECUTIVO, PORQUE ES INEJECUTABLE POR IMPERIO DE LA LEY: El apelante tiene razón. El estado de cuenta o extracto de cuenta corriente no es título ejecutivo, si es que no se cierra la cuenta corriente, porque así lo impone el Art. 92 de la Ley N° 861, Ley de Bancos. Debe cerrarse y notificarse el cierre de la cuenta corriente, para que haya ejecutividad. El extracto de cuenta corriente es solo la expresión o la historia del movimiento de una cuenta corriente y, por tanto, se rige por las reglas de la cuenta corriente. El extracto de cuenta corriente no es título ejecutivo, porque no contiene una cuenta consolidada, al no estar cerrada la cuenta corriente y no ser líquida la cuenta que contiene el extracto o estado de cuenta, al estar sujeto todavía sujeto a variación del saldo y depender del banco y no del poder jurisdiccional. El Estado de Cuenta no es título ejecutivo, porque no existe una ley que le reconozca ese carácter y, además porque no es líquida y por tanto, no puede ser exigible y al no ser exigible no se adecua al Art. 439 del C.P.C. El Art. 439 del C.P.C., exige la condición de ser líquida y exigible. No es líquida porque no es una cuenta consolidada, al no estar cerrada y estar vigente el contrato, al no cerrarse la cuenta corriente ni siquiera bloquearse la tarjeta. El usuario de la tarjeta puede ir a hacer nuevas compras y variar su saldo. Por otro, lado los gastos administrativos, al no estar cerrada la cuenta continúa sujeto a variación. El Estado de Cuenta es un documento que

no es título ejecutivo porque no tiene fecha de vencimiento de la obligación; la fecha de vencimiento que refiere es la fecha de pago pero no del vencimiento de la obligación que solo puede producirse por el cierre cuando es de plazo indeterminado. Es totalmente descabellado y contrario al orden jurídico sostener que un documento que no tiene fuerza ejecutiva legal y es contrario a la ley, pues contraría al Art. 92 de la Ley de Bancos y al Art. 1393 del C.C., conforme al cual, la cuenta corriente, cuya expresión es el Estado de Cuenta, no esté cerrada.

Es cierto que el banco ejecutante puede optar entre iniciar la ejecución con los cupones de compra o por la cuenta corriente que lo operativiza, pero si opta por este último debe hacerlo por el certificado de cierre de cuenta, notificando al cliente, porque de lo contrario no tiene ejecutividad al no estar consolidada la cuenta, en los términos contables y porque así lo exige el Art. 104 de la Ley de Bancos. El ejecutante que es Banco no puede contrariar la Ley de Bancos para crear títulos ejecutivos no previstos en la ley. El banco, ni nadie, puede crear título ejecutivo fuera de la ley. El Estado de Cuenta no está autorizado por ley como título ejecutivo. Autorizar como título ejecutivo un Estado de Cuenta es contra legem porque solo la ley puede autorizar un título ejecutivo.

Por otro lado, el reconocimiento de deuda es inexistente al no darse cumplimiento al inc. e) del Art. 443 del C.P.C., al ser contrato un contrato bilateral y no haber jurado haber cumplido las obligaciones pactadas, consecuentemente. Existe la inhabilidad de título y debe revocarse la resolución recurrida, la S.D. N° 772 del 21 de setiembre del 2011 y, en su lugar, disponer hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título y, consecuentemente, no llevar adelante la ejecución.

Por lo manifestado precedentemente, y al no existir título ejecutivo, pues el Estado de Cuenta no lo es, ni tampoco lo es el contrato porque no hace mención a la deuda reclamada y en el mismo solo se establece las condiciones del contrato de tarjeta de crédito, entonces, la S.D. N° 772 del 21 de setiembre del 2011, debe ser revocada en todas sus partes, y en su lugar disponer hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título y no llevar adelante la ejecución. Es mi voto.

A SUS TURNOS, los magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Carlos A. Escobar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de

conformidad, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA,

RESUELVE:

1. TENER POR DESISTIDO, del recurso de nulidad.
2. REVOCAR, con costas, a la perdidosa, la S.D. N° 772 de fecha 21 de setiembre de 2011, dictada por la Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, de esta Capital y, en su lugar disponer hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título y, no llevar adelante la ejecución, por los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

3. ANOTAR, registrar, notificar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 113

Cuestión debatida: *Juicio de cobro de guaraníes sobre derechos de autor y conexos, en este caso música, expresa el agraviado que le obligan a pagar un canon por tener una música ambiental, por la cual pagando a la empresa que les provee de la misma. Que, a la que deberían cobrar, si es que corresponde hacerlo es a la radio o a la empresa que provee los servicios de música ambiental.*

LEY N°1.328/98. Derecho de Autor y Conexos. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación pasiva.

No se demostró que alguien haya pagado, pero en el caso que fuera así, el restaurante obtiene un provecho económico de este servicio de música ambiental al cobrar a su cliente por los servicios que le presta, en un lugar que es público. Si no lo cobra es una cuestión particular, pero al utilizar la obra ajena para dar mejor servicio a sus clientes es que ya está obteniendo un provecho del servicio de música ambiental y es una utilización indirecta.

LEY N°1.328/98. Derecho de Autor y Conexos. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación pasiva. SOCIEDAD DE GESTIÓN DE PRODUCTORES FONOGRAFICOS DEL PARAGUAY (SGP).

La sociedad de gestión es una entidad, que es la que demandó, representa a los productores y los titulares de derechos conexos, que en este caso son los artistas y a la titular del derecho de fonograma, para precautelar sus derechos morales y patrimoniales. El apelante habla de cobro indebido “ya que cobran dos veces”, no es así. En el caso que exista una proveedora de música ambiental, ésta ya estaría cobrando como organismo de radiodifusión, pero al proveer el servicio de música ambiental en su salón está obteniendo una ventaja económica indirecta, y, entonces, es que lo vuelve a utilizar para un provecho comercial, pues, forma parte del servicio del restaurante y, con lo cual, lo deja incurso en el Art. 27 de la Ley N° 1328/98 y es lo que se llama utilización secundaria, prevista en los artículos 124 y 128 de la Ley N° 1328/98, en el supuesto de que se haya pagado a una entidad de radiodifusión y se vuelva a utilizar el fonograma con fines comerciales, importa que la demandada, como restaurante no es un usuario final y obtiene un provecho económico.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 31/07/12. “Sociedad de Gestión de Productores Fonográficos del Paraguay (SGP) c/ T.S.A. s/ cobro de guaranes ordinario/indemnización de daños y perjuicios”. (Ac.y Sent. N° 113).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

¿SE DICTÓ ESTA CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: CARMELO A. CASTIGLIONI, LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR y CARLOS A. ESCOBAR.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI, DIJO: El recurrente ha desistido en forma expresa del recurso de nulidad contra la S.D. N° 783 de fecha 25 de octubre de 2011, al no observarse vicio alguno que obliguen a este Tribunal, a decretar de oficio la nulidad de la resolución, por los que corresponde tener por desistido del presente recurso. Es mi voto.

A SUS TURNOS los magistrados Linneo Ynsfran Saldívar y Carlos A. Escobar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI, PROSIGUIÓ DICHIENDO: Se agravia el apelante contra la S.D. N° 783 del 25 de octubre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, en el punto primero que fuera recurrido, resolvió hacer lugar a la demanda por uso de derecho de autor más el recargo del 100%, que promoviera la Sociedad de Gestión de Productos Fonográficos del Paraguay (SGP), en representación de sus mandantes legales o representados, contra Talleyrand S.A., condenando a esta última a pagar una suma de dinero más que sus intereses.

La parte apelante expone entre sus agravios cuestiones que ya no son atendibles en esta Instancia, al no haber promovido el incidente de nulidad sobre la notificación que ahora cuestiona. En la Sentencia recurrida el domicilio de la parte demandada no fue objeto de debate y tampoco ya puede ser en Alzada.

Otro punto cuestionado por el apelante es la parte que dice: “les obligan a pagarles un canon por tener una música ambiental, por la cual pagando a la empresa que les provee de la misma. Que, a la que deberían cobrar, si es que corresponde hacerlo es a la radio o a la empresa que provee los servicios de música ambiental. Que, estoy seguro que la actora les cobra y que también le cobraba a mi cliente, conforme consta en una Memoria de su Asamblea Anual”.

El tema a ser dilucidado es si la demanda, que es contra una empresa de servicio de restaurante, utiliza o no como ambientación de su salón de comedor el servicio de música ambiental, en donde están sus clientes. Sobre el punto cabe señalar, que la utilización del servicio que la demandada acepta que utiliza, no es consumidor final, pues los consumidores finales son los clientes del restaurant. O sea, el servicio de ambientación con música forma parte del servicio del restaurant. Y esto es una utilización secundaria de la música con fines comerciales. O sea, en el costo del restaurant debe figurar el uso de este servicio pero, si no lo hace, no puede perjudicar al autor de la música, a los titulares de derechos conexos, pues entre sus derechos patrimoniales está la de percibir un canon por la explotación comercial de su obra o la de los artistas, por sus actuaciones divulgadas, y, si es que ya cobro alguna emisora de la música, aun así debe pagar por la utilización secundaria de la misma. Si el servicio de ambien-

tación con música fuera para un consumidor final (por ejemplo, una casa particular), este consumidor final no tiene porque pagar por ello. Pues, como dice el apelante, la proveedora del servicio de música de ambientación, ya habría cobrado, pero no es el caso. No se demostró que alguien haya pagado, pero en el caso que fuera así, el restaurante obtiene un provecho económico de este servicio de música ambiental al cobrar a su cliente por los servicios que le presta, en un lugar que es público. Si no lo cobra es una cuestión particular, pero al utilizar la obra ajena para dar mejor servicio a sus clientes es que ya está obteniendo un provecho del servicio de música ambiental y es una utilización indirecta.

La sociedad de gestión es una entidad, que es la que demandó, representa a los productores y los titulares de derechos conexos, que en este caso son los artistas y a la titular del derecho de fonograma, para precautelar sus derechos morales y patrimoniales. El apelante habla de cobro indebido “ya que cobran dos veces”, no es así. En el caso que exista una proveedora de música ambiental, ésta ya estaría cobrando como organismo de radiodifusión, pero al proveer el servicio de música ambiental en su salón está obteniendo una ventaja económica indirecta, y, entonces, es que lo vuelve a utilizar para un provecho comercial, pues, forma parte del servicio del restaurante y, con lo cual, lo deja incurso en el Art. 27 de la Ley N° 1.328/98 y es lo que se llama utilización secundaria, prevista en los artículos 124 y 128 de la Ley N° 1.328/98, en el supuesto de que se haya pagado a una entidad de radiodifusión y se vuelva a utilizar el fonograma con fines comerciales, importa que la demandada, como restaurante no es un usuario final y obtiene un provecho económico. El usuario final es el cliente del restaurante ahora demandado, pero este último que es quien obtiene un provecho económico de esa ambientación musical, con lo cual se evidencia que no existe doble cobro por el mismo servicio. Este preopinante no encuentra ningún defecto que justifique revocar la S.D. N° 783 del 25 de octubre de 2011, pues se ha probado todos los requisitos para hacer viable la demanda y, debe ser confirmada, con costas, a la perdedora. Es mi voto.

A SUS TURNOS los magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Carlos A. Escobar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala,

RESUELVE:

1. TENER POR DESISTIDO, del recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 783 de fecha 25 de octubre de 2011, dictada por la juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, de esta Capital, por los argumentos y alcances expresadas en el exordio de la presente resolución.

3. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 121

Cuestión debatida: *Se estudia en Alzada, en sentido contrario al inferior; un Auto interlocutorio que no da lugar a una Acción puramente declarativa.*

ACCIÓN PURAMENTE DECLARATIVA. DEMANDA. Allanamiento a la demanda.

El juez no puede separarse del allanamiento si es que el mismo no justifica estar comprometido el orden público. En la resolución recurrida el juez no justificó haberse comprometido el orden público.(voto mayoría).

ACCIÓN PURAMENTE DECLARATIVA. DEMANDA. Allanamiento a la demanda.

Con la acción puramente declarativa no se crea un nuevo derecho sino más bien es testimonial de la existencia de un derecho. Solo se dice que existe y que se anota para que surta efecto contra terceros. (Voto mayoría).

ACCIÓN PURAMENTE DECLARATIVA. DEMANDA. Allanamiento a la demanda. COSTAS. Costas en el allanamiento.

Las costas, deben imponerse en el orden causado dado el allanamiento de ambas partes demandada.

ACCIÓN PURAMENTE DECLARATIVA. DEMANDA. Allanamiento a la demanda.

Ningún órgano judicial puede pronunciarse acerca de la vigencia de una resolución judicial recaída en otro juicio y dictada por otro órgano judicial. El concepto de “vigencia” parece dar a entender que lo resuelto en dicho auto interlocutorio no ha sido revocado o por una instancia superior, pero tal intención no necesita ni requiere de la promoción de una acción declarativa, cuyos presupuestos se encuentran claramente delimitados en el citado artículo 99 del CPC. El mismo órgano judicial que dictó el auto interlocutorio en cuestión el que debe resolver si dicho auto se anota o no en el Registro Público, decisión que dependerá, a su vez, de si dicha resolución se encuentra firme, o en autoridad de cosa juzgada por haber sido consentida, o confirmada si hubiese sido materia de recursos. Pero, no le corresponde a otro órgano judicial efectuar tal declaración ni anotación en los Registros Públicos. (Voto minoría).

Tapel. Civ. y Com. Quinta Sala. 20/08/12. E. J. L. M. c/ L.A. L.M. s/ Acción Puramente Declarativa y Solicitar Medida Judicial (Ac.y Sent. N° 121).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

¿SE DICTÓ ESTA CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: CARMELO A. CASTIGLIONI, CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA Y MARCOS RIERA HUNTER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CASTIGLIONI, EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD, DIJO: Este recurso fue sostenido en esta Instancia basado en el argumento de que hubo una extralimitación del Juzgador de la Instancia Inferior. Sin embargo, la referencia realizada por el mismo hace relación a los alcances de la existencia de la relación entre las partes referente al A.I. N° 512/94 dictada por el Juzgado de igual clase y jurisdicción del Décimo Turno, en los autos caratulados: “LUIS ALBERTO LIMA MORRA Y GRACIELA NOEMÍ MANZONI DE LIMA s/ DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL. La referencia no es una extralimitación

dado que solo es el argumento de lo que el A-quo entiende constituye el derecho. Y, entonces, no existiendo vicio que amerite la nulidad de oficio, corresponde rechazar el recurso de nulidad interpuesta, contra la S.D. N° 446 de fecha 21 de junio de 2010. Es mi voto.

A SU TURNO el magistrado Escobar Espínola, manifestó adherirse al voto del preopinante, por los mismos fundamentos.

ASU TURNO EL MAGISTRADO DR. RIERA HUNTER DIJO: A criterio de esta Magistratura no existen vicios o defectos en la sentencia en alzada que impongan la declaración de nulidad. No existen vicios procesales, ni violación del derecho de defensa, ni vicios formales o estructurales en la resolución dictada. Los argumentos relacionados por la parte recurrente para pedir la nulidad hacen relación con criterios jurídicos del Juzgado que dictó la resolución que, en el peor de los casos, solamente podrían configurar vicios in iudicando, susceptibles de ser reparados por la vía de la apelación.

En consecuencia, corresponde que el recurso de nulidad sea declarado desierto. ASI VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CASTIGLIONI, PROSIGUIÓ DICIENDO, EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN: Este recurso fue interpuesto, por la parte actora, contra la S.D. N° 446 de fecha 21 de junio de 2010, que rechaza la acción puramente declarativa en relación al A.I. N° 512/94, dictada por el Juzgado de igual clase y jurisdicción del Décimo Turno.

El apelante solicito como acción puramente declarativa, se declare la existencia del A.I. N° 512/94 dictada por el Juzgado de Igual clase y Jurisdicción del Décimo Turno en los caratulados “LUIS ALBERTO LIMA MORRA Y GRACIELA NOEMÍ MANZONI DE LIMA s/ DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL”. Dicha acción declarativa fue solicitado por el hijo de quienes disolvieron y liquidaron su comunidad conyugal y para lo cual lo hicieron basado en un acuerdo que fue homologado por la resolución cuya existencia pide se declare para que se anote el registro respectivo para que surta efecto contra tercero. No pidió que se varíe nada de dicha resolución sino que la declaración sea a los efectos de que se anote sobre una Finca en el Registro para que surta efecto contra terceros. Solo pidió que se declare la existencia de una relación jurídica. Pero debe ser agregado a esto que la parte demandada se allana expresamente. El juez no puede separarse del allanamiento si es que el mismo no justifica estar comprometido el orden público. En la resolución recurrida el juez no justificó haberse comprometido el orden público.

Sin embargo, el A-quo lo ha rechazado alegando que dicho acción debió pedirse en el juicio donde fue dictada la resolución y dijo que no puede disponerse usufructo por sentencia judicial y así hasta parecería que el A-quo tiene razón, pero éste no ha advertido que se trata de una persona diferente a quienes pidieron su disolución y liquidación de comunidad conyugal y que no se pidió la declaración de usufructo, como dice el Juzgado, sino de la existencia de lo acordado en una resolución ya firme. Si fueran las mismas partes quienes solicitaran la acción, el Juzgado tendría razón, pero, es quien no fue parte del juicio y que es el hijo de dicho matrimonio quien concurre a solicitar la existencia del A.I. N° 512/94, lo cual es aparentemente innecesario, pues es un instrumento público, sin embargo dicha existencia puede declararse a los efectos de la anotación de dicha resolución al margen de una de las fincas afectadas, pues siendo hijo del matrimonio cuya comunidad patrimonial se disolviera y liquidara, no existe inconveniente para admitir la acción puramente declarativa a los efectos de su anotación en el finquero de la Finca N° 24.067 del Distrito de San Roque y atención a que las partes de allanaron. La acción puramente declarativa deviene procedente cuando existe un tercero, las partes se allanaron a la pretensión de la actora. Cabe señalar que no se declara ningún usufructo ni nada. Solo se declara que existe dicha resolución y que se anota a los efectos de garantizar los derechos y obligaciones de quienes lo firmaron con relación al solicitante. Cabe señalar que con la acción puramente declarativa no se crea un nuevo derecho sino más bien es testimonial de la existencia de un derecho. No se quita ni se agrega nada al A.I. N° 512/94 dictada por el Juzgado de Igual clase y Jurisdicción del Décimo Turno en los caratulados: “Luis Alberto Lima Morra y Graciela Noemí Manzoni De Lima s/ Disolucion y Liquidacion de la Comunidad Conyugal. Solo se dice que existe y que se anota para que surta efecto contra terceros.

Dado el allanamiento expreso, no existe ninguna dificultad para declarar la existencia de dicha resolución judicial y su anotación en la Finca N° 24.067 del Distrito de San Roque. En ese sentido debe revocarse la S.D. N° 446 de fecha 21 de junio de 2010 y, en su lugar, disponer hacer lugar a la acción puramente declarativa en el sentido de declarar la existencia del A.I. N° 512/94 dictada por el Juzgado de igual clase y jurisdicción del Décimo Turno en los caratulados: “Luis Alberto Lima Morra y Graciela Noemí Manzoni De Lima s/ Disolucion y Liquidacion de la comunidad Conyugal, en relación a la Finca N° 24.067 del

Distrito de San Roque y, se proceda la anotación al margen de dicho inmueble en el Registro General de la Propiedad y dejando expresa constancia que no se varía la resolución mencionada, ni su alcance jurídico y es al solo efecto de precautelar los derechos que constan en la misma en relación al inmueble señalado. Para el cumplimiento de esta resolución debe librarse el oficio pertinente una vez firme y ejecutoriada esta resolución. Las costas, deben imponerse en el orden causado dado el allanamiento de ambas partes demandada. Es mi voto.

A SU TURNO el magistrado Escobar Espínola, manifestó adherirse al voto del preopinante, por los mismos fundamentos.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: La peculiar demanda de acción declarativa, por la cual se pretende que la Magistratura Judicial declare la vigencia de un auto interlocutorio recaído en otro juicio y, consecuentemente, se disponga la anotación de su contenido en el Registro Público, pese al allanamiento formulado por las partes demandadas en la instancia inferior, deviene improcedente. Ello es así por cuanto que la acción declarativa, legislada en el artículo 99 del CPC, tiene por finalidad solamente dos objetivos: 1) la declaración de la existencia o no existencia de una relación jurídica; 2) la declaración de autenticidad o falsedad de un documento. Ningún otro objetivo puede ser pretendido por medio de la acción declarativa.

En la especie, la pretensión no se adecua a los presupuestos legales porque la parte accionante no pretende ninguna de las finalidades precedentemente indicadas, sino que pretende, conforme sus propias manifestaciones, que se declare la “vigencia del acuerdo que ha sido homologado por el A.I. N° 512/94, específicamente lo relacionado con el ítem 2, y, además, que se disponga la anotación en los Registros Públicos. Es decir, no se pretende que se declare la existencia de una relación jurídica entre las partes, y tampoco se pretende que se declare la autenticidad o falsedad de un documento, sino que se introduce una pretensión distinta orientada a que un órgano jurisdiccional declare que un auto interlocutorio, dictado por otro órgano jurisdiccional, en otro juicio, se encuentra vigente en cuanto a lo resuelto en su contenido. Ningún órgano judicial puede pronunciarse acerca de la vigencia de una resolución judicial recaída en otro juicio y dictada por otro órgano judicial. El concepto de “vigencia” parece dar a entender que lo resuelto en dicho auto interlocutorio no ha sido revocado o invalidado por una instancia superior, pero tal intención no necesita ni requiere de la promoción de una acción declarativa, cuyos presupuestos se encuentran

claramente delimitados en el citado artículo 99 del CPC. Es, como lo sostuvo el juez de Primera Instancia, el mismo órgano judicial que dictó el auto interlocutorio en cuestión el que debe resolver si dicho auto se anota o no en el Registro Público, decisión que dependerá, a su vez, de si dicha resolución se encuentra firme, o en autoridad de cosa juzgada por haber sido consentida, o confirmada si hubiese sido materia de recursos. Pero, no le corresponde a otro órgano judicial efectuar tal declaración ni anotación en los Registros Públicos.

La circunstancia de que en la instancia inferior se haya producido el allanamiento de las partes en litigio no compromete, en absoluto, el pronunciamiento judicial en este caso por cuanto que lo pretendido por la parte actora, si bien en su aspecto de fondo hace relación con derechos privados, la pretensión se orienta a lograr un comportamiento jurisdiccional ajena a la competencia del Juez, por lo que la decisión del mismo de desestimar la acción promovida resulta correcta jurídicamente.

Por lo expuesto, corresponde que el Tribunal confirme la sentencia apelada, imponiendo las costas en el orden causado en atención a que la parte demandada se allanó oportuna e incondicionalmente a la pretensión en la instancia inferior. ASÍ VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo 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 sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, RESUELVE:

1. DECLARAR DESIERTO, el recurso de nulidad.

2. REVOCAR, la S.D. N° 446 de fecha 21 de junio de 2010, y; en su lugar disponer hacer lugar a la acción puramente declarativa promovida por el señor Eduardo Javier Lima M., en el sentido de declarar la existencia del A.I. N° 512/94 dictada por el Juzgado de Igual clase y Jurisdicción del Décimo Turno en los caratulados: “Luis Alberto Lima Morra y Graciela Noemí Manzoni De Lima s/ Disolución y Liquidación de la Comunidad Conyugal”, en relación a la Finca N° 24.067 del Distrito de San Roque y se proceda la anotación al margen de dicho inmueble en el Registro General de la Propiedad y dejando expresa constancia que no se varía la resolución mencionada y, es al solo efecto de precautelar los derechos que constan en la misma, en relación al inmueble señalado.

3. LÍBRASE oficio para su cumplimiento una vez firme y ejecutoriada esta resolución. Las costas, en el orden causado.

4. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 131

Cuestión debatida: *La cuestión debatida en autos versa sobre si efectivamente se produjo la prescripción de la deuda contraída por la compraventa del inmueble, según boleta de compraventa agregada y si corresponde compeler al vendedor la obligación de hacer escritura pública de dicha transferencia. En contrapartida, esta pretensión del demandado reconviniendo quien solicita la resolución del contrato de compraventa, por el incumplimiento del pago de las cuotas correspondientes.*

CONTRATO. Pacto comisorio. PRUEBA. Carga de la prueba.

En lo referente a la reconvención planteada por resolución del contrato, prevista en el Art. 725 del Código Civil, el reconviniendo se funda en el pacto comisorio previsto por las partes en la cláusula 8ª, disponiendo que la falta de pago de seis cuotas consecutivas produciría la caducidad de dicho contrato. No obstante, esta pretensión debe ser probada en autos, pues el reconviniendo pretende que el contrato sea resuelto en virtud de dicha cláusula sin haber probado efectivamente el incumplimiento por parte del comprador y, como sabemos, el demandante reconviniendo posee la carga de la prueba. En contrapartida, el comprador probó que pagó más del 25% de la prestación acordada, por ello como las partes acordaron esto el vendedor sólo tendría la acción de cumplimiento del contrato y no la de resolución del mismo. En base a estas consideraciones se debe concluir que es acertada la determinación de rechazar la reconvención por improcedente. (Voto minoría).

CONTRATO. Interpretación del contrato. Contrato bilateral.

Desde luego no puede prescribirse el precio de la compraventa y no prescribir la compra del inmueble dado que esta en un mismo contrato y no puede

dividirse la obligación bilateral, haciendo prescribir solo la parte del precio no pagado y, a cambio pedir la escrituración. No puede unilateralmente convertirse una obligación bilateral, donde existen prestaciones y contraprestaciones, en una unilateral. O prescribe todo o no prescribe nada.

CONTRATO. Pacto comisorio. Interpretación del contrato. Contrato bilateral. MORA. Mora del deudor. PRUEBA. Carga de la prueba.

Para escriturar antes de pagar la totalidad debió otorgarse una garantía hipotecaria, según la cláusula quinta del contrato, pero el demandante no ofreció garantizar el pago de lo adeudado. Solo quiere escriturar. Por otro lado, no demostró ningún pago, pues los pagos solo se demuestran con recibos y en este caso con la libreta de pago del fraccionamiento. Dice que se consignó judicialmente el pago, pero el mismo demandante que afirma haber hecho la consignación de pago, dice que se declaró la caducidad de instancia de dicho juicio pero no se demostró que se haya retirado el precio consignado por el demandado. Está demostrado el pago de la cuota inicial y, con eso, está demostrada la mora y a partir del atraso de seis meses que es mucho más pues están todos vencidos los plazos y, se resuelve el contrato, por el pacto comisorio expreso pactado en la cláusula octava del contrato de compraventa. El demandante solo demostró la entrega del pago inicial, y, entonces, quedó comprobada la mora del comprador, y corresponde declarar la resolución del contrato, por incumplimiento de pago, consecuentemente corresponde acoger la demanda reconvencional, dado que la carga de la prueba del pago del precio es del comprador.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 31/08/12. “B.A. c/ J.C. G. s/ Obligación de Hacer Escritura Pública”. (Ac. y Sent. N° 131).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

¿SE DICTÓ ESTA CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR, CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA y CARMELO CASTIGLIONI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR DIJO: El recurso de nulidad fue interpuesto tanto por

la parte actora como por la parte demandada a través de los escritos agregados a fs. 133 y 138/140, respectivamente. Sin embargo no fueron fundamentados ante esta instancia y del análisis de oficio realizado no se han encontrado vicios u omisiones que ameriten la declaración de nulidad de oficio, debiendo en consecuencia declararse desierto el recurso de nulidad. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA Y CARMELO CASTIGLIONI: Manifiestan que se adhieren al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR DIJO: El inferior resolvió no hacer lugar a la demanda de prescripción de deuda y obligación de hacer escritura pública promovida por Bruno Achucarro contra Jorge Claro González, y desestimar la demanda reconvenzional de resolución de contrato promovida por Jorge Claro González por improcedente, imponiendo las costas en el orden causado. (fs. 117/119).

Ante esta instancia presenta el escrito de expresión de agravios la parte actora a fs. 133, expresando entre otras cosas lo siguiente: “*QUE, a estar por los condicionamientos del art. 661 inc. e) el plazo de prescripción es de 10 años, tiempo que efectivamente ha transcurrido con exceso, y conforme surge del boleto de compra-venta agregado a fs. 5 de autos, se entiende que la obligación constituida en dicha instrumental, conforme lo he solicitado al promover la demanda, debe el Juzgado pronunciarse favorablemente, pues lo reconoce en el texto, el plazo ha vencido con exceso. Que he probado suficientemente en autos mi intención de pagar la deuda contraída en la adquisición de la propiedad que habito junto a mi familia, y este hecho es también reconocido por el Juzgado...*” (sic. fs. 133). Al referirse a la demanda de obligación de hacer escritura pública manifiesta cuanto sigue: “*Que, habiendo quedada prescripta la deuda, lo más justo y lo lógico es que la demanda de obligación de hacer escritura pública prospere y sea resuelta favorablemente, pues es mi derecho acceder al título de la propiedad que he adquirido y habito desde hace prácticamente más de veinte años en compañía de mi familia, habiendo demostrado durante todo ese tiempo la voluntad de cumplir con mi parte del contrato*” (sic. fs. 133 vlto). En base a estas consideraciones, solicita que se revoque el primer apartado de la resolución recurrida, haciendo lugar a sus pretensiones.

La abogada Ma. Teresa Zaracho de Paredes al contestar a la apelante refuta las alegaciones y, expresa: “*Del análisis del boleto de compra venta obrante a*

fs. 5 de autos, se puede constatar que se trata de un contrato privado de compra venta de inmueble de cumplimiento a plazos, específicamente a 110 cuotas; este fue suscrito en fecha 07 de Abril de 1989 que viene a ser la fecha de inicio del cumplimiento de la obligación, siendo el 10 de julio de 1998 la fecha en que se debía cancelar la deuda y con ello la finalización del contrato; consecuentemente esta fecha (10 de julio de 1998) debe ser el punto de partida del cual comienza a correr el plazo de prescripción, conforme lo establece el Art. 635 ultima parte del C.P.C. (...) Dicho plazo de prescripción iniciado el 10 de julio de 1998 fue interrumpido en fecha 18 de marzo de 2004 con el inicio de la presente demanda (fs. 12) o en su defecto el día 30 de julio de 2004, (cédula de notificación fs. 15)” (sic. fs. 136). Por último, afirma que la intención de pago del actor no es suficiente para el cumplimiento del contrato, por lo cual solicita se confirme el primer apartado de la resolución recurrida.

Igualmente la parte demandada, al expresar agravios en el escrito agregado a fs. 138/140 y dice: *“Por tanto, a la luz de las probanzas de autos, surge con evidente claridad que el señor BRUNO ACHUCARRO no ha acreditado el pago de por lo menos el 25% de las cuotas dejando de pagarlas las demás restantes produciéndose de dicho modo la caducidad del contrato de compraventa del inmueble individualizado como Lote N° 09 de la manzana III e individualizado como Finca N° 16.974 del distrito de Luque, tal como se halla previsto en la Clausula 8ª. Por lo que solicito que V.V.EE. que previos trámites de rigor, dicten resolución revocando el numeral 2) de la sentencia apelada, haciendo lugar a la resolución del contrato promovida por Jorge Claro González contra Bruno Achucarro, con costas” (sic. fs. 140).*

Por A.I. N° 349, de fecha 20 de mayo de 2010, este Tribunal dio por decaído el derecho que tenía el actor Bruno Achucarro de contestar traslado del escrito de expresión de agravios.

La cuestión debatida en autos versa sobre si efectivamente se produjo la prescripción de la deuda contraída por la compraventa del inmueble individualizado como Lote N° 9, Manzana III, con Cta. Cte. Catastral N° 27-1532-08, según boleta de compraventa agregada a fs. 5 y, si corresponde compeler al vendedor la obligación de hacer escritura pública de dicha transferencia. En contrapartida, esta pretensión del demandado reconviniendo quien solicita la resolución del contrato de compraventa, por el incumplimiento del pago de las cuotas correspondientes.

En lo referente a la prescripción de la deuda, tenemos que el actor solicita la prescripción de la deuda alegando que hasta la fecha transcurrió el plazo previsto en el Art. 659 inc. e) de diez años, contando a partir de la celebración del contrato, en fecha 7 de Abril de 1989. No obstante, surge del escrito de demanda que el vencimiento de la última cuota de la prestación fue acordada el 10 de Julio de 1998. Es sabido que el cómputo del plazo para que se produzca la prescripción debe iniciarse desde el vencimiento de la obligación (art. 635 del C.C.), es decir, desde el año 1998, tal como lo afirma el actor. La demanda fue instaurada el 18 de marzo de 2004 (fs. 12), evidentemente sin que haya transcurrido el plazo de diez años exigidos por ley.

En base a lo puntualizado, esta Alzada entiende que debe ser confirmada la decisión del inferior de rechazar la demanda por prescripción de la deuda.

En lo referente a la demanda de obligación de hacer escritura pública, esta pretensión fue rechazada por el A-quo, basando su decisión en el Art. 719 del C.C., que dispone la imposibilidad de exigir el cumplimiento del contrato por una de las partes, si no probare el cumplimiento del mismo o el ofrecimiento de cumplir sus obligaciones. Como prueba de este cumplimiento o su ofrecimiento, el actor presentó las constancias del juicio de pago por consignación iniciado contra el hoy demandado, el cual finalizó por caducidad de la instancia (fs. 6). A pesar de ello, a fs. 55 obra el informe del Banco Central del Paraguay donde consta el depósito realizado por Bruno Achucarro en la cuenta judicial del referido juicio de pago por consignación contra Jorge Claro González, por la suma de Guaraníes Un Millon Cuatrocientos Noventa Mil (Gs. 1.490.000).

Del análisis de la resolución recurrida surge que, el inferior realiza el razonamiento de que el juicio de pago por consignación no cumplió su principal objetivo, el de obligar al demandado a aceptar el pago por parte del actor, por haber finalizado por caducidad de la instancia, en consecuencia no admite como cumplida la prestación. Sin embargo, al mismo tiempo el inferior manifiesta que el pago del casi 50% de la prestación por parte del comprador, impide la procedencia de la reconvencción, es decir, la demanda de resolución del contrato instaurada por el vendedor, Jorge Claro González. A la luz de este análisis, consideramos que se incurrió en una contradicción, pues por un lado toma en cuenta el pago de la suma supra referida como fundamento para rechazar la resolución del contrato, de conformidad a la cláusula 8° del contrato, donde se dispone que luego del pago del 25% de la prestación, el vendedor sólo contará

con la acción de cumplimiento de contrato. Por otro lado, se obvia lo que establece la cláusula 5° del mismo acuerdo, que establece que toda vez que se haya abonado el 25% de la prestación, el comprador podrá exigir al vendedor la escritura traslativa de dominio. Como se sabe, en materia contractual no podemos apartarnos de lo que preceptua el Art. 715 del C.C.

En consecuencia ante dos pretensiones contrapuestas, debemos recurrir al análisis de las pruebas arrimadas por las partes y así vemos que durante la tramitación del proceso a fs. 58/59 obran los informes remitidos por el Banco Central en los cuales consta el depósito realizado por el actor a favor del demandado. Ésta constituye la prueba principal para demostrar que se cumplió la condición establecida en la cláusula 5ª del contrato, y con ello poder exigir al vendedor que se formalice la escritura traslativa de dominio, probanza que no consta haya sido destruida por el demandado.

Al probarse el pago del 25% del precio estipulado, corresponde que se revoque la decisión del inferior, y en consecuencia, se haga lugar a la demanda de obligación de hacer escritura pública, instaurada por Bruno Achucarro contra Jorge Claro González.

En lo referente a la reconvencción planteada por resolución del contrato, prevista en el Art. 725 del Código Civil, el reconviniente se funda en el pacto comisorio previsto por las partes en la cláusula 8ª, disponiendo que la falta de pago de seis cuotas consecutivas produciría la caducidad de dicho contrato. No obstante, esta pretensión debe ser probada en autos, pues el reconviniente pretende que el contrato sea resuelto en virtud de dicha cláusula sin haber probado efectivamente el incumplimiento por parte del comprador y, como sabemos, el demandante reconviniente posee la carga de la prueba. En contrapartida, el comprador probó que pagó más del 25% de la prestación acordada, por ello como las partes acordaron esto el vendedor sólo tendría la acción de cumplimiento del contrato y no la de resolución del mismo. En base a estas consideraciones se debe concluir que es acertada la determinación de rechazar la reconvencción por improcedente.

Finalmente y por las explicitaciones dadas, este Tribunal considera que corresponde revocar parcialmente el primer apartado de la resolución recurrida, haciendo lugar a la demanda de obligación de hacer escritura pública y, en consecuencia, emplazar al demandado a que otorgue la escritura traslativa de dominio a favor del actor, en el plazo de 10 (diez) días de encontrarse firme y

ejecutoriada esta resolución, bajo apercibimiento de que el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Luque otorgará la correspondiente escritura pública, a su nombre e igualmente corresponde confirmar el segundo apartado de la misma resolución, imponiendo las costas a la perdedora. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL MIEMBRO CASTIGLIONI manifiesta: Que el recurso de apelación lo fue contra la S.D. N° 643 de fecha 20 de agosto de 2009, que, en el porter aparatado, no hace lugar a la demanda de prescripción de la deuda y obligación de hacer escritura pública. En el segundo apartado tampoco hace lugar a la demanda reconventional de resolución de contrato promovida por el demandado. Ambas partes son apelantes.

Corresponde atender primeramente los agravios de la parte apelante. Esta solicita la prescripción del precio de la venta adeudado por el inmueble y, a cambio, solicita se le escriture la compra sin pagar el precio. Desde luego no puede prescribirse el precio de la compraventa y no prescribir la compra del inmueble dado que esta en un mismo contrato y no puede dividirse la obligación bilateral, haciendo prescribir solo la parte del precio no pagado y, a cambio pedir la escrituración. No puede unilateralmente convertirse una obligación bilateral, donde existen prestaciones y contraprestaciones, en una unilateral. O prescribe todo o no prescribe nada. Fundado en este breve argumento cabe decir que no cabe la demanda instaurada dado que es un despropósito. Desde el mismo momento que el demandante dice adeudar por el inmueble, entonces es por eso que quiere prescribir la deuda, y ya no puede solicitar la escrituración de su precio, sin pagar la totalidad de la deuda del precio de la compraventa. Para escriturar antes de pagar la totalidad debió otorgarse una garantía hipotecaria, según la cláusula quinta del contrato, pero el demandante no ofreció garantizar el pago de lo adeudado. Solo quiere escriturar. Por otro lado, no demostró ningún pago, pues los pagos solo se demuestran con recibos y en este caso con la libreta de pago del fraccionamiento. Dice que se consignó judicialmente el pago, pero el mismo demandante que afirma haber hecho la consignación de pago, dice que se declaró la caducidad de instancia de dicho juicio pero no se demostró que se haya retirado el precio consignado por el demandado. Por el contrario, existe un informe del Banco Central, a fojas 58 de autos donde se acredita la suma de G. 1.490.000 en la cuenta judicial y existe un debito por el mismo importe por cheque judicial . Lo que no esta demostrado es que ese cheque judicial se haya

librado al señor Jorge C. González , pues el mismo accionante lo pudo haber retirado al caducar el juicio, considerando que caducó el juicio y eso nos dice que no se dictó sentencia definitiva y antes de la sentencia definitiva no pudo haber retirado el demandado , por lo tanto solo está demostrado el pago de la cuota inicial y, con eso, está demostrado la mora y a partir del atraso de seis meses que es mucho más pues están todos vencidos los plazos y, se resuelve el contrato, por el pacto comisorio expreso pactado en la cláusula octava del contrato de compraventa. El demandante solo demostró la entrega del pago inicial, y, entonces, quedó comprobada la mora del comprador, y corresponde declarar la resolución del contrato, por incumplimiento de pago, consecuentemente corresponde acoger la demanda reconvenzional, dado que la carga de la prueba del pago del precio es del comprador y por tanto, debe confirmarse el primer punto de la demanda y revocar el segundo punto y, en su lugar disponer hacer lugar la demanda de reconvenzional y tener por resuelto el contrato de compraventa. Costas a la perdidosa.

A SU TURNO EL MIEMBRO ESCOBAR ESPINOLA: Manifiesta que se adhiere al voto del magistrado Carmelo Castiglioni por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, RESUELVE

1. DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto.
2. CONFIRMAR, el primer apartado de la S.D. N° 643 de fecha 20 de agosto del 2009, dictada por el juez de Primera Instancia, en lo Civil, Comercial y Laboral de Luque.
3. REVOCAR, el segundo apartado de la misma resolución y, en su lugar disponer hacer lugar la demanda de reconvenzional y tener por resuelto el contrato de compraventa.
4. IMPONER, las costas a la perdidosa.
5. ANOTAR, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 133

Cuestión debatida: *En cuanto a la excepción de inhabilidad de título, fundado en que el cheque no fue presentado en el plazo de 30 días y tampoco se realizó el protesto ni los avisos.*

CHEQUE. Protesto del cheque. ACCIÓN CAMBIARIA.

En relación del beneficiario con el girado es una relación que deriva de la ley. Al respecto de la excepción de inhabilidad debe quedar claro que la acción cambiaria tiene dos vías. La acción directa, que se da solo contra el librador o su avalista y que no requiere de realización de protesto, pues lo directo significa que no está sujeto a ninguna formalidad y ésto se funda en el Art. 1710 del C. C., por el cual el librador no puede auto exonerarse de responsabilidad y menos fundado en la falta de protesto. El protesto solo se da en función a la acción cambiaria regresiva, pero contra el librador se inicio acción cambiaria directa, por lo tanto, el accionante no debía realizar ningún protesto ni aviso, para legitimarse en la acción.

CHEQUE. Protesto del cheque. ACCIÓN CAMBIARIA.

En cuanto al argumento de que el cheque no fue presentado dentro del plazo de 30 días al girado, cabe decir que ese hecho no perjudica la acción directa ejecutiva, pues la fuente obligacional en esta línea de relación jurídica es la promesa de pago del librador y la misma es irrevocable es por eso que el Art. 1742 del C. C. en su segundo párrafo dispone.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 05/09/12. “E. C. M. T. c/ S. A. S.A. s/ ACCIÓN PREPARATORIA DE JUICIO EJECUTIVO”.- (Ac. y Sent. N° 133).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

¿SE DICTÓ ESTA CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: CARMELO A. CASTIGLIONI, LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR, y CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA.

EL MAGISTRADO CARMELO A. CASTIGLIONI, EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD, DIJO: El recurso de nulidad fue expresamente desis-

tido y siendo que en la revisión realizada de oficio, de conformidad impone la ley, no se constata vicio alguno que justifique anularlo, entonces, corresponde tenerlo por desistido. Es mi voto.

ASUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR Y CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA: Manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

EL MAGISTRADO CARMELO A. CASTIGLIONI, EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN, DIJO: Este recurso, interpuesto por las partes, ha sido contra la S.D. N° 378 de fecha 27 de mayo de 2011 por la que se resuelve en el primer apartado rechazar la excepción de inhabilidad de título opuesta por S. A. S.A. y, en su lugar, dispone llevar adelante, con costas, la ejecución promovida E. C. M. T. contra la ejecutada S. A. S.A.

Que, el apelante, S. A. S.A., expone sus argumentos sobre el rechazo de la excepción de inhabilidad de título fundado en que el cheque, base de la ejecución, no fue presentado al girado dentro del plazo de treinta días y que tampoco se realizó el protesto como tampoco se les aviso a los endosantes. Con estos argumentos se funda el pedido de revocatoria de la excepción de inhabilidad de título, además de cuestionar el origen de la deuda. El fondo de la cuestión no puede ser considerado atendiendo que el Art. 1508 del Código Civil, expresamente establece que EL DEUDOR PUEDE Oponer al poseedor del título las excepciones personales relativas a este (...) que se funden en el concepto literal del título". Esto quiere decir, a contrario sensu, que las excepciones que no se funden en el concepto literal del título, en este caso lo que está escrito en el cheque, no tiene cabida en los títulos de crédito.

En cuanto a la excepción de inhabilidad de título, fundado en que el cheque no fue presentado en el plazo de 30 días y tampoco se realizó el protesto ni los avisos.

Al respecto cabe decir que el cheque es un título de crédito instrumentado en una orden de pago al banco y que, como tal, contiene tres relaciones jurídicas. La relación jurídica del librador con el banco es la orden de pago que se rige por las reglas del mandato. La relación jurídica del librador con el beneficiario del cheque es una promesa de pago que cuando es circulatoria es un título de crédito.

Y en relación del beneficiario con el girado es una relación que deriva de la ley. Hecha estas aclaraciones y al respecto de la excepción de inhabilidad debe

quedar claro que la acción cambiaria tiene dos vías. La acción directa, que se da solo contra el librador o su avalista y que no requiere de realización de protesto, pues lo directo significa que no esta sujeto a ninguna formalidad y esto se funda en el Art. 1710 del C. C., por el cual el librador no puede auto exonerarse de responsabilidad y menos fundado en la falta de protesto. El protesto solo se da en función a la acción cambiaria regresiva, pero contra el librador se inicio acción cambiaria directa, por lo tanto, el accionante no debía realizar ningún protesto ni aviso, para legitimarse en la acción. En cuanto al argumento de que el cheque no fue presentado dentro del plazo de 30 días al girado, cabe decir que ese hecho no perjudica la acción directa ejecutiva, pues la fuente obligacional en esta línea de relación jurídica es la promesa de pago del librador y la misma es irrevocable es por eso que el Art. 1742 del C. C. en su segundo párrafo dispone que “EL PORTADOR CONSERVA SUS DERECHOS CONTRA EL LIBRADOR, AUNQUE EL CHEQUE NO HAYA SIDO PRESENTADO OPORTUNAMENTE, O NO SE HAYA REALIZADO EL PROTESTO O LA COMPROBACIÓN EQUIVALENTE”. Esta norma es bastante clara y de la misma cabe inferir que la falta de presentación oportuna en el plazo de 30 días solo perjudica la acción regresiva pero no la acción directa. Que siendo así solo cabe confirmar, con costas a la parte apelante, la S. D. N° 378 de fecha 27 de mayo de 2011. Es mi voto.

ASUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR Y CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA: Manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo 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 sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, RESUELVE:

- 1°) TENER POR DESISTIDO, el recurso de nulidad,
- 2°) CONFIRMAR, con costas, S.D. N° 378 de fecha 27 de mayo de 2011, por las razones y alcances expresadas en el exordio.
- 3°) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Carlos A. Escobar Espínola, Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfrán Saldívar.

Ante mí: Abog. Federico Miller Telechea, Actuario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N°136

Cuestión debatida: *Un crédito contra el Estado, se estudia la existencia del mismo, y el sujeto pasivo para el cobro del mismo.*

ESTADO. Personalidad jurídica. PODER EJECUTIVO. Procuraduría General de la República. LEY. Irretroactividad de la Ley.

Al decir que el Estado pagará significa que la deuda ya era del Estado Paraguayo y no del Servicio Forestal Nacional. La mora del Estado Paraguayo ya se produjo después del 17 de setiembre del 2006, pero todavía no existía la Ley N° 3.464/2008, consecuentemente, no existe la falta de acción alegada por la Procuraduría General de la República, en representación del Estado Paraguayo y que, además, al no negar la deuda reclamada, pues el certificado mencionado ya es un título ejecutorio una vez realizado el reclamo al Ministerio de Hacienda, conforme consta que se hizo hace que no pueda aplicarse el Art. 24 de la Ley 3.464/2008, porque la ley no puede tener efecto retroactivo, por imperio de la propia Constitución y el Código Civil, en su Art. 2. Al no negarse la deuda, entonces debe acogerse la demanda en contra del Estado Paraguayo representado por la Procuraduría General de la República, pues al no ser negada y constar en un instrumento público, hace plena fe los instrumentos creditorios agregados y debe hacerse lugar a la demanda promovida

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 06/09/12. L. B. DE M. c/ E. P. s/ cobro de guaraníes ordinario". (Ac. y Sent. N° 136).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

¿SE DICTÓ ESTA CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: CARMELO A. CASTIGLIONI, LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR Y CARLOS A. ESCOBAR E.

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI, DIJO: Todas las partes intervinientes en el juicio, presentaron el recurso de nulidad.

La parte actora no ha sostenido su recurso de nulidad ante esta instancia.

Que, el abogado Emilio Daniel Ferreira en representación de su mandante, del Ministerio de Agricultura y Ganadería ha fundamentado el recurso de nulidad respecto de las costas, pero esta no es la vía procesal.

Que, la representante de la Procuraduría General de la República por la vía del recurso de nulidad pretende que se imponga en el orden causado, pero este recurso no es la vía recursiva autorizada. Por otra parte, no se observan vicios que obliguen a este Tribunal, a decretar de oficio la nulidad de la resolución, por lo que corresponde rechazar el presente recurso. Es mi voto.

A SUS TURNOS, los magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Carlos A. Escobar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI, PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la S.D. N° 612 de fecha 04 de agosto del 2011, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, resolvió

1) Hacer lugar a las excepciones de falta de acción promovida por la Procuraduría General de la República en representación del Estado Paraguayo y del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

2) No hacer lugar a la demanda promovida por la señora Lucila Elena Benza de Martinessi contra el Estado Paraguayo, representando al Ministerio de Hacienda, y contra el Ministerio de Agricultura y de Ganadería, por improcedente, de conformidad a la Ley 3.464/08.

El hecho que motiva la demanda es el cobro de sendos certificados de aprobación de forestación y reforestación forestal, autorizados por la ley como incentivos de esta actividad, y emitidos por la Dirección del Servicio Forestal Nacional y, por los cuales se reconocen sendos créditos en cada certificado, como bonificaciones derivadas de la plantación de varias hectáreas de especies exóticas en el inmueble de la accionante y que, por la ley vigente en ese entonces, el Estado Paraguayo se comprometía a pagar a través del Ministerio de Hacienda, según los artículos 7, 8, 9 y 10 de la Ley N° 536/95. Estos certificados fueron emitidos en fecha once de agosto de un mil novecientos noventa y nueve. El problema planteado deviene en que el reclamo formal de pago se realizó recién el 17 de agosto de 2006, ante el Ministerio de Hacienda, y, entonces, antes la no respuesta a dicho pedido, la accionante presentó la presente demanda en fecha 11 de julio de 2008. Sin embargo, en fecha 21 de mayo de 2008, se publicó en la

gaceta oficial, la Ley N° 3464/2008 convirtiéndose en Ley de la Republica al día siguiente de dicha fecha, y por la cual quedaba derogaba la Ley N° 536/95. Esta Ley crea la institución llamada INFONA que sustituye al Servicio Forestal Nacional que es una dependencia del Ministerio Agricultura y Ganadería. En resumen el A-quo sostiene que la demanda debió dirigirse con esta institución.

Sin embargo, el problema para llegar a esa conclusión, deviene de la mala interpretación del Art. 18 de la Ley 3464/08, en el que se dispone que: “EL INFONA QUEDA SUBROGADO EN TODOS LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL SERVICIO FORESTAL NACIONAL, DEPENDIENTE DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA, PARA TODOS LOS EFECTOS ELGALES”. Así también en el Art. 24 de la misma Ley, se estatuye textualmente que: “TRANSFIÉRASE AL INFONA TODOS LOS (.....) DERECHOS Y OBLIGACIONES CORRESPONDIENTES A LA FECHA DE PROMULGACIÓN DE LA PRESENTE LEY AL SERVICIO FORESTAL NACIONAL DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA”. El fundamento del juzgador para rechazar la demanda fue la de acoger la falta de acción fundado en que es el INFONA es quien debe pagar y a quien debe reclamarse el pago por la subrogación legal.

El agravio del demandante se sostiene en que, cuando realizó el reclamo del pago al Ministerio de Hacienda en fecha 17 de agosto de 2006, conforme consta a fojas 11,12, y 13 de autos, aun no existía el INFONA y, entonces, no era quien debía pagar la deuda prevista en esos Certificados sino debió hacerlo el Ministerio de Hacienda como lo disponía el Art. 7, 8, 9 y 10 de la Ley 536/95, entonces vigente.

Por el mencionado Art. 18 de la Ley 3.464/08, el INFONA queda subrogado en los derechos patrimoniales, los cuales comprenden el activo y pasivo de dicha institución subrogada que el Servicio Forestal Nacional. En la misma en el Art. 24 se dispone que se transfiera a INFONA las obligaciones del Servicio Forestal Nacional. De la lectura de estas normas surge la gran pregunta de si esos certificados eran obligaciones a cargo del Servicio Forestal Nacional o pasaban a cargo del Estado Paraguayo. Si las obligaciones reclamadas eran a cargo del Servicio Forestal Nacional es obvio que la falta de acción es procedente. Pero sucede que cuando nació la obligación, o sea los certificados cuyos pagos ahora se reclama, no era a cargo del Servicio Forestal Nacional ni del Ministerio de Agricultura sino era a cargo del Estado Paraguayo a través del Ministerio de

Hacienda. El A-quo cometió un error de interpretación de la norma aplicada. Pues, el Art. 7 de la Ley 536/95 enfáticamente dispone que: **EL ESTADO DESDE LA VIGENCIA DE LA PRESENTE LEY BONIFICARÁ (.....) POR UNA SOLA VEZ CADA SUPERFICIE....**”. Se refiere al Estado Paraguayo. Entonces debe entenderse que cuando se emitió el Certificado de Aprobación de conformidad a la Ley 536/95, era el Estado Paraguayo, no el Ministerio de Hacienda, quien debía pagar por dichos certificados. Si esto se entiende así, significa que los Certificados cuyos pagos se reclaman eran directamente a cargo del Estado Paraguayo y que entonces no integraba el patrimonio del Servicio Forestal Nacional, ni tampoco era obligación a cargo del Servicio Forestal Nacional, por lo tanto, si el deudor era el Estado Paraguayo, según la Ley vigente, entonces, la nueva ley no puede transferir como subrogación al Infona la deuda que no era a cargo del Servicio Nacional Forestal y que, ya entonces, definitivamente era a cargo del Estado Paraguayo. En el Art. 24 de la Ley 3464, se estatuye que: **“TRANSFIÉRASE AL INFONA TODOS LOS (.....) DERECHOS Y OBLIGACIONES CORRESPONDIENTES A LA FECHA DE PROMULGACIÓN DE LA PRESENTE LEY AL SERVICIO FORESTAL NACIONAL DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA”**. No dice la ley que se transferirá las deudas del Estado Paraguayo al INFONA. Dice solo las del Servicio Forestal Nacional. Y aunque el Servicio Nacional Forestal solo sea una dependencia del Ministerio de Agricultura y no un órgano estatal autárquico, lo cual significa que la deuda reclamada estaba a cargo directo del Estado Paraguayo, razón por la cual, no puede entenderse, que el Certificado reclamado sea una deuda del Servicio Nacional Forestal sino que es una deuda directa del Estado Paraguayo a partir de haberse emitido el Certificado por el Servicio Forestal Nacional. La Ley 536/95, pone a cargo del Estado Paraguayo el pago de dicho Certificado y, entonces, ni siquiera cuando se demandó ya era un derecho en expectativa sino un derecho ejercido, pues se realizó el reclamo formal al Ministerio de Hacienda estando vigente la Ley 536/95, que ponía a cargo del Estado Paraguayo, el pago de dichos Certificados de aprobación de incentivos por forestación. La nueva Ley no dice que la subrogación legal afecte a estos Certificados emitidos por el Servicio Forestal Nacional, pues estos certificados no integraban el patrimonio del Servicio Forestal Nacional, sino directamente del Estado Paraguayo, pues el Art. 10 de la Ley N° 536/95, todavía no derogada en ese entonces cuando se reclamo su pago, establecía que: **“EL MINISTERIO DE HACIENDA PAGARÁ**

LOS CERTIFICADOS DE FORESTACIÓN Y REFORESTACIÓN EN UN PLAZO NO MAYOR DE 30 DÍAS CONTADOS DESDE SU PRESENTACIÓN. LA DEMORA GENERARÁ A FAVOR DEL FORESTADOR Y REFORESTADOR UN INTERÉS EQUIVALENTE AL INTERÉS CORRIENTE DE PLAZA PARA EL DESCUENTO BANCARIO...”. Al decir que el Estado pagará significa que la deuda ya era del Estado Paraguayo y no del Servicio Forestal Nacional. La mora del Estado Paraguayo ya se produjo después del 17 de setiembre del 2006, pero todavía no existía la Ley N° 3.464/2008, consecuentemente, no existe la falta de acción alegada por la Procuraduría General de la Republica, en representación del Estado Paraguayo y que, además, al no negar la deuda reclamada, pues el certificado mencionado ya es un título ejecutorio una vez realizado el reclamo al Ministerio de Hacienda, conforme consta que se hizo, hace que no pueda aplicarse el Art. 24 de la Ley 3.464/2008, porque la ley no puede tener efecto retroactivo, por imperio de la propia Constitución y el Código Civil, en su Art. 2. Al no negarse la deuda, entonces debe acogerse la demanda en contra el Estado Paraguayo representado por la Procuraduría General de la República, pues al no ser negada y constar en un instrumento público hace plena fe los instrumentos creditorios agregados y debe hacerse lugar a la demanda promovida por la señora Lucila Elena Benza de Martinessi contra el Estado Paraguayo y, consecuentemente declararse el derecho al cobro y condenar al pago de la suma reclamada en el escrito inicial, con sus intereses y costas, a cargo del Estado Paraguayo. No obstante corresponde confirmar la resolución en la parte que da acogimiento a la falta de acción y al rechazo de la demanda, a favor del Ministerio de Agricultura y Ganadería, pues, siendo ésta una Secretaría del Estado y lo cual lo hace parte del Estado Paraguayo, hace que no tenga personería propia sino a través del Poder ejecutivo como Gobierno Central y, ya está representado por la Procuraduría General de la República. De esto se entiende que no se puede acoger la demanda en contra de ésta porque hacerlo significará doble pago y eso no corresponde, por tanto, no ha lugar a la demanda promovida contra el Ministerio de Agricultura. Las costas en el orden causado, dado que la representante del Ministerio de Agricultura no hizo valer esta defensa y se aplica de oficio por los fundamentos expuestos.

Por las razones; y fundamentos dados precedentemente, este Magistrado, entiende que la resolución recurrida, la S.D. N° 612 de fecha 4 de agosto del año 2011, debe ser revocada parcialmente en todas aquellas partes en que acoge la

falta de acción promovida por Lucila Elena Benza de Martinessi, contra el Estado Paraguayo y que también rechaza la demanda promovida contra el Estado Paraguayo y, en su lugar, hacer lugar a la demanda promovida por la señora Lucila Elena Benza de Martinessi contra el Estado Paraguayo y, consecuentemente, declarar el derecho al cobro y, condenar al pago de la suma reclamada en el escrito inicial, con sus intereses a partir de la mora legal, mas las costas, a cargo del Estado Paraguayo. Confirmar la resolución en la parte que hace lugar a falta de acción promovida por el ministerio de Agricultura y Ganadería y el rechazo de la demanda en contra de esta Secretaría de Estado, pero por los fundamentos dados mas arriba. Las costas, en este caso, en el orden causado. Ya no corresponde atender el agravio de la Procuraduría por la forma en que fueron resueltos los otros puntos de revocación. Es mi voto.

A SUS TURNOS, los Magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Carlos A. Escobar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, RESUELVE:

1. NO HACER LUGAR, al recurso de nulidad.

2. REVOCAR PARCIALMENTE, la S.D. N° 612 de fecha 4 de agosto de 2011, en todas las partes, en que acoge la falta de acción promovida por el Estado Paraguayo y, la parte que rechaza la demanda promovida por la señora Lucila Elena Benza de Martinessi, contra el Estado Paraguayo y, en su lugar, hacer lugar a la demanda promovida por Lucila Elena Benza de Martinessi, contra el Estado Paraguayo y, consecuentemente, declararse el derecho al cobro y condenar al pago de la suma reclamada en el escrito inicial de demanda, con sus intereses a partir de la mora legal y costas, a cargo del Estado Paraguayo, por los argumentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

3. CONFIRMAR, la S.D. N° 612 de fecha 4 de agosto de 2011, en la parte que hace lugar a la falta de acción promovida por el ministerio de Agricultura y Ganadería y el rechazo de la demanda promovida en contra de esta Secretaría de Estado, pero por los fundamentos dados mas arriba. Las costas, en este punto, en el orden causado.

4. ANOTAR, registrar, notificar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán.
Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 140

Cuestión debatida: *Se analiza la indemnización por daños y perjuicios, por accidente por mordedura de perro.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño causado por el dueño o guardián de la cosa. Animal feroz. Responsabilidad objetiva. TEORÍA DEL RIESGO CREADO.

La teoría del riesgo creado hace que la objetividad del daño sea suficiente para hacer responsable al dueño sin necesidad de culpa, pues el hecho de estar en la casa del mismo no lo exculpa de responsabilidad, pues la responsabilidad, la ley, pone a cargo del guardián jurídico del animal por el solo hecho de ser un animal feroz. Es el dueño del animal feroz quien debe extremar cuidado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño causado por el dueño o guardián de la cosa. Animal feroz. Responsabilidad objetiva. TEORÍA DEL RIESGO CREADO.

El Art. 1854 C.C. cuando se trata de animal feroz, porque es un perro bravo reconocido por el propio demandado en su escrito de contestación de la demanda, pone a su cargo la responsabilidad por el solo hecho de ser feroz y ocasionar daño, pues el tener un animal con ferocidad, pone a cargo de su guardián jurídico el “deber de no dañar a los demás” y que es la conducta antijurídica y en la teoría de la responsabilidad objetiva o sin culpa solo debe demostrarse el daño y que ya está reconocida por el propio demandado en su propio escrito de contestación. El factor de atribución en la responsabilidad objetiva es totalmente indiferente si es que se produjo el daño. O sea, el demandado debe responder del daño por el solo hecho de haber provocado el animal que está bajo su guarda.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño emergente.

Daño emergente reclamado, al estar comprobado que el demandado pagó ciertos gastos y al no estar comprobado fehacientemente lo restante, no ha lugar lo solicitado. Sin embargo

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

El lucro cesante, debe pagarse pues está probado que siendo el mismo vendedor de quinielas o juegos de azar, y no tener una remuneración fija, más el hecho de no trabajar treinta días en las que tuvo de reposo obligado por la enfermedad, según certificado médico.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral.

Sin embargo, el daño moral surge de hecho al ser atacado por animal feroz y corresponde resarcirlo.. El hecho de producir una afección de miedo o de terror cuando es atacado por un animal feroz es evidente que ese hecho ocasiona una afección de índole emocional que debe ser resarcido y la suma de cinco millones es lo justo para reparar el daño extramatrimonial como daño moral.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 13/09/12. “ M. C. A. c/ C. A. s/ indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 140).

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 resultó el siguiente orden de votación: YNSFRÁN SALDÍVAR, CASTIGLIONI y ESCOBAR ESPÍNOLA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO YNSFRÁN SALDÍVAR DIJO: El recurrente interpuso este recurso en la instancia inferior, pero en esta instancia a fs. 103/104 no lo fundamenta. No obstante ello, este Tribunal procedió a analizar de oficio el fallo y al no existir vicios u omisiones que ameriten la declaración de la nulidad de oficio de la resolución recurrida, corresponde declarar desierto el recurso. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS CASTIGLIONI y ESCOBAR ESPÍNOLA: Manifiestan que se adhieren al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO YNSFRÁN SALDÍVAR DIJO: El A-quo resolvió no hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por Mario Cubilla Arrúa contra César Eugenio Alfonso, en base a las consideraciones expuestas en el exordio de la sentencia apelada (fs. 97/99).

Al agraviarle esta decisión, el Sr. Mario Cubilla Arrúa, bajo patrocinio del abogado Juan Cubilla R., presentó el escrito de expresión de agravios ante esta instancia, obrante a fs. 103/104, donde manifiesta que se siente agraviado por varios puntos resueltos en la sentencia, entre ellos que el A-quo consideró que el perro de raza «Rottweiler» es un animal doméstico y manso, encuadrándolo dentro del Art. 1853. Por otro lado, expresa que las pruebas testificales carecen de validez considerando las contradicciones en que cayeron los testigos. Pues bien, afirma que la responsabilidad del dueño del animal que lo atacó se encuentra probada, por lo que solicita que la sentencia sea revocada, admitiendo la demanda promovida por él.

La otra parte contesta el traslado refutando las afirmaciones del apelante en cuanto se refiere al animal como no doméstico, y afirma que al existir convivencia con los dueños es considerado doméstico y, por ende, aplicable el Art. 1854 del C.C. Así también, asevera que las pruebas testificales no fueron impugnadas en el debido momento procesal, por lo que poseen total validez en autos. Solicita entonces, que la resolución sea confirmada considerando que el actor no pudo probar con certeza sus pretensiones.

Del análisis de la resolución recurrida, tenemos que la A-quo fundamentó su decisión de rechazar la demanda en base a los siguientes argumentos, en primer lugar afirma que el perro propiedad del actor se trata de un animal “doméstico o amansado” y, por tanto, se aplica el Art. 1853 del C.C. Dicho artículo dispone la responsabilidad del dueño del animal por los daños causados por el mismo, no obstante ello, la inferior manifiesta que en autos se ha probado la culpa de demandante, quien ingresó a la vivienda donde se encontraba el perro sin previo aviso. Y agrega que a pesar de que el actor alega que los dueños del perro no le asistieron luego del accidente, las pruebas diligenciadas demuestran lo contrario.

El Art. 1853 dispone: *“El propietario de un animal, o quien se sirve de él, durante el tiempo que lo tiene en uso, es responsable de los daños ocasionados por el animal, sea que estuviese bajo su custodia, o se hubiese escapado o extraviado, si no probase caso fortuito, o culpa de la víctima o de un tercero”*. De la lectura del artículo vemos que la norma responsabiliza al dueño del animal por los daños que el mismo ocasionare, salvo los casos eximentes de culpa, por caso fortuito o por culpa de la víctima o un tercero. Este caso no trata de ningún evento fortuito, sino más bien la demanda fue desestimada por la supuesta culpa de la víctima en el momento del accidente.

Ahora bien, en este tipo de casos se produce la inversión de la carga de la prueba, pues el demandado, es decir, el dueño del animal que ocasionó el accidente, debe probar que dicho accidente fue resultado de la culpa de la víctima. Entrando al análisis de las pruebas presentadas tenemos que, tal como lo afirma la inferior, los testigos presentados por el demandado afirman que el actor ingresó a la casa del demandado sin el debido cuidado y en conocimiento de la existencia del perro de la familia. Al respecto doctrinarios afirman lo siguiente, sobre un caso similar: *“Pero, por otra parte, el hecho de la víctima sí es causal de exoneración. Así, no es responsable el propietario de un perro que al momento de verificarse el evento dañoso se hallaba en un patio atado a una cadena, puesto que la causa exclusiva del daño derivado de la mordida del animal fue el hecho de la víctima, una niña que había entrado al patio no obstante la prohibición establecida por los propietarios”*(Código Civil Paraguayo Comentado. Editorial La Ley. Págs. 1212/1213). Entonces, al comprobarse que el actor no actuó con el debido cuidado incurrió en la excepción prevista en el artículo citado.

Por otro lado, el demandado también probó que asistió a la víctima con los gastos del accidente. Pues bien, en base a lo expuesto, este Tribunal considera que la decisión del inferior se ajusta a derecho y, por ende, la resolución debe ser confirmada en todas sus partes.

En lo que respecta a las costas, esta Alzada considera acertada la decisión del inferior de imponerlas en el orden causado y, en vista de que el apelante efectivamente sufrió un daño, corresponde imponer las costas en esta instancia en el orden causado (Art. 193 del C.P.C.). ES MI VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO CASTIGLIONI DICE: Que el recurso de apelación fue contra la S.D. N° 523 de fecha 25 de junio de 2009, dictado por el Juzgado de el Juzgado de la Justicia Letrada del 5° Turno, en los autos arriba señalado y por la que se rechaza la demanda por daños y perjuicios reclamado como consecuencia del ataque de un animal de la especie canina de la raza Rood Weiller, y que le ocasionara mordeduras al accionante. Las partes están de acuerdo en que en lo de la mordedura del perro al demandante. Pero no están de acuerdo sobre la hora en que ocurrió y tampoco en el como ocurrió el hecho.

La defensa del demandado fundamentalmente de basó en que la culpa de lo ocurrido ha sido porque el demandante se introdujo en la casa sin su permiso. Sin embargo, de la descripción de ambas partes, se deduce que el demandante habitualmente siempre a guardaba su bicicleta en la casa del demandado en

donde estaba el perro. Era conocido de la casa. No obstante, si aplicamos el Art. 1853 del C.C. para resolver el caso, si bien admite la teoría del riesgo creado, tiene como causa de exculpación la culpa de la víctima y, entonces, si fuera cualquier animal se aplicaría esta norma. Si el perro fuese de una raza diferente a la Rood Weiller, incluso cabría la defensa alegada por el demandado en el sentido de hacerle participar de la culpa, pues el ámbito de permisión de dicha norma es más abierta. Sin embargo la responsabilidad por animales tiene dos normas en el Código Civil. El daño ocasionado por los animales en general y la norma aplicable cuando el animal que tiene ferocidad.

El Art. 1854 C.C. que dispone “EL DAÑO CAUSADO POR UN ANIMAL FERROZ, SERÁ SIEMPRE IMPUTABLE AL DUEÑO O GUARDIÁN, AUNQUE NO LE HUBIESE SIDO POSIBLE EVITAR EL DAÑO, Y AUNQUE EL ANIMAL SE HUBIESE SOLTADO SIN CULPA DE ELLOS”. La raza canina Rood Weiller es un animal feroz y feroz significa que actúa con fiereza y crueldad y eso es un hecho notorio por los antecedentes de esta raza y que no necesita ser demostrada la ferocidad del mismo, por lo tanto le resulta aplicable el Art. 1854 C.C. y no el Art. 1853 C.C. La teoría del riesgo creado está concebida en su máxima expresión con los animales feroces, y la ferocidad del animal fue un hecho alegado por el propio demandado al referirse como “perro asesino”. La parte demandante, al agregar la fotografía de la casa con un cartel que dice “¡CUIDADO PERRO BRAVO!”, es que reconoce la ferocidad del perro. El mismo demandante agrega la fotografía del perro con el que se comprueba que es Rood Weiler. La teoría del riesgo creado hace que la objetividad del daño sea suficiente para hacer responsable al dueño sin necesidad de culpa, pues el hecho de estar en la casa del mismo no lo exculpa de responsabilidad pues la responsabilidad, la ley, pone a cargo del guardián jurídico del animal por el solo hecho de ser un animal feroz. Es el dueño del animal feroz quien debe extremar cuidado. En la declaración testifical de fojas 73 de autos del señor María Eduvigis Escurra este manifestó que el demandado, a la pregunta de cuál es la ocupación del demandante, este contestó: “Y YO CONOZCO QUE ÉL SIEMPRE HACÍA JUEGOS DE AZAR (QUINIOLA) PORQUE SU VECINA”. El testigo Néstor Esteban González Meza también sostiene que que “SE DEDICA A LA VENTA DE JUEGO DE AZAR” y este es el mecánico referido en el escrito de contestación de la demanda. El otro testigo también de la parte demandada dijo lo mismo. O sea el demandante es un vecino del lugar conocido por el vecindario

y además cuando entró a la casa estaba el mecánico, lo cual nos dice que no entró el demandado en forma subrepticia.

El Art. 1854 C. C. cuando se trata de animal feroz, porque es un perro bravo reconocido por el propio demandado en su escrito de contestación de la demanda, pone a su cargo la responsabilidad por el solo hecho de ser feroz y ocasionar daño, pues el tener un animal con ferocidad, pone a cargo de su guardián jurídico el “deber de no dañar a los demás” y que es la conducta antijurídica y en la teoría de la responsabilidad objetiva o sin culpa solo debe demostrarse el daño y que ya esta reconocida por el propio demandado en su propio escrito de contestación. El factor de atribución en la responsabilidad objetiva es totalmente indiferente si es que se produjo el daño. O sea el demandado debe responder del daño por el solo hecho de haber provocado el animal que esta bajo su guarda.

En cuanto al daño emergente reclamado, al estar comprobado que el demandado pago cierto gastos y al no está comprobado fehacientemente lo restante, no ha lugar lo solicitado. Sin embargo el lucro cesante, debe pagarse pues esta probado que siendo el mismo vendedor de quinielas o juegos de azar, y no tener una remuneración fija, mas el hecho de no trabajar treinta días en las que tuvo de reposo obligado por la enfermedad, según certificado médico obrante a fojas 5 de autos, corresponde aplicar el jornal mínimo diario de G. 63.778 por treinta días y suma G. 1. 913.000 (guaraníes un millón novecientos trece mil) en concepto de lucro cesante. Sin embargo no puede darse mas de lo que se solicito en el escrito inicial de demanda en este rubro y que alcanza la suma de G. 1.219.800 (G....) y la suma máxima que debe resarcirse en este rubro.

Sin embargo, el daño moral surge de hecho al ser atacado por animal feroz y corresponde resarcirlo en la suma de 5.000.000. El hecho de producir una afección de miedo o de terror cuando es atacado por un animal feroz es evidente que ese hecho ocasiona una afección de índole emocional que debe ser resarcido y la suma de cinco millones es lo justo para reparar el daño extramatrimonial como daño moral.

Por lo expuesto corresponde revocar la S.D. N° 523 de fecha 25 de junio de 2009, y, en su lugar, hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios ocasionado por la mordedura de animal feroz, en la suma total de G. 6.219. 800. Las costas de ambas instancias a la perdidosa. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO ESCOBAR ESPÍNOLA: Manifiesta que se adhiere al voto del Dr. Castiglioni, por los mismos fundamentos.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, RESUELVE:

1. DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto.

2. REVOCAR, la S.D. N° 523 de fecha 25 de Junio de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda por daños y perjuicios por la suma de GUARANÍES SEIS MILLONES DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS (Gs. 6.219.800), por las razones dadas en el exordio de este fallo.

3. IMPONER las costas en ambas instancias a la perdidosa.

4. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO N° 151

Cuestión debatida: *Se analiza la posibilidad de adquirir, vía usucapión, tierras pertenecientes a la hidroeléctrica Itaipú.*

ESTADO. Bienes del dominio privado. USUCAPIÓN.

La falta de acción es obvia. La Entidad Binacional Itaipú es un ente autónomo de derecho público y, por ende, las tierras que están bajo su área de influencia no pueden ser objeto de usucapión. Así lo dispone el Art. 1993 del C.C. al establecer que las tierras del dominio privado (...) de los entes autónomos del Derecho Público no pueden ser adquiridas por usucapión. Desde luego, al crearse la franja de seguridad de las tierras bajo el área de influencia de la represa, hace que la misma naturaleza de la ley que creó la Entidad binacional, haga que dichas tierras no puedan ser adquiridas por usucapión, dado que ni siquiera pueden ser vendidas ni cedidas. Admitir lo contrario sería someter a la nada las leyes que crean áreas de influencia previstas para proteger a la represa, tanto en lo ambiental como la seguridad y otros, amparada por leyes de carácter internacional. Existen muchos otros fundamentos pero en lo esencial es que la seguridad de la represa no puede estar sometida a este tipo de desmembramien-

to de dicha área de influencia marcada por la ley internacional, no en forma caprichosa, sino a los efectos de precautelar la seguridad de la represa.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 25/09/12. “Entidad Itaipú Binacional c/ M.S. Q. s/ Reivindicación”. (Ac.y Sent. N° 151).

Previo estudio del antecedente 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 resultó el siguiente orden de votación: CARLOS A. ESCOBAR ESPÍNOLA, CARMELO A. CASTIGLIONI Y LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO CARLOS A. ESCOBAR ESPÍNOLA DIJO: Solicita el recurrente la nulidad de la Sentencia recurrida manifestando que “*Mi parte deja a criterio de este Excmo. Tribunal el juzgamiento de las formas extrínsecas de la resolución recurrida y su declaración de nulidad, si así correspondiere a derecho. En el numeral 2 de la S.D. N° 34, de fecha 9 de febrero de 2012, la juzgadora de Primera Instancia había hecho efectivo el apercibimiento decretado por providencia de fecha 10 de setiembre de 2010, en sentido de tener por confeso a los esposos Mary Stella Quiñónez y Emilio Cristaldo del pliego de posiciones presentado. Sin embargo, las notificaciones cursadas a los mismos habían sido realizadas en contravención de las disposiciones en el artículo 149 del Código Procesal Civil, denunciadas por mi parte, conforme al escrito y copia de la notificación cursada en fecha 30 de noviembre de 2010, a fs. 467 de autos, por lo que el numeral 2 de la sentencia recurrida resulta nula y así solicito sea declarada con costas*”. Al respecto, es claro que ha precluido el plazo para dicha incidencia que no fue recurrida por el nulidicente en tiempo oportuno.

Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la sentencia dictada en autos, conforme lo disponen los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Habiendo dejado el nulidicente a criterio del Tribunal el juzgamiento del recurso corresponde rechazar el mismo. Es mi voto.

A SUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS CARMELO A. CASTIGLIONI Y

LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR, manifestaron adherirse a la opinión precedente, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO CARLOS A. ESCOBAR ESPÍNOLA DIJO: El abogado Vicente René Riveros, representante de la Sra. Mary Stella Quiñónez, interpuso recurso de apelación contra la S.D. N° 34 de fecha 9 de febrero de 2012 (fs. 524/537), dictada por la juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, a través de la cual se resolvió: *“HACER LUGAR a la excepción de falta de acción opuesta por el abogado Raúl Torres en representación de la ENTIDAD ITAIPÚ BINACIONAL y, en consecuencia RECHAZAR, con costas la demanda de usucapión promovida por la señora MARY STELLA QUIÑÓNEZ. HACER EFECTIVO EL APERCIBIMIENTO, decretado por providencia de fecha 10 de noviembre de 2010, y en consecuencia tener por confesa a la demandada MARY STELLA QUIÑÓNEZ, a tenor del pliego de posiciones glosado a fs. 462 de autos, y de la misma manera tener por confeso al esposo de la demandada EMILIO CRISTALDO a tenor del pliego de posiciones glosado a fs. 461 de autos. HACER LUGAR, con costas a la demanda de REIVINDICACIÓN,...///... ..///... promovida por el abogado Raúl Alberto Torres Ferreira, en representación de la ENTIDAD ITAIPÚ BINACIONAL, contra la Sra. MARY STELLA QUIÑÓNEZ, conforme a los términos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia CONDENAR a la parte demandada a desocupar la a fracción de propiedad identificada como Zona 1, Finca N° 8.514 de Hernandarias, Zona Tati Yupi, específicamente Fincas N° 238 de 20 has. y Finca N° 227 de 4 has, de Itakyry, unificadas en la Finca N° 8.514 de Hernandarias, ubicada en el interior de la Poligonal Envolvente de Embalse de la Represa de Itaipú Binacional, en el término de veinte días hábiles de quedar firme la presente resolución, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciere se ordenará el lanzamiento por la fuerza pública”.*

Sostiene el recurrente en su memorial de fs. 545/547, que: *“LA S.D. N° 34 de fecha 9 de febrero de 2012, agravia a mi parte porque, amén de rechazar la demanda instaurada por mi parte, da lugar a un enriquecimiento ilícito a favor de la adversa, en una interpretación errónea de la ley que declara de utilidad pública los inmuebles aledaños al proyecto de la represa de Itaipú. La Sra. Mary Stella Quiñónez promovió juicio ordinario contra la Entidad Binacional Itaipú por prescripción adquisitiva de dominio, motivado en una larga, pública y pa-*

cífica posesión de dos fracciones de terreno debidamente individualizadas en el escrito de demanda, apoyando su pretensión conforme a los documentos, obrantes a fs. 1/154, del expediente traído a la vista de la ciudad de Hernandarias, de fecha anterior al proceso de reivindicación promovido por la Entidad Binacional Itaipú contra mi representada por reivindicación y que fueran acumuladas para su tramitación conjunta. La parte demandada había contestado la acción negando los derechos alegados por mi parte, así como restando valor a los documentos presentados. La Entidad promovió demanda ordinaria de reivindicación de inmueble en contra la Sra. Mary Stella Quiñónez de Cristaldo alegando que la misma era ocupante ilícita y dolosa que no tenía derecho a reclamo alguno sobre las fracciones de los inmuebles ocupados. Cabe acotar que el proceso incoado por la ocasional adversa por reivindicación ha sido promovido en fecha 15 de febrero de 2008 y admitido por el Juzgado por proveído de fecha 18 de febrero de 2008. Que la sentencia recurrida no se limita solo a rechazar la demanda de usucapión planteada por mi parte, hace lugar a la demanda de reivindicación planteada por la adversa y deja sentada en el considerando de la resolución recurrida que no puede solicitarse la indemnización de mejoras introducidas con posterioridad a la promulgación de la Ley 752/ 79, conforme a lo reglado en el art. 6 de la citada ley”.

“Que de conformidad al espíritu de la ley y de su redacción se desprende que la misma no puede aplicarse a mi parte. La ley ya no se encuentra vigente pues, la misma fue dictada a los efectos de declarar área de utilidad pública y la indemnización de sus propietarios registrales. El espíritu de la ley era evitar que los propietarios registrales de los inmuebles siguieran introduciendo mejoras y pretender una mayor indemnización. La situación de mi parte es bien diferente. Mi parte ha entrado a ocupar un inmueble abandonado, sin oposición de ninguna laya y con el correr del tiempo ha ido introduciendo numerosas mejoras en el inmueble y sentar un antecedente negativo sobre su derecho a percibir por las mejoras introducidas en beneficio del inmueble (reforestación) carece de sentido y es contrario a derecho, pues da pie al enriquecimiento ilícito, prohibido por la ley, por lo que debe revocarse la posición sentada. Cabe destacar que, si bien el inmueble ahora objeto de litis ocupado por mi parte con ánimo de dueño fuera expropiada por el Estado en su momento, tampoco es menos cierto que el inmueble fuera transferido a la Entidad Binacional Itaipú y a partir de que la misma se haya operado, pasó a formar parte de su patrimonio privado y, por lo tanto,

pasible de usucapión, razón por la cual debe revocarse la sentencia recurrida y hacer lugar a la usucapión planteada”.

“La demanda por reivindicación planteada por la Entidad Binacional Itaipú en contra de mi representada, es el reconocimiento expreso que ha perdido posesión del inmueble. Lo cierto es que perdió 27 años a la fecha de promoción de la acción. En base a lo expuesto solicita la revocación de la sentencia recurrida”.

Corrido traslado del citado memorial a la parte actora, ésta contestó en tiempo hábil en los términos del escrito agregado a fs. 548/555, negando los extremos sostenidos por el recurrente, solicita la confirmación de la resolución recurrida.

Esta Magistratura viene sosteniendo que, el escrito de expresión de agravios es un acto procesal muy importante, pues a través de este, en forma precisa y clara, se deben transcribir los errores fundamentales de la sentencia, hacer un análisis razonado de la misma, aportar argumentos lógicos y jurídicos del porqué la misma es errónea, injusta y contraria a derecho.

La remisión a otras piezas de los autos, no la equivale, ni los escritos anteriores, se requiere un análisis razonado y crítico de la Sentencia. Debe expresar concretamente las razones que fundan sus agravios. Debe contener una refutación concreta de las conclusiones de hecho o de la aplicación del derecho. O sea, si él aporta en su fundamentación estos conceptos, este posee las características requeridas por la norma y el apelante actúa como manda la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Por el contrario, cuando no reúne estas características, obrando como indica la ley procesal, debe declararse desierto el recurso de apelación.

Luego de analizar y leer el escrito de fundamentación entendemos que la parte agraviada no aportó argumentos lógicos, jurídicos, precisos y claros que demuestren la injusticia del fallo, solo se limitó a formular consideraciones generales, un relato breve de las actuaciones producidas en estos autos, no hizo un análisis razonado de la sentencia recurrida y tampoco expuso los motivos para considerarla injusta, en ningún momento trata de desvirtuar las sólidas argumentaciones expuestas por el Juzgado en su resolución; finaliza solicitando la revocatoria del fallo. Ante ello debemos aplicar lo que estatuye el art. 419 del C.P.C. debiendo declararse desierto el recurso de apelación interpuesto por el recurrente. Las costas deben imponerse a la perdedora.

No obstante a lo explicitado, este Tribunal analizó el fallo dictado por el inferior y entendemos que la decisión se ajusta a derecho y los argumentos

dados son lógicos y jurídicos, por lo que ameritaba su confirmación de no haberse declarado desierto el recurso. Es mi voto.

A SU TURNO, EL MAGISTRADO CARMELO A. CASTIGLIONI DIJO: Que el recurso de apelación fue contra la S.D. N° 34 de fecha 9 de febrero de 2012, que hace lugar a la excepción de falta de acción promovida por el representante de la Entidad Binacional Itaipú. La falta de acción es obvia. La Entidad Binacional Itaipú es un ente autónomo de derecho público y, por ende, las tierras que están bajo su área de influencia no pueden ser objeto de usucapión. Así lo dispone el Art. 1993 del C.C. al establecer que las tierras del dominio privado (...) de los entes autónomos del Derecho Público no pueden ser adquiridas por usucapión. Desde luego, al crearse la franja de seguridad de las tierras bajo el área de influencia de la represa, hace que la misma naturaleza de la ley que creó la Entidad Binacional, haga que dichas tierras no puedan ser adquiridas por usucapión, dado que ni siquiera pueden ser vendidas ni cedidas. Admitir lo contrario sería someter a la nada las leyes que crean áreas de influencia previstas para proteger a la represa, tanto en lo ambiental como la seguridad y otros, amparada por leyes de carácter internacional. Existen muchos otros fundamentos, pero en lo esencial es que la seguridad de la represa no puede estar sometida a este tipo de desmembramiento de dicha área de influencia marcada por la ley internacional, no en forma caprichosa, sino a los efectos de precautelar la seguridad de la represa. Voto por la confirmatoria, con costas, de la S.D. N° 34 de fecha 09 de febrero de 2012. Es mi voto.

ASU TURNO, EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR DIJO: La resolución apelada hizo lugar a la excepción de falta de acción en el ítem I y, como consecuencia de esto, hizo lugar a la demanda reconventional por reivindicación, por los argumentos emitidos en el fallo agregado a fs. 524/537 de autos.

El agraviado presentó a fs. 545/547 el escrito de expresión de agravios y, la otra parte, contesta a través del escrito agregado a fs. 548/555.

El preopinante entiende que el escrito no reúne los requisitos elementales como expresión de agravios y declara desierto este recurso.

Del análisis de éste instrumento, esta Magistratura podría llegar a coincidir con la conclusión del preopinante, pero al leer la fundamentación presentada por el Abog. Vicente René Riveros Vega ha percibido que contiene críticas, aunque endebles, pero que deben ser atendidas y consideradas para determinar si son lo suficientemente aptas para revocar el fallo dictado en autos.

Pues bien, el argumento sostenido para cuestionar el fallo es que el inmueble se encontraba ocupado “sin oposición” por su mandante, a priori, no tiene sustento probatorio. En efecto, pues en el fallo a fs. 536 vlta. la inferior emite el análisis que le da sustento legal a su resolución y dice: *“Que, ahora cabe pasar el análisis de la acción de REIVINDICACIÓN promovida por la ENTIDAD BINACIONAL ITAIPÚ en contra de MARY STELLA QUIÑÓNEZ. Que, conviene apuntar que la acción reivindicatoria es aquella que puede ejercer el propietario o quién tiene derecho a poseer una cosa para reclamarla de quien efectivamente posee. Que, la calidad de propietario de la ENTIDAD ITAIPÚ BINACIONAL se halla fehacientemente acreditada con la Escritura Pública obrante a fojas 42/45 de autos, por la que el inmueble objeto de la res litis le fuera transferido de su antiguo propietario, el Sr. Eduardo Olmedo”*.

En base a lo transcrito consideramos que la expresión de agravios contra la resolución no demuestran con claridad la injusticia del fallo, por ende no tiene la fuerza suficiente para que la misma sea revocada.

En base a estas breves aseveraciones, me adhiero a la opinión del colega Dr. Carmelo Castiglioni y me inclino por la confirmatoria de la sentencia apelada “in totum”, con costas, a la perdidosa. Así voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL, Quinta Sala,

RESUELVE:

1. RECHAZAR, el recurso de nulidad interpuesto.
2. CONFIRMAR, con costas a la perdidosa, la S.D. N° 34, de fecha 9 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, por las razones dadas en el exordio de la presente resolución.
3. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Escobar, Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, Actuario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 152

Cuestión debatida: *Esta acción o demanda tuvo su origen en el accidente de tránsito (vuelco), del camión propiedad de la firma T. S.R.L. guiado por el Sr. C. R. D. ocasionando el derrame de agroquímicos que pertenecían a la C. S. M. (—) LTDA. según lo expone en el escrito de iniciación. Esta circunstancia ocasionó un perjuicio a la firma actora C. C. S.R.L., razón por la cual entabló la presente demanda objeto de estudio, solicitando por este juicio el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Teoría del Riesgo creado.

Para que se configure la responsabilidad objetiva, basta con comprobar el daño y el nexo causal para satisfacer una pretensión, para determinar esto, deberá demostrarse en el juicio que la cosa sea considerada como riesgosa o que la actividad desarrollada es realmente peligrosa, lo cual la causalidad será el elemento fundamental para imputar la responsabilidad objetiva.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Culpa.

Con relación a la presunción de culpa es oportuno señalar que se debe determinar si el daño causado es con o sin culpa, y ante la legislación de un hecho dañoso, a quien se le atribuye este deberá destruir la pretensión del actor demostrando que actuó con diligencia, es decir, que desplegó una actividad razonable y que a pesar de eso se produjo el daño en cuestión. Lo expuesto nos hacen concluir que hubo responsabilidad objetiva por parte de la firma co-demandada COOP. S. M. LTDA. En efecto, como el vehículo circulaba con riesgo de transportar (agroquímicos), la firma co-demandada, no podrá alegar en su defensa haber tomado las previsiones exigibles para exonerarse de su responsabilidad.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Culpa. REBELDÍA. Efectos de la declaración de rebeldía.

La doctrina y la jurisprudencia indican que al no contestar la demanda su silencio debe tenerse como un reconocimiento de la verdad de los hechos alegados.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Pérdida de chance.

Ha quedado demostrado que el actor tenía posibilidades ciertas y concretas de ventas de los productos que ofertan en su local comercial, que han quedados

truncadas por el accidente (vuelco) de los agroquímicos, habiendo documentos e instrumentos que respaldan dichas situaciones y los documentos no habiendo sido impugnados o redargüidos de falsos por los demandados por lo que hacen plena fe en este caso, por tanto puede considerarse que debe existir una indemnización por pérdida de chance pero con aspectos de lucro cesante.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

Como se sabe el lucro cesante consiste en la frustración de una ganancia o de una utilidad que haya dejado de percibir, sea la víctima de un delito o un acreedor de una obligación por el incumplimiento de lo acordado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño Moral. PERSONAS. Personas jurídicas.

En lo referente al daño moral, consideramos pertinente recordar que ésta indemniza las angustias, las aflicciones, las humillaciones, el padecimiento o el dolor que sufre una persona física. Sin embargo, el daño moral referido a las personas jurídicas es distinto y, por tanto, ofrece dificultades su estudio pues el elemento material de la personalidad a diferencia del ser humano carece de una naturaleza biológica, fisiológica o psicológica, resultaría el fundamento para afirmar que de ningún modo podrían ser víctimas y acreedoras de daño extrapatrimonial subjetivo. Esto sería así pues la persona jurídica no podría ser lesionada en la parte afectiva de la personalidad, simplemente por no existir. Sin embargo, tenemos el convencimiento que pueden ser sujetos pasivos de un daño extrapatrimonial objetivo, es decir, padecer una lesión y al existir lesión irremediablemente no podemos dejar sin reparación la lesión cuando afecta intereses que hacen a la existencia misma de las personas jurídicas. En base a esto, somos partidarios de otorgar una indemnización cuando el ataque, al nombre, la reputación o el secreto profesional de la persona jurídica se ha traducido y además, si el perjuicio económico produce disminución de ingresos, pérdida de la clientela, por lo que creemos que la persona jurídica puede lograr una indemnización aduciendo la pérdida de ingresos.

TApel. Civ. y Com. Quinta Sala. 26/09/12. “C. C. S.R.L. c/ C. R. D. y otros s/ Indemnización de Daños y Perjuicios”. (Ac. y Sent. N° 152).

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 resultó el siguiente orden de votación: YNSFRÁN SALDÍVAR, CASTIGLIONI Y ESCOBAR ESPÍNOLA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR dijo: Este recurso fue desistido por los recurrentes a través del escrito agregado a fs. 520 de autos. No obstante ello, este Tribunal procedió a analizar de oficio las actuaciones procesales y el fallo, y al no constatar la existencia de vicios u omisiones no existen motivos para declarar la nulidad de oficio del fallo, por lo cual debe darse curso favorable al desistimiento formulado. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI Y CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA, dijeron: Que votan en idéntico sentido y pos los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO YNSFRÁN SALDÍVAR expresó: La sentencia apelada resolvió hacer lugar, parcialmente a la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por la firma COMERCIAL C. S.R.L. contra la firma T. S.R.L. y en consecuencia, condenó a la parte demandada a abonar la suma de guaraníes DOSCIENTOS MILLONES (Gs. 200.000.000.) más sus intereses legales. Así mismo, rechazó la demanda instaurada por la firma COMERCIAL C. S.R.L. contra la firma COOP. S. M. LTDA. (—), por improcedente, por los fundamentos expuestos en el exordio de la resolución. Dispuso también el levantamiento del embargo preventivo decretado en autos, a fin de dejar sin efecto la garantía bancaria peticionada por la COOP. S. M. (—). Impuso las costas a la parte demandada T. S.R.L. e impuso las costas a la parte actora con respecto a la firma demandada COOP. S. M. LTDA. (—) en base a las razones dadas en el Considerando del fallo, agregado a fs. 498/503 de autos.

La parte apelante presentó el escrito de expresión de agravios agregados a fs. 520/526 y por los mismos fundamentos dados en este solicita la revocatoria de la sentencia apelada. La parte demandada contesta los agravios expuestos por el apelante en su escrito agregado a fs. 529/535 peticionando la confirmatoria del fallo recurrido. Ahora bien, la otra parte demandada, es decir la firma T. S.R.L. no contestó los agravios del apelante en el plazo de ley, por lo que previo informe del Acuerdo (fs. 537), este Tribunal dio por decaído el derecho que tenía

para contestar el traslado correspondiente (A.I. N° 538 de fecha 01 de agosto de 2012).

Conforme a las constancias de autos se tiene que por este juicio se demandó al señor C. O. R. D. de la firma T. S.R.L. y a la COOP. S. M. (—) LTDA. Por indemnización por los daños y perjuicios que le produjera un accidente de tránsito, (vuelco), del camión propiedad de la firma T. S.R.L. guiado por el Sr. C. R. D. ocasionando el derrame de agroquímicos que pertenecían a la COOP. S. M. (—) LTDA según lo expone en el escrito de iniciación de la acción que rola a fs. 50/58. Pues bien, es sabido y venimos sosteniendo en varios fallos que al momento de dictar la sentencia el juzgador en primer término deberá determinar la culpabilidad que se le atribuye a los demandados pues de constarse la culpa, este debe resarcir los daños y perjuicios.

Recapitulando la acción de daños y perjuicios la prueba se dirige a demostrar la existencia de hecho, la culpa, la existencia del daño y su monto. Del análisis de la existencia del hecho ilícito, que dio origen a la presente demanda, el inferior, omite el parecer que se transcribe (ver 175 de autos): *“...Que no se analizó en autos el origen del siniestro que diera motivo a la presente demanda, no preciso la responsabilidad civil de la Coop. S. M. C. Ltda., hablando racionalmente por la forma de interpretar el daño, estaríamos en la siguiente hipótesis: Si no hubiera vuelco del vehículo transportador no tendríamos demanda, consecuentemente daño que intentare repararse, dicho de otro modo el vuelco del vehículo provocó la demanda como hipótesis para tratar de generar daños solicitados por los actores. Que en estos autos no hay ningún daño provocado, ni comprobado, ni mucho menos diligenciado, y ni consta fehacientemente ninguna responsabilidad directa por actos propios, sino por responsabilidades ajenas e impropias. Que conforme a lo expuesto estamos ante una solicitud de daños fundado en causalidad ajena, no es propia, ni voluntaria, la parte actora no demostró la responsabilidad en el ilícito de la COOP. S. M. C. L.T.D.A., y tampoco pudo evaluar y cuantificar el monto solicitado como indemnizatorio, si quedo demostrada la responsabilidad de la empresa transportadora T. S.R.L. y su chofer señor C. O. R. D. ya que entre los mismos existe una relación causal entre la inobservancia de las normas sobre tránsito y el daño cuya reparación se percibe...”*. De lo transcripto se colige que este razonamiento es el principal fundamento determinar la existencia del ilícito y su consecuencia es atribuir la culpabilidad a la firma demandada T. S.R.L., pues considera responsable del

hecho acaecido y, por ende, esta institución debe resarcir los daños sufridos por la actora, no así a la forma co-demandada la Coop. S. M. C.

Pues bien, al analizar los fundamentos dados en el fallo apelado, creemos que el estudio de las pruebas rendidas es deficiente y a ello se debe que se llega a la conclusión que la firma co-demandada COOP. S. M. (—) no es culpable, y esta Magistratura por el contrario entiende que esta acción debió ser acogida favorablemente contra la firma co-demandada por las consideraciones que se formularán seguidamente.

Esta acción o demanda tuvo su origen en el accidente de tránsito (vuelco), del camión propiedad de la firma T. S.R.L. guiado por el Sr. C. R. D. ocasionando el derramen de agroquímicos que pertenecían a la COOP. S. M. (—) LTDA según lo expone en el escrito de iniciación. Esta circunstancia ocasionó un perjuicio a la firma actora COMERCIAL C. S.R.L. razón por la cual entabló la presente demanda objeto de estudio, solicitando por este juicio el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por el susodicho accidente, según se sostiene en el escrito de iniciación de la acción obrante a fs. 50/58 del Tomo I, acompañado para el efecto las instrucciones pertinentes.

Como transcribiéramos, en los fundamentos dados por el A-quo para el rechazo la demanda, en relación a la firma co-demandada COOP. S. M. (—) LTDA., se basa en que no se demostró el daño que provocó el derrame de agroquímicos y tampoco la responsabilidad. Para esta Magistratura, por el contrario se demostró que la firma co-demandada era la propietaria de los productos agroquímicos y este accidente acarreó consecuencias negativas, razón por la cual se inició esta demanda. De acuerdo a lo expuesto, estamos ante una responsabilidad objetiva en relación a la firma co-demandada. Para que se configure la responsabilidad objetiva, basta con comprobar el daño y el nexo causal para satisfacer una pretensión, para determinar esto, deberá demostrarse en el juicio que la cosa sea considerada como riesgosa o que la actividad desarrollada es realmente peligrosa, lo cual la causalidad será el elemento fundamental para imputar la responsabilidad objetiva.

Con relación a la presunción de culpa es oportuno señalar que se debe determinar si el daño causado es con o sin culpa, y ante la legislación de un hecho dañoso, a quien se le atribuye este deberá destruir la pretensión del actor demostrando que actuó con diligencia, es decir, que desplegó una actividad razonable y que a pesar de eso se produjo el daño en cuestión. Lo expuesto nos

hacen concluir que hubo responsabilidad objetiva por parte de la firma co-demandada COOP. S. M. (—) LTDA. Esta conclusión, se da pues en autos la parte actora demostró el nexo causal entre el hecho, el daño, y los responsables del mismo, requisitos indispensables para determinar la responsabilidad. En efecto, como el vehículo circulaba con riesgo de transportar (agroquímicos), la firma co-demandada, no podrá alegar en su defensa haber tomado las previsiones exigibles para exonerarse de su responsabilidad.

Es significativo, además que la firma demandada T. S.R.L. no contestó la demanda pese a estar debidamente notificada, por el que en la instancia inferior se le declaró en rebeldía (A.I. N° 18 Noviembre de 2005 fs. 134 Tomo I), igual situación con la firma co-demandada COOP. S. M. (—) LTDA (A.I N° 138 de fecha 09 de abril de 2007 fs. 228 Tomo II). La doctrina y la jurisprudencia indican que al no contestar la demanda su silencio debe tenerse como un reconocimiento de la verdad de los hechos alegados.

En el presente caso, consideramos que ha quedado demostrado que el actor tenía posibilidades ciertas y concretas de ventas de los productos que ofertan en su local comercial, que han quedado truncadas por el accidente (vuelco) de los agroquímicos, habiendo documentos e instrumentos que respaldan dichas situaciones y que se encuentran agregados a fs. 18/29 del Tomo I y los documentos obrantes a fs. 406 y 411/434 del Tomo III no habiendo sido impugnados o redargüidos de falsos por los demandados por lo que hacen plena fe en este caso, por tanto puede considerarse que debe existir una indemnización por pérdida de chance pero con aspectos de lucro cesante.

Es importante recalcar lo que dispone el Art. 1856 del Código Civil que dice: *“...El obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas las consecuencias inmediatas, y las mediatas previsibles, o las normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las causales, salvo que éstas deriven de un delito y deberían resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar...”*. Así mismo consideramos trascendente lo que establece el segundo párrafo del Art. 1859 del mismo cuerpo legal y dice: *“...Si la aptitud de trabajo del damnificado resultare anulada o perjudicada, o le sobreviniere un aumento de sus necesidades, la indemnización comprenderá este daño y consistirá en una renta en dinero...”*.

Como se sabe el lucro cesante consiste en la frustración de una ganancia o de una utilidad que haya dejado de percibir, sea la víctima de un delito o un

acreedor de una obligación por el incumplimiento de lo acordado. De acuerdo a las constancias de autos, tenemos que la firma actora COMERCIAL C. S.R.L. arrimó pruebas, instrumentos y documentos que demuestran fehacientemente el daño invocado por el mismo en su escrito de demanda y los perjuicios ocasionados, a la actora en concepto de daño material es la suma de GUARANÍES TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES (GS. 350.000.000), suma que deberá fijarse en la parte resolutive de esta resolución.

En lo referente al daño moral, consideramos pertinente recordar que ésta indemniza las angustias, las aflicciones, las humillaciones, el padecimiento o el dolor que sufre una persona física. Sin embargo, el daño moral referido a las personas jurídicas es distinto y, por tanto, ofrece dificultades su estudio, pues el elemento material de la personalidad, a diferencia del ser humano, carece de una naturaleza biológica, fisiológica o psicológica, resultaría el fundamento para afirmar que de ningún modo podrían ser víctimas y acreedoras de daño extrapatrimonial subjetivo. Esto sería así, pues la persona jurídica no podría ser lesionada en la parte afectiva de la personalidad, simplemente por no existir. Sin embargo, tenemos el convencimiento que pueden ser sujetos pasivos de un daño extrapatrimonial objetivo, es decir, padecer una lesión y al existir lesión irremediadamente no podemos dejar sin reparación la lesión cuando afecta intereses que hacen a la existencia misma de las personas jurídicas. En base a esto, somos partidarios de otorgar una indemnización cuando el ataque, al nombre, la reputación o el secreto profesional de la persona jurídica se ha traducido y además, si el perjuicio económico produce disminución de ingresos, pérdida de la clientela, por lo que creemos que la persona jurídica puede lograr una indemnización aduciendo la pérdida de ingresos. Atendiendo que se produjo, sin dudas, estos ataques, consideramos justa y prudente fijar en concepto de daño moral la suma de Guaraníes Treinta millones (Gs. 30.000.000.). En lo que respecta a los intereses, cuestionados por la parte demandada, debemos convenir con lo resulto en la instancia inferior, dado que el mismo fue fijado el porcentaje de acuerdo a lo que establece la norma vigente, y estos se adecuan a los parámetros aceptados por los Tribunales por la cual no debe sufrir modificación alguna.-

En conclusión, corresponde modificar los ítems I y II del fallo y, en consecuencia, condenar a los demandados, T. S.R.L. y COOP. S. M. (—) LTDA a pagar a la actor la suma de GUARANÍES TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

(Gs. 380.000.000.), con costas a la perdidosa en ambas instancias. Es mi voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI Y CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA dijeron: Que votan en idéntico sentido y por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala,

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO, el recurso de nulidad interpuesto.

MODIFICAR, la S.D. 502 de fecha 27 de diciembre de 2011 y, en consecuencia, condenar a los demandados T. y COOP. S. M. (—) LTDA. a pagar a la actora la suma de GUARANÍES TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES (GS. 380.000.000.), por las razones y con los alcances dados en el exordio de este fallo.

IMPONER las costas a la perdidosa en ambas instancias.

ANOTAR, registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Carlos Escobar Espínola, Carmelo Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 169

Cuestión debatida: *El fundamento de la acción de habeas data instaurada por el afectado, se sustenta en el hecho de que la información sobre la referida causa, que quedará extinta en la pena por el transcurso del tiempo y ante el cumplimiento de las reglas impuestas, si bien ya no aparece en los informes de antecedentes judiciales, sin embargo si se registran en la expedición de antecedentes policiales, o certificado de Buena Conducta Policial, circunstancia que le acarrearía un perjuicio, para el acceso a un trabajo lícito de su elección y en condiciones dignas y justas.*

HABEAS DATA.

El procedimiento en el habeas data, ante la falta de reglamentación clara que la regule, se rige en forma supletoria con el procedimiento estatuido para la garantía constitucional del amparo, así tenemos en consecuencia las claras disposiciones del Art. 581 párrafo segundo del Código Procesal Civil.

HABEAS DATA. PENA. Finalidad de la pena. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho al Trabajo.

Nos encontramos ante intereses que pueden resultar antagónicos, por un lado, el de readaptar o reinsertar socialmente al condenado y por otro el de proteger a la sociedad, debiendo en consecuencia analizarse la situación, atendiendo a la gravedad o no del caso, haciendo primar aquellos intereses que guardarían relación en esencia con toda condición humana y la protección de los derechos consagrados en la Constitución Nacional.

HABEAS DATA. PENA. Finalidad de la pena. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho al Trabajo.

Los datos mencionados en el informe del Certificado de Antecedentes Policiales, no resultan, de acuerdo a las constancias de autos, erróneos, sino concre-

tos, se hallan actualizados, al consignarse la última actuación de la causa penal, con el número de resolución que otorgara la extinción de la pena, pudiendo sí afectar dicha información en forma ilegítima sus derechos al acceso a un trabajo lícito, al constituir dicha causa penal como antecedente, un estigma social que irían en contra del accionante.

HABEAS DATA. PENA. Finalidad de la pena. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho al Trabajo.

Corresponde determinar la medida más acertada en cautela de sus derechos de reinsertarse a la sociedad, y del acceso a un trabajo lícito, libremente escogido y en condiciones dignas y justas, circunstancia que solo serían viable de implementarse en parte la pretensión del recurrente, en el sentido de ordenar a la autoridad administrativa, el otorgamiento de un documento como el cuestionado, para uso externo, que no contenga los datos referidos al proceso penal mencionado, compurgado y extinguido en su sanción, por disposición judicial.

Reservando solo dicha información para uso de las autoridades jurisdiccionales, que serían de utilidad en el estudio de procesos y en la aplicación del derecho.

TApel. Penal. Primera Sala. 26/09//13. “Habeas Data Promovido Por J. D. J. G. c/ Dirección de Informática de la Policía Nacional y otros” (A.I. N° 169).

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por J. D. J. G. por derecho propio y bajo patrocinio del Abog. Aníbal Mena Marecos, contra el A.I. N° 554 de fecha 12 de junio de 2013, dictado por el Juez Penal de Garantías N° 11, abogado Miguel Tadeo Fernandez, y;

CONSIDERANDO:

Que, corresponde analizar en primer término la admisibilidad o no del recurso. A ese respecto y del examen de las constancias del expediente surge que la resolución impugnada fue dictada en fecha 12 de junio de 2013, no existiendo en autos constancia de notificación a la parte recurrente, debiendo en consecuencia tenerse por cumplido con dicho requisito con la presentación del escrito por el que interpone el recurso de apelación contra la citada resolución en fecha 3 de julio de 2013, según consta en el cargo firmado por el actuario judicial Vicente Rodríguez inserto a fs. 29 vlto.

Que, el procedimiento en el habeas data, ante la falta de reglamentación clara que la regule, se rige en forma supletoria con el procedimiento estatuido para la garantía constitucional del amparo, así tenemos en consecuencia las claras disposiciones del Art. 581 párrafo segundo del Código Procesal Civil, que expresa: "...El recurso deberá interponerse y fundamentarse por escrito dentro del segundo día de notificadas las resoluciones mencionadas. El juez correrá traslado del mismo a la otra parte, la que deberá contestar dentro del plazo de dos días. Inmediatamente el juez eleva el expediente al tribunal de Apelación competente...", siguiendo el texto la norma, vemos que el recurso fue interpuesto en tiempo oportuno y con las formalidades requeridas en el mismo.

En cuanto a la naturaleza de la resolución recurrida, vemos que por la misma el A-quo resolvió: "NO HACER LUGAR, al Recurso Constitucional de Habeas Data interpuesto por J. D. J. G., en base a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución...".

Que, los fundamentos tenidos en cuenta para tal resolución son: "...realizando este Juzgado un análisis pormenorizado de las manifestaciones y solicitudes realizadas por el recurrente, así como las constancias de los documentos agregados y obrantes en autos, considera que en primer lugar, conforme a disposiciones constitucionales, cabe analizar la legitimidad de las documentaciones agregadas, que en este caso constituyen los antecedentes del recurrente J. D. J. G., a raíz de una causa penal... Esta Magistratura destaca que los mismos, si bien es cierto, se encuentran extinguidos con relación al cumplimiento de la pena, punto que los mismos no son erróneos, por tanto no pueden afectar ilegítimamente sus derechos, o mejor dicho, constituyen antecedentes correspondientes a fechas anteriores, no se encuentran motivos para calificarlos de 'ilegítimos', pues los mismos constituyen antecedentes correctos y legítimos, como lo afirma el recurrente en su escrito de promoción de la acción constitucional... Esta Magistratura considera que la acción constitucional de Habeas Data debe responder a elementos como ser: la actualización, la rectificación o la destrucción de los datos o informaciones obrantes en registros oficiales o privados de carácter público, con la mención de que los mismos deben ser erróneos o afectar ilegítimamente sus derechos... mal podría esta Magistratura admitir que los mismos afectan 'ilegítimamente' sus derechos, pues, como se ha manifestado en líneas anteriores, al valorar la veracidad y legalidad de los mismos, se ha constatado que constituyen datos correctos, legítimos, no erróneos... Asimismo, en

relación a lo solicitado por el recurrente, se puede clarificar que los datos consignados son de carácter público y su desligación se debe realizar a través de canales correspondientes y no a través de esta garantía constitucional. Ya que no se puede prohibir al órgano policial que deje de publicar dichos antecedentes...”. (sic)

Que, de lo así resuelto, se agravia el Sr. J. D. J. G., por derecho propio y bajo patrocinio del abogado Amíbal Meza Marecos, quien al fundamentar el recurso a fs. 27/29, expresó: “...en este caso la Policía no puede publicar mis antecedentes penales, porque está violando derechos constitucionales de la libertad al trabajo, porque ninguna persona particular, empresa, fábrica u otros generadores de empleos me darían trabajo mostrando mi certificado policial en la cual constan mis antecedentes penales... La Policía es un auxiliar de la Justicia, en este caso debe cumplir con las órdenes dictadas por cualquier juez o Tribunal, por consiguiente, no puede publicar antecedentes penales siempre que se haya extinguido la pena... Cuando se produce la extinción de una causa penal por imperio de la ley y el significado del término ‘extinción’ ya no debe figurar en el archivo de la Policía Nacional, tampoco publicar antecedentes por dicha circunstancia... Existiendo referente al caso una jurisprudencia todo criterio de un juez y Tribunal no tiene valor, en vista de que el artículo 50 del Código Penal, artículo 135 de la Constitución Nacional, y por último en especial el artículo 9º de la Ley Nº 879/81 dispone que los precedentes judiciales se consideran, el cual implica que se debe hacer lugar al Habeas Data solicitado, que el Juzgado por error de interpretación no hizo lugar, a los efectos de que mis antecedentes penales que se hallan extinguidas ya no figuren en los Archivos de Identificaciones de la Policía Nacional... Por tanto, al Excmo. Tribunal peticiono: ...Tener por interpuesto el Recurso de Apelación y por fundamento a la vez en contra del A.I. Nº 554 del 12 de junio del 2013 en los términos del escrito que anteceden... Previo el cumplimiento de los trámites de estilo se sirva dictar sentencia revocando el A.I. Nº 554 del 12 de junio de 2.013 por improcedente...” (sic)

Que, ha sido notificada la Dirección de Informática de la Policía Nacional, mediante cédula de notificación de fecha 5 de agosto de 2013 obrante a fs. 31, sin embargo, la misma no ha contestado el recurso de apelación que fuera interpuesto, tal como consta en la providencia de fecha 20 de setiembre del corriente año, a fs. 33, por transcurrir en exceso el plazo legal establecido para hacerlo.

Que, en el estudio de la cuestión sometida a análisis de este Tribunal de

Alzada, de acuerdo a las constancias del expediente y los recaudos acompañados por el accionante, surge que el mismo se hallaba procesado en una causa penal, conjuntamente con otras personas, por la supuesta perpetración de los hechos punibles de robo con resultado de muerte o lesión grave y otros, siendo imputado y acusado por el hecho punible de reducción, condenado por S.D. N° 188 de fecha 16 de junio de 2009, dictado por el Juzgado Penal de Liquidación y Sentencia N° 6, a DOS AÑOS de pena privativa de libertad, beneficiado con la suspensión a prueba de la ejecución de la condena por un periodo de prueba de dos años, resolución que fuera confirmada por Acuerdo y Sentencia N° 82 de fecha 06 de diciembre de 2010, por el Tribunal de Apelación, Segunda Sala.

Que, habiendo transcurrido el plazo de prueba que le fuera establecido al condenado J. D. J. G., y cumplido en forma íntegra las reglas y obligaciones de conducta que le fueran impuestas, el Juzgado de Ejecución en lo Penal N° 3, ha dictado el A.I. N° 254 de fecha 11 de marzo de 2013, por el que declara extinguida la pena en el referido proceso, librando oficios a la Dirección de Informática de la Policía Nacional, a la Dirección de Migraciones y al Tribunal Superior de Justicia Electoral, comunicado lo resuelto.

Que, el fundamento de la acción instaurada por el afectado J. D. J. G., se sustenta en el hecho de que la información sobre la referida causa, que quedará extinta en la pena por el transcurso del tiempo y ante el cumplimiento de las reglas impuestas, si bien ya no aparece en los informes de antecedentes judiciales, sin embargo, sí se registran en la expedición de antecedentes policiales, o certificado de Buena Conducta Policial, circunstancia que le acarrearía un perjuicio, para el acceso a un trabajo lícito de su elección y en condiciones dignas y justas, de conformidad a lo estatuido en el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando refiere a los Derechos Laborales de todo habitante de la República, debido a que su criterio, el hecho de quedar el antecedente en el informe policial, constituye un obstáculo para su concurso para acceso a una actividad laboral, en el desarrollo de su personalidad, en toda empresa, fabrica o institución pública, al que pueda pretender ingresar.

Que, el accionante si bien ha sido procesado, condenado y ha cumplido la sanción que le fuera impuesta, con lo que en alguna medida, ha resarcido su obligación con la sociedad, al quedar reparado el desorden creado con la conducta que perpetrara, sin embargo, debemos analizar los fines de la sanción, que se hallan legislados en los artículos 3° y 39 del Código Penal, que refieren al fin de

prevención, de que las sanciones propenderán a la readaptación social del condenado y la protección de la sociedad, surgiendo de dichas premisas, que en alguna medida, nos encontramos ante intereses que pueden resultar antagónicos, por un lado, el de readaptar o reinsertar socialmente al condenado y por otro el de proteger a la sociedad, debiendo en consecuencia analizarse la situación, atendiendo a la gravedad o no del caso, haciendo primar aquellos intereses que guardarían relación en esencia con toda condición humana y la protección de los derechos consagrados en la Constitución Nacional.

Que, el caso por el que se halla afectado el accionante, refiere al hecho punible de reducción, con condena penal privativa de libertad en suspenso, que fuera posteriormente extinguida mediante el acatamiento estricto a las reglas de conducta impuestas en la sentencia y por el transcurso del tiempo del periodo de prueba, sin que se originen causales de revocación del beneficio que le fuera otorgado, cumpliéndose con ello en parte los fines de la sanción, correspondiente por otra parte precautelar la posibilidad de la reinserción definitiva del mismo a la sociedad, circunstancia que en alguna medida se ve imposibilitada por la existencia en el informe expedido al público en el Certificado de Buena Conducta Policial, donde se registra la causa penal de referencia.

Que, el Artículo 135 de la Constitución Nacional, al legislar la figura de la garantía del Habeas Data, expresa: “Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos”. (sic).

Que, los datos mencionados en el informe del Certificado de Antecedentes Policiales, no resultan, de acuerdo a las constancias de autos, erróneos, sino concretos, se hallan actualizados, al consignarse la última actuación de la causa penal, con el número de resolución que otorgara la extinción de la pena, pudiendo sí afectar dicha información en forma ilegítima sus derechos al acceso a un trabajo lícito, al constituir dicha causa penal como antecedente un estigma social que irían en contra del accionante, correspondiendo por dicho motivo determinar la medida más acertada en cautela de sus derechos de reinsertarse a la sociedad, y del acceso a un trabajo lícito, libremente escogido y en condiciones dignas y justas, circunstancia que solo serían viable de implementarse en

parte la pretensión del recurrente, en el sentido de ordenar a la autoridad administrativa, el otorgamiento de un documento como el cuestionado, para uso externo, que no contenga los datos referidos al proceso penal mencionado, computado y extinguido en su sanción, por disposición judicial, reservando solo dicha información para uso de las autoridades jurisdiccionales, que serían de utilidad en el estudio de procesos y en la aplicación del derecho.

Que, conforme a todo lo expuesto, corresponde revocar el auto interlocutorio impugnado (A.I. N° 554 de fecha 12 de junio de 2013), dictado por el juez Penal de Garantías N° 11, abogado Miguel Mateo Fernández A., por no hallarse ajustado a derecho.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala,
RESUELVE:

DECLARAR la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el Señor J. D. J. G. por derecho propio y bajo patrocinio profesional del abogado Aníbal Meza Marecos, contra el A.I. N° 554 de fecha 12 de junio de 2013.

REVOCAR el auto interlocutorio recurrido (A.I. N° 554 de fecha 12 de junio de 2013), dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 11, a cargo del juez Miguel Mateo Fernández, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia:

HACER LUGAR a la acción constitucional de Habeas Data, promovida por el señor J. D. J. G. contra la Dirección de Informática de la Policía Nacional, y OFICIAR a la Policía Nacional disponiendo, que en la expedición de los certificados de Antecedentes Policiales del ciudadano J. D. J. G., al público, no conste en adelante la causa caratulada: “J. D. J. G. S/REDUCCIÓN. N° CAUSA: 1333-2001”, por haber quedado extinguida, por A.I. N° 251 de fecha 11 de marzo de 2013.

ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Firman Miembros: BIBIANA BENÍTEZ FARÍA, GUSTAVO A. OCAMPOS GONZÁLEZ, DELIO VERA NAVARRO.

Ante mí: Abog. Luz D. Jiménez, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 175

HABEAS DATA.

El procedimiento en el habeas data, ante la falta de reglamentación clara que la regule, se rige en forma supletoria con el procedimiento estatuido para la garantía constitucional del amparo, así tenemos en consecuencia las claras disposiciones del Art. 581 párrafo segundo del Código Procesal Civil.

HABEAS DATA. PENA. Finalidad de la pena. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho al Trabajo.

Nos encontramos ante intereses que pueden resultar antagónicos, por un lado, el de readaptar o reinsertar socialmente al condenado y por otro el de proteger a la sociedad, debiendo en consecuencia analizarse la situación, atendiendo a la gravedad o no del caso, haciendo primar aquellos intereses que guardarían relación en esencia con toda condición humana y la protección de los derechos consagrados en la Constitución Nacional.

HABEAS DATA. PENA. Finalidad de la pena. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho al Trabajo.

Los datos mencionados en el informe del Certificado de Antecedentes Policiales, no resultan de acuerdo a las constancias de autos, erróneos, sino concretos, se hallan actualizados, al consignarse la última actuación de la causa penal, con el número de resolución que otorgara la extinción de la pena, pudiendo si afectar dicha información en forma ilegítima sus derechos al acceso a un trabajo lícito, al constituir dicha causa penal como antecedente, un estigma social que irían en contra del accionante.

HABEAS DATA. PENA. Finalidad de la pena. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho al Trabajo.

Corresponde determinar la medida más acertada en cautela de sus derechos de reinsertarse a la sociedad, y del acceso a un trabajo lícito, libremente escogido y en condiciones dignas y justas, circunstancia que solo serían viable de implementarse en parte la pretensión del recurrente, en el sentido de ordenar a la autoridad administrativa, el otorgamiento de un documento como el cuestionado, para uso externo, que no contenga los datos referidos al proceso penal mencionado, compurgado y extinguido en su sanción, por disposición judicial.

Reservando solo dicha información para uso de las autoridades jurisdiccio-

nales, que serían de utilidad en el estudio de procesos y en la aplicación del derecho.

TApel. Penal. Primera Sala. 17/10/13. “Habeas Data Promovido Por C. D. Z. G. c/ la Policía Nacional”. (A.I. N° 175).

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por C. D. Z. G. por derecho propio y bajo patrocinio del Abog. Vidal Alejandro Peña, contra el A.I. N° 951 de fecha 19 de setiembre de 2013, dictado por el Juez Penal de Garantías N° 11, abogado Miguel Tadeo Fernández, y;

CONSIDERANDO:

Que, corresponde analizar en primer término la admisibilidad o no del recurso. A ese respecto y del examen de las constancias del expediente surge que la resolución cuestionada por la vía del Recurso de Apelación fue dictada en fecha 19 de setiembre de 2013, dándose por notificado el recurrente mediante cédula de notificación de fecha 30 de setiembre a fs. 12, presentado su escrito de apelación contra la citada resolución en fecha 01 de octubre de 2013, según consta en el cargo firmado por la Act. Judicial Sthefani Godoy inserto a fs. 15.

Que, el procedimiento en el habeas data, ante la falta de reglamentación clara que la regule, se rige en forma supletoria con el procedimiento estatuido para la garantía constitucional del amparo, así tenemos en consecuencia las claras disposiciones del Art. párrafo segundo del Código Procesal Civil, que expresa: “...El recurso deberá interponerse y fundamentarse por escrito dentro del segundo día de notificadas las resoluciones mencionadas. El juez correrá traslado del mismo a la otra parte, la que deberá contestar dentro del plazo de dos días. Inmediatamente el juez elevará el expediente al tribunal de Apelación competente...”, siguiendo el texto la norma, vemos que el recurso fue interpuesto en tiempo oportuno y con las formalidades requeridas en el mismo.

En cuanto a la naturaleza de la resolución recurrida, vemos que por la misma el A-quo resolvió: “NO HACER LUGAR, al Recurso Constitucional de Habeas Data interpuesto por C. D. Z. G. contra el Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional, en base a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución...”.

Que, los fundamentos tenidos en cuenta para tal resolución son: “...realizando este Juzgado un análisis pormenorizado de las manifestaciones y solicitudes realizadas por el recurrente, así como las constancias de los documentos

agregados y obrantes en autos, considera que el primer lugar, conforme a disposiciones constitucionales cabe analizar la legitimidad de las documentaciones agregadas, que en este caso constituyen los antecedentes del recurrente C. D. G. Z. A raíz de una causa penal... Esta Magistratura destaca que los mismos, si bien es cierto, constituye antecedentes correspondientes a fecha anteriores, los mismos detallan claramente el estado procesal del mismo que en este caso particular trata de una Extinción de la Pena, por lo cual no se encuentran motivos para calificarlos de ‘ilegítimos’, pues los mismos constituyen antecedentes correctos y legítimos que le han sido impuestos a través de la persecución de procesos legalmente abiertos conforme al marco de la ley, por lo cual el Sr. C. D. Z. G. queda con antecedentes. Ahora bien, el mismo manifiesta que tales antecedentes impiden el desarrollo normal de sus actividades laborales. Esta Magistratura considera que la acción constitucional de Habeas Data debe responder a elementos como ser; la actualización, la rectificación o la destrucción de los datos o informaciones obrantes en registros oficiales o privados de carácter público, con la mención de que los mismos deben ser erróneos o afectar ilegítimamente sus derecho. Por otro lado, mal podría esta Magistratura admitir que los mismos afectan “ilegítimamente” sus derechos, pues, como se ha manifestado en líneas anteriores, al valorar la veracidad y legalidad de los mismos, se ha constatado que constituyen datos correctos, legítimos, no erróneos. Asimismo, en relación a lo solicitado por el recurrente, se puede clarificar que los datos consignados son de carácter público y su desligación se debe realizar a través de canales correspondientes y no a través de esta garantía constitucional. Ya que no se puede prohibir al órgano policial que deje de publicar dichos antecedentes. Siendo la consecuencia, criterio de este Juzgado, no hacer lugar a la acción constitucional de Habeas Data solicitada en virtud a que los datos obrantes en relación al recurrente son correctos y no afectan ilegítimamente a sus derechos...” (sic)

Que, de lo así resuelto, se agravia el Sr. C. D. G. Z., por derecho propio y bajo patrocinio del abogado Vidal Alejandro Peña, quien al fundamentar el recurso a fs. 13/15, expresó: “...respecto a la base de datos obrante en el Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional, en este caso los Antecedentes Policiales, no son suprimidos en el informe expedido al público en general, situación que vulnera el derecho de autodeterminación de informaciones de carácter privado de que goza el Sr. Carlos David Zaracho González; al igual, contraría los

finde de la pena (artículo 20 C.N.) que busca la readaptación social del condenado a una vida sin delinquir. ... En ese sentido, se constata claramente la circunstancia que afecta ilegítimamente mis derechos, más específicamente el derecho a la protección de datos de carácter personal, que en este caso, quedaría protegido con el otorgamiento de un documento—de efecto externo— que no contengan los datos referidos al proceso penal que le afectan y que por orden judicial fuera declarada extinta la pena. ... Es patente de ilegitimidad del antecedente policial, como así también, el perjuicio que acarrea. El A-quo no lo interpretó de esta manera y es por ello el sentido de su resolución, motivo por el cual solicito a esta Excelentísima Cámara de Apelaciones se sirva REVOCAR el A.I. N° 951 de fecha 19 de septiembre de 2013 y en consecuencia, HACER LUGAR a la garantía constitucional del Habeas Data y en consecuencia, se ordene al jefe del Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional, a fin de que ordene la expedición del Certificado de Antecedentes Policiales del ciudadano C. D. Z. G, con C.I. N° ..., donde NO CONSTE como información al público los datos obrantes en sus registros y que refiere a la “CARÁTULA: Exposición al Peligro en el Tránsito Terrestre. JUZGADO DE EJECUCIÓN: Turno 1. SECRETARÍA: Nora Céspedes. N° DE OFICIO: 663. FECHA DE OFICIO: 2007-06-21. TIPO DE RESOLUCIÓN: A.I. N° 438. ESTADO JUDICIAL: Extinción de la Pena”, por haber sido declarada la extinción de la pena por A.I. N° 438 de fecha 21 de junio de 2007...” (Sic).

Que, ha sido notificada la Dirección de Informática de la Policía Nacional, mediante cédula de notificación de fecha 03 de agosto de 2013 obrante a fs. 17, sin embargo, la misma no ha contestado el recurso de apelación que fuera interpuesto, tal como consta en la providencia de fecha 08 de octubre del corriente año, a fs. 19, por transcurrir en exceso el plazo legal establecido para hacerlo.

Que, en el estudio de la cuestión sometida análisis de este Tribunal de Alzada, de acuerdo a las constancias del expediente y los recaudos acompañados por el accionante, surge que el mismo se hallaba procesado en una causa penal, por la supuesta perpetración del hecho punible de exposición al peligro en el tránsito terrestre, siendo al parecer imputado y acusado y condenado por el hecho referido, según se deduce del estado final de la causa, que menciona en el informe obrante en el Certificado de Antecedentes, expedido por la Policía Nacional, como beneficiado con la extinción de la pena, decretada por A.I. N° 438 de fecha 21 de junio de 2007, por resolución dictada por la Juez Penal de Ejecución N° 1, abogada Ana María Llanes, Secretaría Nora Céspedes.

Que, el fundamento de la acción instaurada por el afectado C. D. Z. G., se sustenta en el hecho de que la información sobre la referida causa, que quedará extinta en la pena por el transcurso del tiempo y ante el cumplimiento de las reglas impuestas, si bien ya no aparece en los informes de antecedentes judiciales, sin embargo si se registran en la expedición de antecedentes policiales, o certificado de Buena Conducta Policial, circunstancia que le acarrearía un perjuicio, para el acceso a un trabajo lícito de su elección y en condiciones dignas y justas, de conformidad a lo estatuido en el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando refiere a los Derechos Laborales de todo habitante de la República, debido a que su criterio, el hecho de quedar el antecedente en el informe Policial, constituye un obstáculo para su concurso para acceso a una actividad laboral, en el desarrollo de su personalidad.

Que, el accionante si bien ha sido procesado, condenado y ha cumplido la sanción que le fuera impuesta, con lo que en alguna medida, ha resarcido su obligación con la sociedad, al quedar reparado el desorden creado con la conducta que perpetrara, sin embargo, debemos analizar los fines de la sanción, que se hallan legislados en los artículos 3º y 39 del Código Penal, que refieren al fin de prevención, de que las sanciones propenderán a la readaptación social del condenado y la protección de la sociedad, surgiendo de dichas premisas, que en alguna medida, nos encontramos ante intereses que pueden resultar antagónicos, por un lado, el de readaptar o reinsertar socialmente al condenado y por otro el de proteger a la sociedad, debiendo en consecuencia analizarse la situación, atendiendo a la gravedad o no del caso, haciendo primar aquellos intereses que guardarían relación en esencia con toda condición humana y la protección de los derechos consagrados en la Constitución Nacional.

Que, el caso por el que se halla afectado el accionante, refiere al hecho punible de exposición al peligro en el tránsito terrestre, con condena penal, que fuera posteriormente extinguida mediante el cumplimiento de la sanción impuesta en la sentencia, acatándose con ello en parte los fines de la sanción, correspondiendo por otra parte precautelar la posibilidad de la reinserción definitiva del mismo a la sociedad, circunstancia que en se vería imposibilitada por la existencia en el informe expedido al público en el Certificado de Buena Conducta Policial, donde se registra la causa penal de referencia.

Que, el Artículo 135 de la Constitución Nacional, al legislar la figura de la garantía del Habeas Data, expresa: *“Toda persona puede acceder a la informa-*

ción y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos". (sic).

Que, los datos mencionados en el informe del Certificado de Antecedentes Policiales, no resultan de acuerdo a las constancias de autos, erróneos, sino concretos, se hallan actualizados, al consignarse la última actuación de la causa penal, con el numero de resolución que otorgara la extinción de la pena, pudiendo si afectar dicha información en forma ilegítima sus derechos al acceso a un trabajo lícito, al constituir dicha causa penal como antecedente, un estigma social que irían en contra del accionante, correspondiendo por dicho motivo determinar la medida más acertada en cautela de sus derechos de reinsertarse a la sociedad, y del acceso a un trabajo lícito, libremente escogido y en condiciones dignas y justas, circunstancia que solo serían viable de implementarse en parte la pretensión del recurrente, en el sentido de ordenar a la autoridad administrativa, el otorgamiento de un documento como el cuestionado, para uso externo, que no contenga los datos referidos al proceso penal mencionado, comulgado y extinguido en su sanción, por disposición judicial, *reservando solo dicha información para uso de las autoridades jurisdiccionales, que serían de utilidad en el estudio de procesos y en la aplicación del derecho.*

Que, conforme a todo lo expuesto, corresponde revocar el auto interlocutorio impugnado (A.I. N° 951 de fecha 19 de septiembre de 2013), dictado por el Juez Penal de Garantías N° 11, abogado Miguel Mateo Fernández A., por no hallarse ajustado a derecho.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala,
RESUELVE:

1. DECLARAR la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el Sr. C. D. Z. G. por derecho propio y bajo patrocinio del Abog. Vidal Alejandro Peña, contra el A.I. N° 951 de fecha 19 de setiembre de 2013.

2. REVOCAR el auto interlocutorio recurrido (A.I. N° 951 de fecha 19 de septiembre de 2013), dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 11, a cargo del juez Miguel Tadeo Fernández, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia:

3. HACER LUGAR a la acción inconstitucional de Habeas Data, promovida por el señor C. D. Z. G. contra la Dirección de Informática de la Policía Nacional,

y OFICIAR a la Policía Nacional disponiendo, que en la expedición de los certificados de Antecedentes Policiales del ciudadano C. D. Z. G., al público, no conste en adelante la causa N° 20145-40-02-25000, por haber quedado extinta a través del A.I. N° 438 de fecha 21 de junio de 2007.

4. ANOTAR, registrar, notificar y remitir una copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

MIEMBROS: Bibiana Benítez Faría, Gustavo A. Ocampos González, Delio Vera Navarro.

ANTE MÍ: Luz D. Jiménez, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 48

Cuestión debatida: *Se analiza la configuración del hecho punible de omisión de auxilio en un accidente de tránsito.*

OMISIÓN PENAL. Omisión de Auxilio.

El hecho punible de Omisión de Auxilio no exige que se trate de una lesión grave sino de lesión considerable lo cual significa: “suficientemente grande, cuantioso o importante”.

RECURSO DE APELACIÓN. Recurso de Apelación en materia penal.

Impugnación mediante, deben explicitarse con claridad los errores de lógica, de fondo o de forma que aprecian del decisorio, o en igual dimensión “casos de vicios de sentencia” o “nulidad absoluta”, pues en el esquema del ritual no se permite “el revisionismo amplio”, como ocurría en el régimen procesal de 1890.

OMISIÓN PENAL. Omisión de Auxilio. JUICIO ORAL Y PÚBLICO.

Debe señalarse que por conjunto de fallos firmes y uniformes de este mismo Tribunal, se ha dejado sentado que el momento procesal para derruir a los argumentos de cargo es el acto procesal de enjuiciamiento oral, pues de no ejercerse en forma el contra examen, permitiéndose que éstos adquieran dimensión probatoria, por haber sobrepasado el tamiz de la contradicción, ya no se los puede corregir vía recurso, circunstancia en la cual se halla inmersa la propuesta impugnativa de la defensa técnica.

OMISIÓN PENAL. Omisión de Auxilio.

El defecto de la omisión de auxilio podría motivar hasta en un deceso fatal, precisamente por un incumplimiento de aquello que se exige a alguien que tiene posición de garante o eventualmente las lesiones leves también podrían ocasionar perjuicios mayores, pero lo relevante y determinante no es la evolución del perjuicio, sino el incumplimiento de una conducta que por disposición legal le era exigible, lo cual en el caso de autos no se halla en discusión, pues ha sido admitida.

OMISIÓN PENAL. Omisión de Auxilio. DOLO.

Con respecto a la ausencia de dolo, también argüida, debe llegarse a la misma conclusión, tan pronto examinada dicha institución del derecho penal de fondo, que requiere de conocimiento y voluntad para su concreción. Según reseña de agravios, la propia defensa admitió que sólo se probó la existencia de un roce de la camioneta con la víctima. Agregamos en la presente resolución, que la misma era conducida por la acusada I. A. C., quien al tener plena capacidad de conocer y motivarse conforme a la norma, al darse cuenta del “roce” de su vehículo con una persona física –tremenda diferencia de fuerza y medios– cuanto menos debió orientar su conducta hacia la atención del sujeto pasivo del hecho, actitud esperada en ella, omitida en la presente causa

JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Principio de inmediación.

Por el principio de inmediación, le está vedado a éste Tribunal de Alzada, ir más allá de ese control, es decir, no puede controlar la valoración de las pruebas que cae directamente bajo la observación del tribunal de sentencia del juicio oral.(voto en disidencia).

JUICIO ORAL Y PÚBLICO. Principio de inmediación.

En este punto de los agravios, debemos aclarar que a este Tribunal de Alzada le está vedado proceder al análisis de la cuestión de fondo objeto del debate en el juicio oral, sobre la base de cuestiones probatorias a través de la valoración en conjunto y en forma armónica de dichos elementos probatorios aportados al juicio, caso contrario se violentaría el principio de inmediación en la recepción del caudal probatorio, que sólo es atribución del Tribunal de Mérito, pudiendo sólo analizar la fundamentación de la resolución, conforme a lo tenido por acreditado por el Tribunal de Mérito de la relación fáctica y si la misma se ajusta a la realidad conforme a los elementos probatorios mencionados en la sentencia en su corroboración.(voto en disidencia).

OMISIÓN PENAL. Omisión de Auxilio.

El término “lesión considerable” tiene más coincidencias con “lesiones relevantes”, que produzcan una imposibilidad prolongada de la víctima en el uso de su cuerpo, o le imposibiliten a valerse libremente y que impliquen una atención sanitaria o de salud con tiempo de recuperación prolongada, circunstancias que no es el de la presente causa.

TApel. Penal. Cuarta Sala. 5/11/13. “I. A. C. C. S/ Omisión De Auxilio”. (Ac. y Sent. N° 48).

En observancia del principio de legalidad, Art. 1 del CP¹, el análisis de una causa penal debe partir de la existencia del “hecho penalmente relevante” que motivara la persecución y, consecuentemente, el procedimiento de rigor. Así, según la acusación fiscal, en relato fáctico, según reseña, expresa: “*En fecha 7 de junio de 2010, siendo aproximadamente las 13:10 horas, R. N. M. DE F. se encontraba caminando sobre la acera de la calle Roque Centurión Miranda y al cruzar la intersección de dicha calle con Santa Ana es investida por un vehículo individualizado como camioneta de la marca DODGE, tipo Nitro, color azul, año 2008, chapa DAB846 guiado por I. A. C. C., que circulaba por la calle Roque Centurión Miranda, cuya conductora no detuvo la marcha, de cuyas consecuencias la misma sufrió lesiones siendo derivada hasta el IPS. Posteriormente al choque la conductora se dio a la fuga y fue a esconderse dentro del estacionamiento del Supermercado Salemma, sin socorrerle a la víctima quien se encontraba embarazada, dejándole abandonada en el pavimento.*”

Acusación mediante (Fs. 33), la Fiscalía concluye que el hecho relatado se subsume en el tipo penal de *omisión de auxilio*, Art. 117 CP, en concordancia con el Art. 29 del mismo cuerpo legal. Igual calificación es asumida por la Juez de Garantías Patricia González, en el Auto de Apertura, A.I. N° 1.122 del 24 de noviembre de 2011, fojas 98 y sgtes.

Finalmente, por SD N° 204 del 16 de octubre del 2012, actualmente a nuestra atención, se ha condenado a I. A. C. C., por el hecho punible de *omisión de*

1. Art. 1° CP: PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción

auxilio, a la pena de 262 días multa, en razón al 30% de un jornal mínimo establecido para actividades diversas no especificadas de la Capital, por cada día multa, siendo cada jornal 63.778 Gs. Y realizando la operación matemática arroja la suma de guaraníes cinco millones doce mil trescientos veintidós (Gs. 5.012.322).

El orden en la emisión de las opiniones en la deliberación, es el siguiente: *EMILIANO R. ROLÓN, ARNULFO ARIAS MALDONADO y GUSTAVO OCAMPÓS.*

En base a la pretensión recursiva, a los agravios sustentados por el impugnante y a lo dispuesto en los Arts. 456, 466, 468, 472, última parte y 396 del CPP, el Tribunal acordó plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

1º) ¿Es competente el Tribunal de Apelaciones para entender en la presente causa?

2º) ¿Es admisible el recurso o se impone su rechazo?.

3º) ¿Se halla ajustada a derecho la conclusión de la causa, en análisis del juicio sobre el hecho y la responsabilidad; y, eventualmente, el juicio sobre la pena, según decisión del Tribunal de Sentencia Colegiado?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Miembro, Dr. EMILIANO R. ROLÓN FERNÁNDEZ, dijo: El estudio en alzada del *recurso de apelación especial* interpuesto contra la *SD N° 204 de 16 de octubre del 2012*, dictado por el Tribunal de Colegiado, es de competencia, sin lugar a dudas, del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Cuarta Sala. En efecto, las reglas establecidas en los Arts. 466 y sgtes. del C.P.P., autorizan el ejercicio del mecanismo de impugnación elegido y las reglas de competencia mencionadas en el Art. 40, Inc. 1) del ritual, otorgan atribución a la misma para decidir en el conflicto planteado, además, fue asignada a la Sala por el proceso de distribución establecido.

La causa con sentencia definitiva y el ejercicio del contradictorio ante el Tribunal sentenciador, fue recepcionada en la Cuarta Sala Penal, para la atención de apelación, deducida por la defensa técnica, el 21 de noviembre del 2012. En fecha 10 diciembre del 2012, a petición del Tribunal de origen, se le remiten los autos a los efectos de dar trámite a la revisión de medida cautelar. Una vez resulta en origen y en ésta el planteamiento sobre medidas cautelares, a fines del mismo mes y año, asume el *Dr. Carlos Ortiz Barrios* como Miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Cuarta Sala, según Decreto N° 1405. El

mismo, como competente natural de Sala, se inhibe de entender en la presente causa “por haber intervenido en la misma, como Miembro Titular del Tribunal de Sentencia juzgador”.

Se integró, finalmente la Sala, con el Dr. Gustavo Ocampos, notificadas a las partes el *13 de junio del 2013*, luego del cual *la causa ha quedado expedita para su atención*. Además, las partes de la relación procesal no han formulado objeción a la composición de la Sala, por lo que la competencia material es insoslayable.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA, el mismo Miembro continúa exponiendo: El control horizontal y vertical que se ejerce desde la etapa del juicio oral y público y la concreción del enjuiciamiento criminal en la misma, hace que la posibilidad de atención de lo sustancial del conflicto jurídico-penal por el órgano de alzada, *sea considerablemente disminuida*, ya que materialmente sólo pueden atenderse argumentaciones referidas a la *inobservancia o errónea aplicación del precepto legal*, Art. 467 del C.P.P. Cuando la errónea aplicación de la norma constituye defecto de procedimiento, se requiere que el afectado haya reclamado *oportuno saneamiento* o ejercicio *reserva de recurrir* viabilizándose la atención directa, además de lo señalado precedentemente, para los casos de *nulidad absoluta o vicios de sentencia, fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo*, (sic), reza tajantemente la segunda parte del Art. 468 del C.P.P., normativa que exige previamente la *fundamentación concreta y separada*, que conlleve *propuesta de solución*.

Necesariamente, con tales requerimientos del ritual, resultará determinante la expresión de agravios porque ello marcará las posibilidades de obtener respuesta en lo sustancial. Obviamente, el control del cumplimiento de la admisibilidad formal – *legitimación activa, temporalidad y afectabilidad*– será el punto de partida, y si dicho “juicio” es positivo a los intereses del impugnante, se viabilizará la atención de lo sustancial.

El escrito de impugnación de la defensa técnica de fecha *3 de mayo del 2013*, ha cumplido con los requisitos de orden formal y material. Del mismo, también surge que se ha expresado en forma concreta las cuestiones puntuales que objeta del decisorio, conteniendo además, propuesta de solución, por lo que tales requisitos que hacen a la admisibilidad formal y material, han quedado complicados. En el escrito de referencia, se aducen inobservancia o errónea aplicación de preceptos legales, *inobservancia de las reglas de la sana crítica*, peticionán-

dose finalmente la revocatoria de la sentencia apelada, los cuales ameritan la atención de lo sustancial del conflicto, según lineamiento estructural precedentemente esbozado.

A LA TERCERA CUESTIÓN PROPUESTA, el mismo Miembro continúa exponiendo: Ya en atención de lo sustancial del conflicto, corresponde señalar que la referida sentencia se ha resuelto, lo siguiente: “1) *DECLARAR la competencia de este TRIBUNAL COLEGIADO DE SENTENCIA integrado por la jueza LIZA MARÍA BATTILANA BRAVARD, como Presidenta del mismo, y como miembros titulares a los jueces CARLOS ORTIZ BARRIOS y MANUEL AGUIRRE RODAS, para entender y juzgar en ésta causa.* 2) *DECLARAR la procedencia de la acción penal incoada por el representante del Ministerio Público.* 3) *DECLARAR probado en juicio la existencia del hecho punible de OMISIÓN DE AUXILIO...//...;* 4) *DECLARAR demostrado en juicio la autoría del ilícito en la persona de la acusada I. A. C. C. en el hecho típico, antijurídico, reprochable y punible de OMISIÓN DE AUXILIO, cuya existencia fuera determinada precedentemente.* 5) *CALIFICAR la conducta atribuida a I. A. C. C. dentro de las disposiciones del Art. 117 inc. 1º numeral 1 del Código Penal en concordancia con el Art. 29 Inc. 1º primera parte del mismo cuerpo legal.* 6) *DECLARAR la conducta de I. A. C. a la pena de 262 días multa en razón al 30% de una jornal mínimo establecido para actividades diversas no especificadas en la Capital, por cada día multa siendo cada jornal 63.778 guaraníes, y realizando la operación matemática arroja la suma de Guaraníes cinco millones doce mil trescientos veintidós (Gs. 5.012.322) que deberá ser depositado en el Banco Central del Paraguay en una cuenta especial abierta a la orden de la Corte Suprema de Justicia, bajo apercibimiento de llevar adelante la ejecución hasta el cobro íntegro de la sanción establecida; debiendo el Juzgado de Ejecución correspondiente arbitrar los medios necesarios para el cobro de la presente sanción impuesta, una vez firme la presente resolución y cause ejecutoria.* 7) *DECLARAR civilmente responsable a la condenada I. A. C. C., por el hecho punible cometido.* 8) *LIBRAR oficios a la sección de Antecedentes Penales del Poder Judicial...//..* 9) *IMPONER las costas en el presente juicio a la condenada.* 10) *ANOTAR..*

De conformidad al Art. 456 del C.P.C., que dice: “*COMPETENCIA. Al tribunal que resuelva el recurso se le atribuirá el conocimiento del procedimiento, exclusivamente en cuanto a los puntos de la resolución que han sido impugna-*

dos”, corresponde puntualizar los agravios, expuestos por el recurrente, así como la posición sustentada por la adversa, en cumplimiento del principio de contradicción.

La *defensa técnica* expresa como agravios, según reseña, cuanto sigue: 1) se desconoce los elementos probatorios en los que el Tribunal se basó, pues de todos los testigos que declararon, ninguno vio el hecho ocurrido, salvo la víctima; 2) de todas las declaraciones sólo quedó probado que hubo un roce entre la camioneta y la víctima por lo que esta cayó produciendo un golpe; 3) no quedó probado la supuesta fuga que menciona el Tribunal, pues la acusada estacionó en un supermercado que queda a metros del lugar del accidente; 4) la misma víctima estuvo intercambiando pareceres con la procesada hasta que fue llevada en ambulancia al IPS, presentándose ésta en la Comisaría 10° como consta en la prueba documental; 5) de manera aberrante dice la resolución *“en conclusión y haciendo un análisis de todas las pruebas que fueron producidas a lo largo de este juicio, resulta que todas y cada una de ellas demuestran la existencia del hecho punible de OMISIÓN DE AUXILIO..”*; 6) el artículo señalado indica que el sujeto activo debe salvar de la muerte o de una lesión considerable a la víctima, mientras que de las pruebas tenemos que sólo hubo una *“contusión moderada”* o sea un golpe y no una *“lesión considerable”* que establece la ley; 7) desde el momento que la conducta no es típica no podemos entrar a analizar la antijuridicidad, irreprochabilidad ni mucho menos la punibilidad; 8) la conducta de la procesada más bien debió ser más solidaria, que tiene relación con las buenas costumbres de esta sociedad, lo que no significa que su conducta sea punible en el ámbito penal; 9) el Tribunal pretende aplicar una sanción por una conducta que la procesada no realizó, que no estaba obligada a realizar porque la ley no lo señala; 10) *como propuesta de solución solicita se revoque la sentencia impugnada declarando la absolución de la procesada o en su defecto disponga el reenvío ordenando la reposición de un nuevo juicio.*

La agente fiscal Ariela Chaparro, ha contestado el traslado corrídole, manifestando, según síntesis: 1) el Tribunal se fundó en los testimonios depuestos en el juicio, pues todos coincidieron, no existió contradicción en el relato de cómo sucedieron los hechos; 2) la fuga se dio cuando la señora rozó a la víctima y siguió su camino, ingresando al supermercado; 3) la defensa cuestiona la *“contusión moderada”*, alegando que no es una *“lesión considerable”*, mientras que en realidad de los documentos se desprende que la víctima era una persona gestante,

tuvo reposo, una fisura, además de haberse practicado exhaustivos exámenes tanto ella como el feto; 4) el hecho punible de Omisión de Auxilio no exige que se trate de una lesión grave sino de lesión considerable lo cual significa: “*suficientemente grande, cuantioso o importante*”; 5) la acusada tuvo conocimiento que rozó a la víctima desde el mismo momento en que la rozó; 6) la condena que impuso el Tribunal de Sentencia, en mayoría, s ajusta a derecho, habiendo valorado correctamente cada una de las pruebas producidas en juicio; 7) se solicita tener por contestado el traslado de apelación especial de acuerdo a los fundamentos expuestos.

El análisis objetivo de la sentencia, en dimensiones atribuibles al Tribunal de Apelaciones, otorgará la perspectiva de una apreciación final de este órgano, y ello provendrá del examen realizado en los juicios; sobre “*el hecho y la participación criminal*”, y, eventualmente “*el juicio sobre la pena*”, según conclusiones primarias asumidas por el Tribunal de Sentencia.

Para tal menester, los órganos de alzada, cuentan con dos documentos relevantes: “*el acta de juicio*” y “*la sentencia propiamente dicha*”. El primer documento señala la cronología evolutiva del acto procesal de juzgamiento y, el segundo, esencialmente, la dimensión otorgada a los medios probatorios, la concreción del juicio sobre la justificación del hecho penalmente relevante, la reprochabilidad del participante, y finalmente, la respuesta atinente al caso.

EL JUICIO SOBRE EL HECHO. En el modelo de enjuiciamiento criminal que nos rige, tal como se ha expuesto líneas arriba, existen limitaciones para la atención del conflicto en alzada, pues los hechos y las pruebas han quedado fijados, según los ha asumido el Tribunal de Sentencia correspondiente, por *la preeminencia de la instancia única*—basado en el acto procesal de enjuiciamiento público— en donde se concretan los principios procesales de indemnización, concentración, contradicción, oralidad y economía procesal, etc., inmersos en los principios del modelo acusatorio, basado en el concepto Republicano de Justicia, *razón por la cual los hechos y las pruebas son intangibles para los órganos de alzada*.

En ese sentido se orientan, la construcción jurídica el ritual y los fallos firmes y uniformes de nuestros Tribunales, entre ellos, del propio ente rector, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que se reseña a continuación, cuando expresan: *Causa: “A. G., N. O., J. B. Vda. O., J. L. y O. C. s/ supuesto hecho punible c/ la prueba documental”: ...//...Por el principio de inmediación*

que sirve de sustento al nuevo proceso penal oral (artículo 1, 2º, párrafo del C.P.P.), y por los preceptos del derecho de fondo enunciados precedentemente, tanto el reproche penal, como la individualización de la pena y su graduación, al estar basados en hechos, corresponden únicamente al Tribunal de Mérito o al Juez Penal de Garantías (para los casos de procedimiento abreviado. Los Tribunales de Alzada, en el ámbito de los recursos, no están en un nivel de inmediación con las circunstancias de hecho ventilados en los debates del juzgamiento oral, y por consiguiente, carecen de potestad de modificar la medición de la pena efectuada por el Juez de juicio....//...

Del mismo modo, esta Sala ha venido sosteniendo invariablemente, tal temperamento y se citan como precedentes, los casos de: a) “N. C. s/ difamación, calumnia e injuria – N° 01, 01, 03, 01, 5450, 2004”; b) “J. C. A. C., F. A. y L. A. s/ Robo Agravado – N° 01, 01, 02, 07, 2004, 1005”; c) “F. R. N. C. y otros s/ Robo Agravado – N° 01, 01, 02, 09, 2004, 796”; d) “M. F. A. y otros s/ Tráfico de Drogas – N° 01, 01, 02, 01, 2005, 10471”; e) “E. S. N. y otros s/ denigración de la memoria de un muerto – N° 01, 01, 03, 01, 7330, 2006”, decisiones a través de las cuales se reafirma la dicha imposibilidad.

Sentado lo que antecede, debe agregarse que, impugnación mediante, deben explicitarse con claridad los errores de logicidad, de fondo o de forma que aprecian del decisorio, o en igual dimensión “casos de vicios de sentencia” o “nulidad absoluta”, pues en el esquema del ritual no se permite “el revisionismo amplio”, como ocurría en el régimen procesal de 1890.

Ya entrado al examen de las conclusiones realizadas por el Tribunal de Sentencia –en lo que atañe al juicio sobre el hecho– debe expresarse que la defensa técnica bajo la denominación de inobservancia o errónea aplicación de preceptos legales, inobservancia de las reglas de la sana crítica, pretende en realidad un revisionismo amplio, pues manifiesta la inexistencia del dolo hasta ensaya una tesis de atipicidad, no realizando cuestionamientos serios sobre la conclusión del Tribunal de Sentencia, referidos al “juicio sobre el hecho” y al “juicio sobre la pena”.

Sobre el primer aspecto mencionado en el párrafo anterior, debe señalarse que por conjunto de fallos firmes y uniformes de este mismo Tribunal, se ha dejado sentado que el momento procesal para derruir a los argumentos de cargo es el acto procesal de enjuiciamiento oral, pues de no ejercerse en forma el contraexamen, permitiéndose que éstos adquieran dimensión probatoria, por

haber sobrepasado el tamiz de la contradicción, *ya no se los puede corregir vía recurso*, circunstancia en la cual se halla inmersa la propuesta impugnativa de la defensa técnica.

A lo dicho debe agregarse que la defensa también ha ensayado tesis de atipicidad en la conducta, manifestando que en realidad se trata de una cuestión de orden moral, que no se encuentra castigada con sanción en el ámbito penal. Sobre tal aspecto del juicio, debe señalarse que el tipo legal infringido, según la calificación asumida por el Tribunal de Sentencia, Art. 117¹ CP, requiere de una evaluación *ex post*, pues la norma refiere *al que no salvara a otro de la muerte o lesión considerable*, acontecimiento que en el momento de la concreción del acto penalmente relevante, será siempre una eventualidad futura e incierta, lo cual desmotiva la tesis de la inexistencia de muerte o lesión considerable, pues en realidad estos resultados no son los relevantes en una conducta manifiesta de omisión de auxilio. En efecto, en tren de casualidad, el defecto de la omisión de auxilio podría motivar hasta en un deceso fatal, precisamente por un incumplimiento de aquello que se exige a alguien que tiene posición de garante o eventualmente las lesiones leves también podrían ocasionar perjuicios mayores, pero lo relevante y determinante no es la evolución del perjuicio, *sino el incumplimiento de una conducta que por disposición legal le era exigible*, lo cual en el caso de autos no se halla en discusión, pues ha sido admitida.

Con respecto a la ausencia de dolo, también argüida, debe llegarse a la misma conclusión, tan pronto examinada dicha institución del derecho penal de fondo, que requiere de conocimiento y voluntad para su concreción. Según reseña de agravios, la propia defensa admitió que sólo se probó la existencia de *un roce de la camioneta* con la víctima. Agregamos en la presente resolución, que la misma era conducida por la acusada I. A. C., quien al tener plena capacidad de conocer y motivarse conforme a la norma, al darse cuenta del “roce” de su vehículo con una persona física *–tremenda diferencia de fuerza y medios–* cuanto menos debió orientar su conducta hacia la atención del sujeto pasivo del hecho, actitud esperada en ella, omitida en la presente causa.

1. Art. 117 CP. OMISIÓN DE AUXILIO. 1° El que no salvara a otro de la muerte o de una lesión considerable, pudiendo hacerlo sin riesgo personal, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa, cuando: 1. el omitente estuviera presente en el suceso; o 2. Cuando el omitente, por una conducta antijurídica anterior, haya contribuido a que se produjera el riesgo,...

El Tribunal de Sentencia en mayoría ha realizado una correcta construcción del hecho y la participación criminal, razón por la cual somos de la convicción que esta parte de la resolución no ofrece reparos en regularidad procesal.

EL JUICIO SOBRE LA PENA. Al quedar correctamente concretado el juicio sobre el hecho, según lo hasta aquí examinado, correspondería *el estudio del juicio sobre la pena* y en ese orden es dable recordar que en el sistema acusatorio la mesuración de la misma o dosimetría penal, debe observar el siguiente lineamiento: 1) *el tipo penal infringido*, Art. 1º del CP; 2) *el grado de reproche al autor o partícipe*, quien tiene condiciones, por conocimiento y voluntad, Art. 2º del C.P.; 3) *las bases de medición de penas*, señalados en el Art. 65 del Código Penal, sobre las cuales se volverá más adelante; y, por último, 4) *los objetivos de la pena*, previstos en los Arts. 20 de la C.N. y 3 y 39 del Código Penal, de rehabilitación o readaptación y defensa de la sociedad. No obstante, dicha propuesta se convierte en un imposible en el caso de autos, pues a tenor de lo que dispone el Art. 456 CPP, *sólo son atendibles las propuestas impugnatorias en la medida de los agravios*, y en el punto de la sanción la defensa técnica nada ha expuesto, por lo que no existe condición de oposición en tal juicio, razón por la cual se impone la confirmación del fallo recurrido, también en este punto de análisis.

A su turno, el DR. ARNULFO ARIAS MALDONADO, manifiesta que comparte la opinión que antecede, del *Dr. Emiliano R. Rolón Fernández*, por los mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL DOCTOR GUSTAVO ADOLFO OCAMPOS GONZÁLEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MIEMBRO PREOPINANTE DOCTOR OCAMPOS GONZÁLEZ DIJO: El estudio en alzada del recurso de apelación especial contra la S.D. N° 204 de fecha 16 de octubre de 2012, es de competencia de este Tribunal de Apelaciones, atendiendo a las reglas establecidas en los Arts. 40 inc. 1º y 466 del Código Procesal Penal, otorgan la facultad al Tribunal de Apelación para decidir en apelación especial. Entre las cuestiones afectables a dicho mecanismo de impugnación se halla la resolución que nos ocupa, sentencia definitiva del Tribunal de Sentencia respectivo, procedente de un juicio oral. Además, las partes de la relación procesal no han formulado objeción alguna con respecto a la integración de este Tribunal de Alzada, con lo que la atención de la presente causa por esta Sala resulta procedente. Consecuentemente estoy por la afirmativa de la primera cuestión planteada. Es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DOCTOR OCAMPOS GONZÁLEZ DIJO: Corresponde el examen de la legitimidad de la interposición del recurso de apelación especial interpuesto en la presente causa; así el artículo 466 del Código procesal Penal, establece que: *“Sólo podrá deducirse el recurso de apelación especial contra las sentencias definitivas dictadas por el juez o el tribunal de sentencia en el juicio oral”*. En efecto la impugnante recurre de la Sentencia Definitiva N° 204 de fecha 16 de octubre de 2012, dictada por el Tribunal de Sentencia, conformado por los jueces: abogada LIZA MARÍA BATTILANABRAVARD, como presidenta, y los doctores CARLOS ORTIZ BARRIOS, como miembros titulares, con lo que se halla cumplido con lo dispuesto en el texto de la norma referida.

Que, en cuanto a la forma y tiempo de la interposición de los recursos, tenemos que el artículo 468 del Código Procesal Penal dispone imperativamente que: *“El recurso de apelación se interpondrá ante el juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días luego de notificada, y por escrito fundado, en el que se expresará, concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende...”*.

En el acta de juicio oral (fs. 167) se tiene que el Tribunal Sentencia dispuso: *“...Siendo las quince horas y treinta minutos se reanuda la audiencia con el ingreso del Tribunal a la Sala de Juicio Oral, estando presentes todas las partes, la Presidenta del Tribunal, fundamenta sucintamente el contenido de la sentencia recaída en la presente causa, comunicando a las partes que el fundamento in extenso de la sentencia se dará por su lectura el día Martes 16 de octubre de 2012, a las 14:00 horas, en la Secretaría del Juzgado Penal de Sentencia N° 20, ubicada en el Palacio de Justicia de la Ciudad de Asunción, sito en el 6to. Piso Torre Norte, a cargo de la Actuaría Judicial Abog. CLAUDIA GONZÁLEZ, asimismo comunica a las partes que comparezcan o no a la Secretaría del Juzgado, se los tendrá por notificados y a partir de día siguiente hábil, tendrán las partes diez días hábiles para impugnar la sentencia si así convinieren a sus derechos.”* (Sic)

En cuanto a la notificación, el artículo 153 del Código Procesal Penal dispone: *“...Los defensores o representantes de las partes serán notificados en lugar de ellas, salvo que por la naturaleza del acto o porque lo fije la ley, sea necesario notificar personalmente al afectado. Cuando se trate de sentencias condenatorias o de resoluciones que impongan medidas cautelares personales o reales, sin perjuicio de la notificación al defensor, se deberá notificar personalmente al imputado o condenado...”* (Sic)

De las constancias de autos, vemos que ha quedado notificada la condenada I. A. C. C., en fecha 18 de octubre de 2012, según consta en el Cédula de Notificación obrante a fs. 171, no existiendo en cambio constancia de notificación a los Abogados representantes convencionales de la defensa, debiendo tenerse por cumplido con dicho requisito con la presentación del escrito por el que interpone el recurso de apelación especial, en fecha 30 de octubre de 2012, a fs. 172/179 de autos, deviniendo en consecuencia en tiempo oportuno y con las formalidades requeridas, correspondiendo se declare su admisibilidad, es decir estoy por la afirmativa de la segunda cuestión planteada. Es mi voto.

ALA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DOCTOR OCAMPOS DIJO:
 Por S.D. N° 204 de fecha 16 de octubre de 2012, dictada se resolvió: “1°) *DECLARAR la competencia de este TRIBUNAL COLEGIADO DE SENTENCIA, integrado por la jueza: abogada LIZA MARÍA BATTILANA BRAVARD, como Presidenta del mismo, y como miembros titulares a los jueces CARLOS ORTIZ BARRIOS y MANUEL AGUIRRE RODAS, para entender y juzgar en ésta causa. ... 2°) DECLARAR la procedencia de la acción penal incoada por la representante del Ministerio Público. ... 3°) DECLARAR probado en juicio la existencia del hecho punible de OMISIÓN DE AUXILIO acusado en autos por la representante del Ministerio Público y sometido a estudio de este Tribunal Colegiado de Sentencia. ... 4°) DECLARAR demostrado en juicio la autoría del ilícito en la persona de la acusada I. A. C.C., en el hecho típico, antijurídico, reprochable y punible de OMISIÓN DE AUXILIO, cuya existencia fuera determinada precedentemente. ... 5°) CLASIFICAR la conducta de I.A.C.C., dentro de las disposiciones del Art. 117 inc. 1° numeral 1 del Código Penal en concordancia con el Art. 29 inc. 1° primera parte del mismo cuerpo legal. ... 6°) DECLARAR la conducta de I.A.C.C., como Típica, Antijurídica y Reprochable. ... 7°) CONDENAR a I.A.C.C., a la pena de 262 días multa, en razón al 30% de un jornal mínimo establecido para actividades diversas no especificadas de la Capital, por cada día multa, siendo cada jornal 63.778 guaraníes y realizando la operación matemática arroja la suma de Guaraníes cinco millones doce mil trescientos veintidós (Gs. 5.012.322), que deberá ser depositado en el Banco Central del Paraguay en una cuenta especial abierta a la orden de la Corte Suprema de Justicia; debiendo el Juzgado de Ejecución correspondiente arbitrar los medios necesarios para el cobro de la presente sanción impuesta, una vez firme la presente resolución y cause ejecutoria. ... 8°) DECLARAR civilmente responsable a la*

condenada I.A.C.C., por el hecho punible cometido. ... 10º) IMPONER las costas del presente juicio a la condenada. ... (sic)

Entrando al análisis de la cuestión planteada, debemos mencionar las disposiciones del art. 467 del C.P.P. que dice: *“El recurso de apelación contra la sentencia definitiva sólo procederá cuando ella se base en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal...”*.

Del texto de la norma transcrita, surge que el recurso de apelación especial trata sobre el control de la sentencia y sobre sus fundamentos, es decir, sobre el fundamento legal en que se basa la resolución o sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral. Ahora bien, por el principio de inmediación, le está vedado a éste Tribunal de Alzada, ir más allá de ese control, es decir, no puede controlar la valoración de las pruebas que cae directamente bajo la observación del tribunal de sentencia del juicio oral.

Al estudio de la sentencia recaída en juicio oral y público, los hechos acusados por la Representante del Ministerio Público quien formuló acusación contra la procesada *I. A. C. C.* por la comisión del hecho punible de OMISION DE AUXILIO, previsto en el artículo 117 del Código Penal, como asimismo la calificación determinada en el auto de apertura a juicio oral y público, como los hechos fijados por el Tribunal de Sentencia (valorados convenientemente) existiendo en consecuencia plena correspondencia.

En cuanto a los agravios expuestos por la Representación Convencional de la Defensa, vemos que en primer término en su cuestionamientos hace una objeción a la forma de valoración de las pruebas por el Tribunal de Mérito, transcribiendo parte de las declaraciones de testigos, que en alguna medida acreditarían la existencia de un hecho de accidente de tránsito, del que resultaría víctima la denunciante *R. N. M. de F.*, quien cayera al pavimento, produciéndole un golpe en el brazo, siguiendo con la transcripción de los hechos sucedidos en dicha oportunidad de acuerdo a dichos relatos menciona que su defendida estacionó su vehículo en el supermercado a metros del lugar del accidente, tratando de resaltar con ello la inexistencia de la supuesta fuga, agregando que la acusada estuvo intercambiando luego pareceres con la víctima, culminando dicha exposición de sus agravios para mencionar el tipo de lesión sufrida por la afectada por el accidente, haciendo un cotejo con los elementos del tipo penal, y en el caso específico de la naturaleza de la afección de la víctima, que debe darse para ser incurso la conducta de la condena en el tipo legal, que es de peligro de muerte o lesión considerable.

En este punto de los agravios, debemos aclarar que a este Tribunal de Alzada le está vedado proceder al análisis de la cuestión de fondo objeto del debate en el juicio oral, sobre la base de cuestiones probatorias a través de la valoración en conjunto y en forma armónica de dichos elementos probatorios aportados al juicio, caso contrario se violentaría el principio de inmediación en la recepción del caudal probatorio, que sólo es atribución del Tribunal de Mérito, pudiendo sólo analizar la fundamentación de la resolución, conforme a lo tenido por acreditado por el Tribunal de Mérito de la relación fáctica y si la misma se ajusta a la realidad conforme a los elementos probatorios mencionados en la sentencia en su corroboración.

En ese sentido, de la lectura de la sentencia en mayoría, vemos que el Tribunal Inferior en primer término luego de la de la transcripción de los dichos de la procesada en su indagatoria, como de los testigos R. N. M. de F. (víctima), N. E. P., N. E. V., D. R. A. y V. G. R. L., siguiendo con las documentales que refieren por un lado al escrito de denuncia policial y la transcripción del acta de denuncia y los Diagnósticos Médicos, uno de ellos expedidos por la Dra. C. A. de R., para concluir en primer término por el voto unánime, de cómo ocurrieron los hechos que hacen al accidente de tránsito, estableciendo luego el voto en mayoría de la valoración de cada uno de los elementos probatorios ingresados al juicio, refiriendo a los testimonios brindados, que al entender de los juzgados adquieren preponderancia y resultaron conducentes para llegar a la plena convicción de la existencia de los hechos probados de la supuesta fuga de la encausada, quien al producirse el accidente no quedó en el lugar del hecho, sino que continuo la marcha de su rodado y fue a estacionar en el predio del supermercado a escasos metros del lugar, descendiendo del vehículo y dirigirse hacia la escalera que va al interior del supermercado, dejando abandonada a su suerte a la damnificada quien se hallaba en estado de embarazo o gravidez, concluyendo que todas y cada una de las pruebas demuestran la existencia del hecho punible de OMISIÓN DE AUXILIO, del que resultara autora la encausada, estableciendo el nexo causal en tal sentido y el resultado producido, refiriendo en mayoría que se ha demostrado la existencia del hecho punible mencionado, atribuido a la acusada, encontrando antijurídica y reprochable su conducta, pasando a analizar la pena.

Que, el Miembro Titular del Tribunal de Sentencia, Doctor Carlos M. Ortiz Barrios, voto en minoría, haciendo un análisis del presupuesto fáctico expuesto,

apoyado en las pruebas producidas en debate en el juicio oral, para referir luego de proceder al análisis de los elementos componentes del tipo legal, que el caso concreto se trata de un delito de omisión pura, que no requiere de la producción de un resultado, y en el análisis de los elementos, resalta como el principal el hecho de no salvar de la muerte a una persona o de una lesión considerable, circunstancia que no se da a su criterio, en la conducta sometida a estudio del tribunal, apoyado en el Diagnóstico Médico en la Sala de Urgencias del Servicio de Obstetricia del Hospital central del I.P.S., que refiere como única lesión, una excoriación en el tercio superior del antebrazo izquierdo; consignándose que la paciente no quedo internada. Pasa luego el opinante, transcribir definiciones de lo que entendería por excoriaciones, como “levantamiento o irritación de la piel, adoptando un aspecto escamoso, quedando la carne al descubierto”, del que resulta a su criterio que la víctima no estuvo en peligro de muerte y que en cuanto a la lesión considerable, se remite a lo dicho por el Diccionario de la Academia como: “daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad ...”, deduciendo que el término lesión considerable, se utilizaría para describir una lesión importante, relevante en materia penal, volviendo a recurrir a lo contenido en el diagnóstico médico, que resultaría determinante, para decir que la lesión de la víctima R. N. M. de F. definitivamente no es considerable, no dándose por ello los presupuestos objetivos del tipo de omisión de auxilio, invocando el principio de legalidad, para concretar su voto en disidencia, de que la acusada no puede ser sujeto activo de la conducta investigada, al no darse los presupuestos básicos para acreditar la existencia del hecho de omisión de auxilio, determinándose por la absolución de culpa y pena de la procesada.

Que, si bien este Tribunal de Alzada, como hemos señalado no puede avocarse nuevamente a la tarea del examen en conjunto de los elementos probatorios aportados y diligenciados en juicio oral, debido a que le está vedado, caso contrario se violentaría el principio de inmediatez, pero ello no obsta a que si se examine el fundamento de la sentencia en mayoría en este caso, que es la que define lo resuelto en la misma, partiendo de la situación fáctica tenida por acreditada, surgiendo de la misma que no fue objeto de discusión el hecho de que la víctima y denunciante Señora R. N. M. de F., fue impactada por el vehículo de la encausada I. A. C. C., no quedando claro en la fundamentación de la relación fáctica tenida por acreditada, en qué circunstancias, se produjo ese impacto que

puedan derivar en la responsabilidad o no de la encausada, como al punto de que con posterioridad a la ocurrencia del hecho, la acusada, profesional médica no asistió a la víctima, dejándole tendida en el asfalto. Al mismo tiempo, se observa que si bien en el voto mayoritario, en su argumentación se hace un análisis de los elementos de tipo legal y de su cotejo con las circunstancias de la conducta investigada, sin examinarse a profundidad el elemento que hace al tipo de lesión establecido en el texto de la norma, que refiere a no salvar a la víctima del peligro de muerte o lesión considerable, y es precisamente en este punto, en que se encuentran vicios en la sentencia, que hacen a una errónea interpretación y aplicación de la norma debido a que en el Diagnóstico Médico transcrito en la sentencia, se mencionan solo escoriaciones, contusión moderada en codo izquierdo post trauma, y que la víctima se hallaba en estado de gestación o embarazo, pero no se menciona ninguna afectación de dicho estado de gravidez, como consecuencia del accidente de tránsito sufrido.

Partiendo de la descripción de las lesiones sufridas por la víctima, enunciadas en el certificado médico aludido, en primer término, no se refiere a peligro de muerte; como en lo referente a escoriaciones, más se referirían en el lenguaje común a rasguños o raspones de la piel y hasta pequeños sangrados, no se mencionan fracturas óseas.

El término lesión considerable, tiene más coincidencias con lesiones relevantes, que produzcan una imposibilidad prolongada de la víctima en el uso de su cuerpo, o le imposibiliten a valerse libremente y que impliquen una atención sanitaria o de salud con tiempo de recuperación prolongada, circunstancias que no es el de la presente causa.

En las condiciones expuestas, vemos que se observa en el voto en mayoría, defectos que hacen a vicios de la sentencia, de los contemplados en el artículo 403 inciso 49 del Código Procesal Penal, que hacen por un lado a una insuficiente fundamentación, e incluso en otro aspecto a una contradictoria fundamentación, al no observarse en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.

Que, el voto en minoría, en cambio, emitido por el Miembro Titular del Tribunal de Sentencia, doctor Carlos Ortiz Barrios, se halla ajustado a derecho, al examinar precisamente todos y cada uno de los elementos del tipo legal, en cotejo como los elementos probatorios aportados al juicio, llegando a la conclusión de la inexistencia en la conducta investigada de los presupuestos objetivos

de la conducta típica, o en otros términos, no se dan los presupuestos básicos para la acreditación de la existencia del hecho punible contemplado en el artículo 117 del Código Penal, determinándose finalmente por la absolución de culpa y pena de la procesada.

Al respecto por principio de legalidad, establecido en el artículo 1° del Código Penal, que refiere: *“Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descriptos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.”*. Al decir del texto de la norma en forma estricta, implica que todos y cada uno de los elementos de la conducta se deben dar en el caso sometido a proceso, para ser susceptible o haga viable la punibilidad, todo ello por el principio de taxatividad y garantía de la norma penal, como al hecho de que no se admite en materia penal, la interpretación analógica o extensiva de la norma para comprender en ella circunstancias no previstas.

Al respecto conviene invocar a Juan Fernández Carrasquilla, en su Libro *“Concepto y límites del Derecho Penal”*, 2ª edición, *“El Derecho Penal en función a los valores político-criminales positivos”*, Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, Colombia, año 1994, pág. 64, que al referir a las características del Derecho Penal, como Fragmentario, dice: *“Por su extrema severidad, los recursos punitivos no están disponibles – en el régimen de un Estado republicano o socio-liberal de derecho– para el control de cualquier conducta o la solución de cualquier conflicto social, ni tampoco para la represión de bagatelas. ... los tipos penales contienen la descripción clara e inequívoca de la conducta punible ... Los tipos, pues, determinan cuáles no son punibles ... El principio de legalidad garantiza, a su vez, que solo serán penadas las conductas típicas, esto es, las que coinciden exactamente con la descripción o el modelo del texto de la ley incriminatoria en su “sentido literal posible” (nullum crime sine lege), a las cuales se aplicarán únicamente las penas previstas en el tipo respectivo (nulla poena sine lege). Los hechos, de suyo ilícitos que no se adecuen perfectamente a esa descripción legal pueden seguir siendo contrarios a derecho, pero serán en todo caso atípicos y por tanto impunes...”*. (sic).

Por otro lado Alfonso Reyes Echandía, en su libro *“Tipicidad”*, 6ª edición, Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, Colombia, págs. 13/14, al referirse a la importancia de la Tipicidad y la Función Garantizadora del sistema penal, dice: *“...la tipicidad protege la seguridad jurídica de los coasociados, entendien-*

do por tal “el conjunto de condiciones que atañen a la esencia misma del derecho y por medio de las cuales los integrantes de un grupo social determinado conocen los carriles en que deben encauzar sus conductas y las consecuencias que el apartamiento de ellos puede acarrearles ... Es tal la importancia del fenómeno en estudio, por el aspecto que venimos destacando, que el juez no podrá enjuiciar como ilícitos, so pena de incurrir él mismo en abuso de autoridad, aquellos comportamientos que no se adecuen al tipo legal, aún en el caso de que ellos parezcan manifiestamente injustos o contrarios a la moral.”.(sic)

Por último, podemos invocar lo sostenido por Alfonso Serrano Gómez, en su Libro “Casos Prácticos de Derecho Penal. Teoría y Jurisprudencia”, 5ª edición, Editorial Dykinson, años 1994, Madrid, al referir al Principio de Legalidad, cuando dice: *“Es sabido que el Derecho Penal no coincide totalmente con la ética, y que dicha rama del ordenamiento no criminaliza sino lo que contraría un minimum ético exigible, de lo que se deriva que, por muy reprehensible, reprochable e inmoral que parezca un comportamiento, éste, por virtud del principio de legalidad, no constituirá delito sino cuando pueda subsumirse en alguna de las descripciones que integran el catálogo de infracciones contenido en el Código Penal o en Leyes Especiales, no siendo, por lo demás admisibles aplicaciones o interpretaciones analógicas, ni siquiera hermenéuticas extensivas que fuercen la operación de un precepto penal más allá de lo expresado en su texto, excediéndose no sólo de lo querido por el legislador, sino incluso de la Mens legis. ... El principio de legalidad, dice la doctrina científica, es el principal límite impuesto por exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el estado intervenga penalmente más allá de lo que permite la Ley y a que los preceptos que contengan conductas que se sancionan con penas, se ajusten a los principios de taxatividad y certeza. La jurisprudencia ha de velar, precisamente, con muy especial atención, por esta elemental exigencia. ...”*.(sic)

Que, en las condiciones expuestas, se concluye que en la sentencia en estudio, se detectan vicios que justifican la apelación especial, derivada de la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal, derivando como lógica consecuencia en la declaración de nulidad de la resolución impugnada (S.D. N° 204 de fecha 16 de octubre de 2013), dictada por el Tribunal de Sentencia, conformado por los jueces abogada LIZA MARIA BATTILANA BRAVARD, como presi-

denta, y los doctores CARLOS MAGDALENO ORTIZ BARRIOS y MANUEL AGUIRRE RODAS, como miembros titulares, por no hallarse ajustada a derecho. Es decir, estoy por la negativa de la tercera cuestión debatida. Es mi voto.

En cuanto a las costas, por la forma en que fuera resuelta la cuestión principal debatida y no acreditándose una actuación temeraria o de mala fe en la parte que resulta perdedora en la presente resolución, sino en ejercicio de un derecho, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 261 Del Código Procesal Penal, corresponde que las mismas sean impuestas en el orden causado.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Cuarta Sala, de la Capital por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTOS: Los méritos que ofrece el acuerdo, en mayoría, y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Cuarta Sala de la Capital.

RESUELVE:

DECLARAR la competencia de este Tribunal de Apelaciones para entender en el recurso de apelación especial interpuesto por la *defensa técnica*, contra la *S.D. N° 204 del 16 de septiembre del 2012*, dictada por el Tribunal de Sentencia integrado por los jueces *Liza Ma. Battilana Bravard*, como Presidenta, y, *Carlos Ortiz Barrios y Manuel Aguirre Rodas*, como Miembros Titulares.

ADMITIR el recurso de apelación especial planteado contra la SD N° 204 del 16 de septiembre del 2012.

CONFIRMAR la sentencia impugnada, SD N° 204 del 16 de septiembre del 2012, dictada por el Tribunal de Sentencia integrado por los jueces Liza Ma. Battilana Bravard, como presidenta, y, Carlos Ortiz Barrios y Manuel Aguirre Rodas, como Miembros Titulares.

ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Gustavo A. Ocampos González, Emiliano Rolón Fernández, Arnulfo Arias.

ANTE MÍ: Abog. Ana María Jiménez, Actuaría Judicial.

