

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año 2012 – Número 2



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

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

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

GACETA JUDICIAL N° 2

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

GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.

Primera edición 2012: 1.000 ejemplares

MINISTRO DIRECTOR DE LA DILP:

DR. VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ

ABOG. CARMEN MONTAÑA, Directora de la DILP

COORDINACIÓN GENERAL - GACETA JUDICIAL:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMÁN

EQUIPO DE ELABORACIÓN:

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMÁN

JUAN PÁEZ ACOSTA

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

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S. A.**

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

Fax: (595-21) 448 721

Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py

E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Diagramación: Gilberto Riveros Arce

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

ISBN: 978-99967-25-58-6

PRÓLOGO

Homenaje al Dr. Jorge Carpizo.

A inicios del corriente año, elaborando las dos primeras obras de la Gaceta Judicial, fuimos sorprendidos por una triste noticia: el fallecimiento del Dr. Jorge Carpizo, para quien, con unas breves palabras, va nuestro sentido homenaje. El Dr. Carpizo fue Investigador Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue Rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas donde se desempeñó como su Director. Fue también Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Mencionando solo parte de su currículum vitae, fue para nosotros un honor poder contar con un valioso aporte doctrinario de su autoría en la revista inaugural de la Gaceta Judicial N° 1 año 2010, *“Tendencias Actuales del Constitucionalismo Latinoamericano”*. Ha visitado nuestro país en varias ocasiones, y este año se preveía nuevamente su presencia en nuestro país como disertante en el “Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional”, organizado por la División de Investigación, Legislación y Publicaciones, en un hotel de la capital en el mes de mayo. Se contó con la participación de otros juristas prestigiosos nacionales e internacionales de países como Chile, Argentina y México. Pero los designios de la vida fueron otros y su ausencia fue muy sentida y notoria. Para culminar estas sencillas palabras de homenaje, sin dudas una eminencia nos ha dejado en el ámbito jurídico, con un vasto legado de doctrinas y obras en su haber, cumpliéndose con aquello de que *trascender es seguir viviendo*.

Con la salida del segundo número de la Gaceta Judicial, ofrecemos al público en esta nueva obra fallos, en su mayoría Auto Interlocutorios de suma utilidad práctica en los procesos de todos los fueros, por tocar temas como regulación de honorarios, caducidad de instancia, tercería de dominio, tributo municipal, sucesión, sociedad, convocatoria de acreedores, entre otros temas. También hemos seleccionado fallos de las tres salas de la Corte Suprema de Justicia, quien como autoridad jerárquica tiene la última palabra en la interpretación de

temas como la prelación de las leyes y la utilización de instrumentos internacionales, caso de sobreseimiento provisional en una sentencia arbitraria, Recurso de casación y el principio de inmediación, interpretación sobre derecho de marcas, entre otros fallos emblemáticos. En Tribunales de Apelación se encuentran casos como juicio ejecutivo, cumplimiento de contrato, ejecución hipotecaria, acción de indignidad, daños y perjuicios; en el plano laboral se analizan los plazos de los intereses moratorios y la personería jurídica en los procesos.

No queremos finalizar sin antes agradecer la colaboración a los secretarios y funcionarios de los Tribunales de Apelación en lo Civil y Comercial de la 2^a, 3^a y 5^a Salas, del Tribunal Penal Adolescente, del fuero Laboral, 1^a Sala, y a todas las personas que han colaborado desinteresadamente en alguna etapa de la revista, anhelando que la obra sea un instrumento beneficioso para quienes la utilicen.

Equipo de Coordinación
GACETA JUDICIAL

CONTENIDO

1.	PRÓLOGO	7
2.	INDICES	9
–	Índice Temático	15
–	Índice por Tribunales	21
3.	DOCTRINA	
–	Las Reglas de Brasilia, como instrumento, para favorecer el acceso a la justicia de los adolescentes infractores, <i>por la Dra. Irma Alfonzo de Bogarín</i>	27
–	Apreciaciones sobre un fallo judicial, <i>por la Dra. Inocencia Alfonzo de Barreto</i>	41
4.	JURISPRUDENCIA	
	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Supremacía de la Constitución/ TRATADO INTERNACIONAL. CSJ, Sala Constitucional. 01/06/2011 (Ac. y Sent. N° 280)	57
	MARCA DE FÁBRICA. Confusión/ DERECHO DE MARCAS. Derecho Adquirido. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. CSJ, Sala Penal. 02/06/2011 (Ac. y Sent. N° 288)	63
	HECHO PUNIBLE. Clasificación de hecho punible/ HURTO. Hurto agravado/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. Derecho a la igualdad. Principio de legalidad, derecho a la defensa/ SENTENCIA ARBITRARIA. CSJ, Sala Constitucional. 06/06/2011 (Ac. y Sent. N° 324)	69
	DERECHO DE MARCAS. Novedad de las marcas. Confundibilidad de las marcas. Similitud. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. CSJ, Sala Penal. 13/06/2011 (Ac. y Sent. N° 359)	77

CONTENIDO

RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación. Reenvío en el recurso de casación. Decisión directa en el recurso de casación/ PRINCIPIO DE INMENDIACIÓN/ PRUEBA. Sana Crítica. CSJ, Sala Penal. 07/07/2011 (Ac. y Sent. N° 496)	84
PROCESO LABORAL. Naturaleza del proceso laboral/ SENTENCIA. Sentencias que deciden ultra petita. Sentencias que deciden extra petita. Sentencia Arbitraria/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. CSJ, Sala Constitucional. 14/07/2011. (Ac. y Sent. N° 520)	91
JUBILACIÓN. Devolución de los haberes jubilatorios/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad. Propiedad Privada. CSJ, Sala Constitucional. 14/07/2011 (Ac. y Sent. N° 521)	96
DERECHO DE MARCAS. Confundibilidad de las marcas. Criterio de identidad. Dilución de la Marca. Marcas Notorias. Novedad de las marcas. Novedad, especialidad, distintividad de las marcas. Similitud gráfica, fonética e ideológica. MAGISTRADO. Facultades del magistrado. CSJ, Sala Penal. 19/07/2011 (Ac. y Sent. N° 537)	101
SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Sentencias que deciden extra petita/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa/ MEDIDAS CAUTELARES EN LO PENAL. Principios generales/ PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. CSJ, Sala Constitucional. 20/07/2011 (Ac. y Sent. N° 543)	109
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL	
DOMINIO. Adquisición del dominio. Inscripción del dominio/ TERCERÍA. Tercería de dominio/ EMBARGO. T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/07/11. (A. I. N° 446)	119
CONVOCATORIA DE ACREEDORES/ RECURSO DE REPOSICIÓN. Procedencia. T. de Apel. Civ y Com. Segunda Sala. 08/07/11. (A. I. N° 455)	122
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados. Garantía para el cobro. T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 25/07/11. (A. I. N° 494)	124

CONTENIDO

PAGO. Requisitos del pago. Extinción de las obligaciones/ HIPOTECA/ REMATE. Adjudicación en el remate. Pago del precio en el remate/TERCERÍA. Tercería de derecho. T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 29/07/11 (A.I. N° 510)	125
ACTO JURÍDICO. Nulidad de acto jurídico/ NOTIFICACIÓN. Efectos de la notificación/ PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción. T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 29/07/11 (A.I. N° 518)	129
CHEQUE. Rechazo de cheque. Pérdida o sustracción. Pago de cheque. Efectos del cheque/ PRIVACIÓN DE EFICACIA/JUICIO EJECUTIVO. Título a la orden/ CHEQUE. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 09/06/11 (Ac y Sent. N° 67)	131
DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado/ PREJUDICIALIDAD. ACCIÓN PENAL/ FUNCIONARIO PÚBLICO. Responsabilidades de los funcionarios públicos. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/06/11 (Ac. y Sent. N° 69)	139
CESIÓN DE CRÉDITOS/ EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título/ JUICIO EJECUTIVO. Acción ejecutiva. Título ejecutivo/ TARJETA DE CRÉDITO/ RECONOCIMIENTO DE FIRMA. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 16/06/11. (Ac. y Sent. N° 71)	147
LEY. Aplicación de la ley/ MUNICIPALIDAD. Cobro de deudas municipales por vía judicial/ TRIBUTOS. Orden de prelación de las normas tributarias. T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 05/07/11 (Ac. y Sent. N° 78)	157
DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral/ PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental/ RECONOCIMIENTO DE FIRMA. T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 06/07/11 (Ac. y Sent N° 79)	162
MUNICIPALIDAD. PATENTE MUNICIPAL. SENTENCIA. Ejecución de sentencia. TRIBUTO. Sujeto activo de la obligación tributaria. T. de Apel. en lo Civ. y Com. Segunda Sala. 08/07/11 (Ac. y Sent N° 80)	170
EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN/ EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO/ EXCEPCIÓN DE PAGO/ JUICIO EJECUTI-	

CONTENIDO

VO/ PAGARÉ. Efectos del pagaré. Co-obligados cambiarios/ PAGO. Imputación de pago. Pago con subrogación/ SOCIEDAD. Nombre social. T. de Apel. Civ. y Com., Tercera Sala. 18/07/11 (Ac y Sent. N° 83)	175
ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos/ PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. 100 reglas de Brasilia/ FIRMA. Firma a ruego/ MAGISTRADO. Facultades del magis- trado/ RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio. T. de Apel. en lo Civ. y Com., Tercera Sala. 09/06/11 (A.I. N° 398)	187
PRUEBA DOCUMENTAL. Ofrecimiento y producción de la prueba documental. T. de Apel. en lo Civ. y Com., Tercera Sala. 14/06/11 (A. I. N° 412)	197
CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de ins- tancia. Declaración de oficio de la caducidad de instancia. T. de Apel. en lo Civ. y Com., Tercera Sala. 24/06/11 (A. I. N° 465)	201
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Improcedencia de la regulación de honorarios. T. de Apel. en lo Civ. y Com., Tercera Sala. 04/06/ 11 (A. I. N° 468).....	205
PRUEBA. Carga de la prueba. Ofrecimiento y producción de la prue- ba. T. de Apel. en lo Civ. y Com., Tercera Sala. 24/06/11 (A. I. N° 475)	211
HIPOTECA. Hipoteca Flotante/ PAGARÉ/ JUICIO EJECUTIVO. Titulo ejecutivo. T. de Apel. en lo Civ. y Com., Tercera Sala. 04/05/ 11 (Ac. y Sent N° 34)	216
CHEQUE. Rechazo del cheque/ EXCEPCIÓN DE NULIDAD. Admi- sibilidad de la excepción de nulidad/ JUICIO EJECUTIVO. Tí- tulo ejecutivo. T. de Apel. en lo Civ. y Com., Tercera Sala. 04/05/ 11 (Ac. y Sent. N° 35)	222
COSTAS/ DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL/MEJO- RAS/PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión espontanea. Confes- ión ficta. Efectos de la prueba de confesión/ PRUEBA. Sana Critica/ SENTENCIA. Nulidad de la sentencia. SUCESIÓN. Bienes colacionables/ SUCESIÓN. Bienes colacionables. T. de Apel. en lo Civ. y Com., Tercera Sala. 09/05/11 (Ac. y Sent N° 41)	226

CONTENIDO

COMPRAVENTA/ ERROR. Error de derecho/ IMPUESTO INMOBILIARIO/ USUCAPIÓN. Prueba de la usucapión. Requisitos de la usucapión. T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 24/05/11 (Ac. y Sent. N° 48)	249
MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ HECHO PUNIBLE. T. de Apel. Civ. y Com., Tercera Sala. 15/06/11 (Ac. y Sent N° 55)	255
DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito. Ejercicio de la acción penal. Hechos ilícitos. Responsabilidad civil. Responsabilidad objetiva/ DENUNCIA. Denuncia falsa. Participación y responsabilidad/ DIFAMACIÓN. Honor/ DOLO/ FUNCIONARIO PÚBLICO. Funcionario público imputado por hecho punible/ SUMARIO ADMINISTRATIVO/ ILÍCITO CIVIL/ INJURIA/ SUMARIO ADMINISTRATIVO. Denuncia falsa. Omisión de sumario administrativo/ TEMERIDAD. T. de Apel. Civ. y Com., Tercera Sala. 17/06/11 (Ac. y Sent. N° 56)	259
CONVOCATORIA DE ACREEDORES. Administración de la masa. Funciones del Síndico. T. de Apel. Civ. y Com., Quinta Sala. 18/06/12 (A. I. N° 459).....	282
INCIDENTE. Incidente de nulidad/ NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar. Notificación por automática/ SENTENCIA. Efectos de la sentencia. T. de Apel. Civ. y Com., Quinta Sala. 18/06/12 (A. I. N° 460)	288
EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA. T. de Apel. Civ. y Com., Quinta Sala. 11/07/11 (A. I. N° 505)	292
DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL/ MATRIMONIO. Prueba del matrimonio. Matrimonio aparente/ PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental. T. de Apel. Civ. y Com., Quinta Sala. 15/07/11 (A.I. N° 528)	295
CADUCIDAD DE INSTANCIA/ DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. T. de Apel. Civ. y Com., Quinta Sala. 25/07/11 (A. I. N° 553)	299
MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares/ SOCIEDAD. Disolución de la sociedad/ SOCIEDAD	

CONTENIDO

ANÓNIMA. Liquidación de la sociedad anónima. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 28/07/11 (A. I. N° 578)	302
PRUEBA. PRUEBA DE PERITOS. Apreciación de la prueba pericial/ RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. T. de Apel. Civ. y Com., Quinta Sala. 17/08/11 (A. I. N° 632)	306
JUICIO EJECUTIVO. TERCERÍA. Tercería de derecho. Juicios en que procede la tercería. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 23/09/11 (A. I. N° 727)	312
DIVORCIO. Causas de divorcio. Efectos del divorcio. T. de Apel. Civ. y Com., Quinta Sala. 05/08/11 (Ac. y Sent. N° 100)	315
CHEQUE. Carácter. Pago de cheque. Endoso del cheque. Rechazo del cheque/ EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de la inhabilidad de título/ MALA FE/ PRIVACION DE EFICACIA. T. de Apel. Civ. y Com., Quinta Sala. 05/08/11. (Ac y Sent. N° 102)	319
CHEQUE/ SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL. Asamblea de accionistas de la SRL. T. de Apel. Civ. y Com., Quinta Sala. 19/08/11 (Ac. y Sent N° 113)	330
BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY. Facultades reglamentarias/ CONTRATO. Efectos del contrato/ JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 18/06/12 (Ac. y Sent. N° 74)	337
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL	
PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia/ PROCESO LABORAL. Reconocimiento de Personería en el Proceso laboral/ RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. TApel. en lo Laboral. Sala 1. 12/08/11 (A. I. N° 356)	345
INTERESES. Intereses moratorios. Plazos. TApel. en lo Laboral. Sala 1. 19/09/11 (Ac. y Sent. N° 90)	349

ÍNDICE TEMÁTICO

- ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD, 188
- ACCIÓN PENAL, 139, 140
- ACTO JURÍDICO, 129
 - Nulidad de acto jurídico,
- BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY, 337
 - Facultades reglamentarias, 337
- CADUCIDAD DE INSTANCIA, 201, 202, 299
 - Declaración de oficio de la caducidad de instancia, 202
 - Procedencia de la caducidad de instancia, 201
- CESIÓN DE CRÉDITOS, 147, 149
- CHEQUE, 131, 132, 133, 222, 319, 320, 321, 331
 - Carácter, 319
 - Efectos del cheque, 133
 - Endoso del cheque, 319
 - Pago de cheque, 132, 133, 319, 330
 - Pérdida o sustracción, 131
 - Rechazo de cheque, 131, 222, 321
- COMPRAVENTA, 249
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 57, 58, 69, 70, 96, 109, 187, 188
 - De la Supremacía de la Constitución, 57, 58
 - Derecho a la defensa, 69, 109
 - Derecho a la igualdad, 70, 96
 - Derechos Humanos, 187, 188
 - Principio de legalidad, 70
 - Propiedad Privada, 96
- CONTRATO, 337
 - Efectos del contrato, 337

ÍNDICE TEMÁTICO

- CONVOCATORIA DE ACREEDORES, 122, 282, 283
 - Administración de la masa, 282, 283
 - Funciones del Síndico, 282, 283
- COSTAS, 226
- DAÑOS Y PERJUICIOS, 139, 140, 162, 163, 260, 261, 262, 274
 - Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios, 264
 - Culpa, 262
 - Daño moral, 162, 163
 - Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito, 260
 - Ejercicio de la acción penal, 261
 - Hechos ilícitos, 260
 - Responsabilidad del Estado, 139, 140
 - Responsabilidad objetiva, 262
- DENUNCIA, 261, 263, 265
 - Denuncia falsa, 261, 263
 - Participación y responsabilidad, 265
- DERECHO DE MARCAS, 63, 64, 77, 78, 101, 102
 - Confundibilidad de las marcas, 77, 78, 101
 - Criterio de identidad, 101
 - Derecho adquirido, 64
 - Dilución de la marca, 102
 - Marcas notorias, 102
 - Novedad de las marcas, 78, 101
 - Novedad, especialidad, distintividad de las marcas. Similitud gráfica, fonética e ideológica, 101
 - Similitud, 78
- DIFAMACIÓN, 261
 - Honor, 261
- DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, 227, 295, 299
- DIVORCIO, 315
 - Causas de divorcio, 315
 - Efectos del divorcio, 315
- DOLO, 261, 262, 263
- DOMINIO, 119

ÍNDICE TEMÁTICO

- Adquisición del dominio, 119
- Inscripción del dominio, 119
- ERROR, 250
 - Error de derecho, 250
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, 176
- EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA, 292
- EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO, 149, 175, 176, 319, 320, 321
 - Procedencia de la excepción de inhabilidad de título, 149, 319, 320, 321
- EXCEPCIÓN DE NULIDAD, 222
 - Admisibilidad de la excepción de nulidad, 222
- EXCEPCIÓN DE PAGO, 176
- FIRMA, 188
 - Firma a ruego, 188
- FUNCIONARIO PÚBLICO , 140, 264
 - Funcionario público imputado por hecho punible, 264
 - Responsabilidades de los funcionarios públicos, 140
- HECHO PUNIBLE, 69, 255
 - Clasificación de hecho punible, 69
- HIPOTECA, 125, 216, 217
 - Hipoteca Flotante, 217, 217
- HURTO, 69
 - Hurto agravado, 69
- ILÍCITO CIVIL, 261
- IMPUESTO INMOBILIARIO, 250
- INCIDENTE, 288
 - Incidente de nulidad, 288
- INTERESES, 349
 - Intereses moratorios, 349
 - Plazos, 349
- JUBILACIÓN, 96
 - Devolución de los haberes jubilatorios, 96
- JUICIO EJECUTIVO, 132, 133, 148, 149, 175, 176, 217, 222, 313, 337, 338
 - Acción ejecutiva, 148, 149
 - Título a la orden, 132, 133
 - Título ejecutivo, 148, 149, 222, 337, 338

ÍNDICE TEMÁTICO

- LEY, 157
 - Aplicación de la ley, 157
- MAGISTRADO, 63, 64, 77, 101, 102, 188, 255, 307
 - Facultades del magistrado, 63, 64, 77, 101, 102, 188, 255, 307
- MALA FE, 320
- MARCA DE FÁBRICA, 63
 - Confusión, 63
- MATRIMONIO, 295
 - Prueba del matrimonio, 295
 - Matrimonio aparente, 295
- MEDIDAS CAUTELARES EN LO PENAL, 110, 302
 - Principios generales, 110
- MEDIDAS CAUTELARES, 302
 - Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares, 302
- MEJORAS, 228
- MUNICIPALIDAD, 157, 170
 - Cobro de deudas municipales por vía judicial, 157
- NOTIFICACIÓN, 129, 288
 - Domicilio para notificar, 288
 - Efectos de la notificación, 129
 - Notificación por automática, 288
- PAGARÉ, 177, 216, 217
 - Co-obligados cambiarios, 177
 - Efectos del pagaré, 177
- PAGO, 125, 126, 175, 176
 - Extinción de las obligaciones, 126
 - Imputación de pago, 176
 - Pago con subrogación, 175
 - Requisitos del pago, 125
- PATENTE MUNICIPAL, 170
- PODER JUDICIAL, 110, 188, 346
 - Corte Suprema de Justicia, 110, 188, 346
 - 100 reglas de Brasilia, 188
- PREJUDICIALIDAD, 139, 140
- PRESCRIPCIÓN, 129
 - Prescripción de la acción, 129

ÍNDICE TEMÁTICO

- PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, 91
- PRINCIPIO DE INMENDIACIÓN, 84
- PRIVACIÓN DE EFICACIA , 131, 132, 133, 319, 320, 321
- PROCESO LABORAL, 91, 345, 346
 - Naturaleza del proceso laboral, 91
 - Reconocimiento de personería en el proceso laboral, 345, 346
- PRUEBA DE CONFESIÓN, 227, 228
 - Confesión espontánea, 228
 - Confesión ficta, 227, 228
 - Efectos de la prueba de confesión, 227
- PRUEBA DE PERITOS, 307
 - Apreciación de la prueba pericial, 307
- PRUEBA DOCUMENTAL, 162, 197, 295
 - Eficacia probatoria de la prueba documental, 162, 195
 - Ofrecimiento y producción de la prueba documental, 197
- PRUEBA, 84, 211, 228, 306, 307
 - Carga de la prueba, 211
 - Ofrecimiento y producción de la prueba, 211
 - Sana crítica, 84, 228
- RECONOCIMIENTO DE FIRMA, 149, 162
- RECURSO DE APELACIÓN, 306, 307, 346
 - Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación, 306, 307, 346
- RECURSO DE CASACIÓN, 84
 - Admisibilidad y procedencia del recurso de casación, 84
 - Decisión directa en el recurso de casación, 84
 - Reenvío en el recurso de casación, 84
- RECURSO DE REPOSICIÓN, 122, 188
 - Apelación en subsidio, 188
 - Procedencia del recurso de reposición, 122
- RECURSO DE QUEJA, 1222
 - Procedencia del recurso de queja, 122
- REGULACIÓN DE HONORARIOS, 124, 205
 - Garantía para el cobro, 124
 - Honorarios de abogados, 124
 - Improcedencia de la regulación de honorarios, 205
- REMATE, 125, 126
 - Adjudicación en el remate, 126

ÍNDICE TEMÁTICO

- Pago del precio en el remate, 125, 126
- SENTENCIA ARBITRARIA, 69
- SENTENCIA, 91, 170, 226, 288
 - Efectos de la sentencia, 288
 - Ejecución de sentencia, 170
 - Nulidad de la sentencia, 226
 - Sentencia arbitraria, 91
 - Sentencias que deciden extrapetita, 91
 - Sentencias que deciden ultrapetita, 91
- SENTENCIA, 109
 - Sentencias que deciden extrapetita, 109
 - Vicios de la sentencia, 109
- SOCIEDAD ANÓNIMA, 302
 - Liquidación de la sociedad anónima, 302
- SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, 330, 331
 - Asamblea de accionistas de la SRL, 331
 - Cesión de cuotas en la SRL, 330, 331
- SOCIEDAD, 176, 302
 - Disolución de la sociedad, 302
 - Nombre social, 176
- SUCESIÓN, 226, 227, 228
 - Bienes colacionables, 226, 227, 228
- SUMARIO ADMINISTRATIVO, 259, 260, 264
 - Denuncia falsa, 259
 - Omisión de sumario administrativo, 260
- TARJETA DE CRÉDITO, 148, 149
- TEMERIDAD, 264
- TERCERÍA, 126, 312, 313
 - Juicios en que procede la tercería, 312
 - Tercería de derecho, 126, 312
 - Tercería de dominio, 126, 312
- TRATADO INTERNACIONAL, 58
- TRIBUTO, 157, 170
 - Sujeto activo de la obligación tributaria, 170
 - Orden de prelación de las normas tributarias, 157
- USUCAPIÓN, 249, 250
 - Prueba de la usucapión, 250
 - Requisitos de la usucapión, 249

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

CSJ, Sala Constitucional. 01/06/2011. “Acción de Inconstitucionalidad: Contra la Ley N° 1161/97 que reglamenta las obligaciones de la Administración (ANDE) vinculadas con los artículos 186,195, 281 y siguientes de la Constitución Nacional y a su calidad de parte integrante de los entes Binacionales ITAIPÚ y YACYRE-TÁ”. (Ac. y Sent. N° 280)	57
CSJ, Sala Constitucional. 06/06/2011. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Ramón Coronel s. Hurto Agravado” “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Ramon Coronel s. Hurto Agravado” (Ac. y Sent. N° 324)	69
CSJ, Sala Constitucional. 14/07/2011. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Roberto Recalde Allgemenine BAumwoll Gesellschaft S.S. A.B.G.S.A. s. Demanda Laboral” (Ac. y Sent. N° 520)	91
CSJ, Sala Constitucional. 14/07/2011. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Carla María Zanotti c. de Doria c. Art. 41 de la Ley N° 2.856/2006” (Ac. y Sent. N° 521)	96
CSJ, Sala Constitucional. 20/07/2011. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Incidente de revisión de medida cautelar promovido por Francisco Ortiz Tellez en la causa: Sabino Augusto Montanaro, Pastor N. Coronel, Francisco Ortiz Tellez y otros s. Delito contra la vida, la integridad” (Ac. y Sent. N° 543)	109

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Sala Penal

CSJ, Sala Penal. 02/06/2011. “Nélida Raquel Vergara c. Res. N° 435 del 17 de mayo de 2004 de la sex. Asuntos Litigiosos y la Res. N° 590 del 30 de diciembre de 2004, de la Dir. de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 288).....	63
CSJ, Sala Penal. 13/06/2011. “Bayer Aktiengesellschaft c. Resolución N° 7 de fecha 10 de febrero de 2006 dictada por la secretaria de marcas y la Resolución N° 314 de fecha 25 de julio dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 359)	77
CSJ, Sala Penal. 07/07/2011. “Rigoberto Ruiz Acuña s. Difamación y otros” (Ac. y Sent. N° 496).....	84
CSJ, Sala Penal. 19/07/2011. “Expediente: Siemens Aktiengesellschaft c. Res. N° 269 de la fecha 20/04/2006 de la Sección Asuntos Litigiosos y la Res. N° 393 de fecha 03/09/2007 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 537)	101

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

Segunda Sala

T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/07/11. Incidente de Tercería de Dominio en: “Carlos Nave Da Cruz c/ Gloria Torres Vergara s/ Preparación de Acción Ejecutiva” (A.I. N° 446)	119
T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. Queja por Apelación Denegada Interpuesta por Eduardo Scala Flecha en: “Rápido Caaguazú SAC s/ Convocatoria de Acreedores”. 08/07/11 (A.I. N° 455)	122
T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 25/07/11. R.H.P., del Abg. Jorge Amarilla G. en los Autos: “Jesús Ma. Dinatale c/ Emilio Romero P. s/ Ejec. Hipotec.” (A.I. N° 494)	124
T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 29/07/11. Incid. de Terc. de Mejor Derecho Prom. por: “Néstor Báez Martínez en los Autos: Pabla Lucila Agüero Ibarra c/ Uberfil Arturo Romero s/ Acción Ejecutiva” (A.I. N° 510)	125
T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 29/07/11. “Estela Cardozo Chaves c/ María Asunción Torres de Irala s/ Nulidad de acto Jurídico” (A.I. N° 518)	129
T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 09/06/11. “Banco Regional S.A.E.C.A. S/ Privación de Eficacia Juríd.” (Ac. y Sent. N° 67) .	131

ÍNDICE POR TRIBUNALES

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/06/11. “Mapfre Paraguay CIA de Seguro S.A. c/ José Librado Fernández y Otros s/ Indemnización de Daños y Perj. Por Resp. Contractual” (Ac. y Sent. N° 69)	139
T.de Apel. en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 16/06/11. “Nexo SAECA c/ Pedro Daniel Candia Osorio s/ Prep. de Acción Ejecutiva” (Ac. y Sent. N° 71)	147
T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 05/07/11. “Municipalidad de Benjamín Aceval c/ La Chaqueña SAIC s/ Ejecución de Resoluciones Judiciales” (Ac. y Sent. N° 78)	157
T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 06/07/11. “Gloria Estragó Bieber c/ Esteban Estragó Bieber s/ Indemn. de Daños y Perj. por Resp. Extrac.” (Ac. y Sent N° 79)	162
T. de Apel. en lo Civ. y Com. Segunda Sala. 08/07/11. “Municipalidad de Benjamín Aceval c/ Viradolce S.A. s/ Ejecución de Resoluciones Judiciales” (Ac. y Sent N° 80)	170

Tercera Sala

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 18/07/11. “Petrobras Paraguay Distribución Limited c/ Ladislao Ramírez Ferreira y otros s/ Acción Prep. de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 83)	175
T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 09/06/11. “Esperanza Pedrozo de Acosta c/ R.H.P. del Abog. Benjamín Echaury en el Juicio: Justo M. Acosta c/ Dionisia Martínez T. s/ Acción Autónoma de Nulidad” (A.I. N° 398)	187
T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 14/06/11. “Juana María Silvia Otto Vda. De Sosa c/ Abelardo Piñeiro Faliveni s/ Acción de Indignidad” (A.I. N° 412)	197
T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 24/06/11. “R.H.P. del abog. Romilio Jara en el Exp.: Toribia Fleitas de Ojeda c/ Alberto Ojeda y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico” (A.I. N° 465)	201
T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 04/06/11. “R.H.P. del Abog. Adán Héctor Capurro en el juicio: Judith Camila Román c/ Alcira Irma Chamorro de Mereles s/ Nulidad” (A.I. N° 468)	205
T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 24/06/11. “Queja por Recurso Denegado Interpuesta por Mario Cazal Gómez en: Juan Manuel	

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Pineda Leith y otros c/ Del Pilar Eugenia Miers Portelli s/ Rendición de Cuentas” (A.I. N° 475)	211
T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/11. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Jorge Faustino Laran Piñanez c/ Sun Won Kim y Kil Soon Kim s/ Ejecución Hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 34)	216
T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/11. “Anónima de Mandatos c/ Eduardo María Ibarra de Barros Barreto s/ Acción Ejecutiva” (Ac. y Sent. N° 35)	222
T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 09/05/11. “Carolina Kennedy de Centurión c/ Felipa Pereira Vda. De Kennedy y Otros s/ Acción de Colación” (Ac. y Sent N° 41)	226
T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 24/05/11. “Eusebio Retamozo González c/ Alfredo César Gregor Vera s/ Usucapión” (Ac. y Sent. N° 48)	249
T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 15/06/11. “Nilda Genoveva Samaniego de Samaniego c/ Arminda Ocampos Carballo s/ Nulidad de Matrimonio” (Ac. y Sent. N° 55)	255
T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 17/06/11. “Alipio Asunción Rivarola Amarilla c/ Compañía Paraguaya de Comunicaciones S.A. (COPACO S.A.) s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad” (Ac. y Sent. N° 56)	259
Quinta Sala	
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 18/06/12. “Compulsas Expte: Industria Boquerón s/ Convocatoria” (A.I. N° 459)	282
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 18/06/12. “Reconstitución de la Reconstitución del Expediente: Banco Nacional de Fomento c/ João Valter Ferreira s/ Ejecución Hipotecaria”.(A.I. N° 460)	288
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 11/07/11. “Marcelino Orrabali c/ Luis Coronel o Amado Coronel e Hijos y/o Modesto Silguero s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (A.I. N° 505)	292
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 15/07/11. “Marlene Celeste Vergara de Meza c/ Simón Lorenzo Meza González s/ Disolución de la Sociedad Conyugal” (A.I. N° 528)	295
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 25/07/11. “Lidia Anatolia Ninfa	

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Pino de Ginard c/ José de Jesús Ginard Benítez s/ Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal” (A.I. N° 553).....	299
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 28/07/11. “Compulsas del Expte.: Angel Gustavo Arietti Gamarra c/ Artex Comercial S.A. en Liquidación s/ Medida Cautelar” (A.I. N° 578)	302
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 17/08/11. “Galerías Guaraní S.A. c/ Omega S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual” (A.I. N° 632)	306
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 23/09/11. “Justa Rivas y Otros c/ Aseguradora del Este S.A. s/ Cumplimiento de Contrato (Año 2010)” (A.I. N° 727).	312
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 05/08/11. “Cayo González c/ Margarita Benigna Fernández Samaniego s/ Divorcio a petición de una sola de las Partes” (Ac. y Sent. N° 100)	315
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 05/08/11. “Carlos Pacifico Lugo c/ Juan Braulio Pérez Gutiérrez y otros s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 102)	319
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 19/08/11. “Niels Francois Marais y otros c/ Electrotel S. R. L y Otros s/ Resolución de Contrato” (Ac. y Sent N° 113)	330
T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 18/06/12. “María Isidora González de Morales c/ Asociación de Trabajadores de Acepar s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 74).....	337
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL	
Tape. En lo Laboral. Sala 1. 12/08/11. “Juicio: Mario Fernando León Scappini c/ Grupo San Miguel S.A. y Aida Teresa Bilbao y responsable s/cobro de guaraníes en diversos conceptos” (A.I. N° 356)	345
Tape. En lo Laboral. Sala 1. 19/09/11. “Félix Argaña c/ Restaurante Portofino SRL S/ cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 90)	349

Doctrina

LAS REGLAS DE BRASILIA COMO INSTRUMENTO PARA FAVORECER EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES

*Irma Alfonso de Bogarín**

1. Introducción

Las Reglas de Brasilia surgen de la Asamblea plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana reunida en el mes de marzo de 2008, en la ciudad de Brasilia, las que deberán ser seguidas por los operadores a fin de facilitar el acceso a la justicia de las personas que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En estos trabajos participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana del Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, cuyas aportaciones han enriquecido de forma indudable el contenido de esta herramienta.

* La Dra. Irma Alfonso de Bogarín es Integrante del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de Asunción. Docente de la Escuela Judicial Paraguaya, de la Maestría de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, de la UNINORTE y del Doctorado de la Universidad Católica - filial Villarrica. En el ámbito internacional se destaca como Co-Presidenta de la Asociación Internacional MERCOSUR de Jueces de la Infancia y Juventud. Asimismo es Miembro de la Red Internacional de Jueces de la Haya.

Cabe destacar, de lo que aquí nos interesa, que las reglas se inspiran en los principios y obligaciones contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia (Reglas de Beijing) y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos con el fin de vencer, eliminar o mitigar los obstáculos que limitan el pleno ejercicio y disfrute de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad.

El acceso a la justicia es un derecho garantizado constitucionalmente al disponer nuestra Carta Magna: “...*El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen;...*” (Art. 47).

El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos también consagra el derecho de acceso a la justicia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el citado artículo, ha señalado que éste fija la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, como también la obligación de remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares

La Corte Suprema de Justicia es la primera institución integrante de la Cumbre en ratificar este instrumento mediante Acordada N° 633/2010, con el afán de impulsar de manera firme las medidas que permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial para aquellos grupos que, por su vulnerabilidad, tienen serias dificultades para acceder al sistema.

Este trabajo pretende delinear el alcance e interpretación de las recomendaciones desde la mirada del adolescente infractor a la ley penal.

2. Finalidad

Las reglas surgen ante la necesidad de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial (R.1).

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad (toda persona menor de 18 años de edad y adulto mayor), género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales (discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, migración y desplazamiento interno, pobreza, mujer privados de libertad), encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (R.3).

Conviene destacar que de la exposición de motivos extraemos que las reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen **recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial**, a fin de llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar los obstáculos que sirven de barrera para el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos.

3. Factores de vulnerabilidad

La vulnerabilidad del adolescente infractor a la ley penal no debe tomarse como consecuencia de una condición natural, sino como parte de un proceso social a través del cual esa vulnerabilidad se construye, se sostiene y se profundiza.

La desigualdad, cada vez más intensa en nuestra sociedad, las nulas opciones laborales, la casi ausencia de oportunidades de escolarización, la discriminación son considerados como algunas de las causas que propicia y favorece la delincuencia.

Como son personas en pleno proceso de desarrollo, la estigmatización les cierra las puertas, empobreciendo su capital social y cultural, por ello se les debe ofrecer todas las garantías para que la situación de vulnerabilidad de sus derechos se detenga.

En nuestras intervenciones, como operadores del sistema justicia, debemos adoptar las medidas necesarias para volver a disfrutar de todos sus derechos.

4. Destinatarios

Son destinatarios los servidores y operadores del sistema de justicia quienes deben otorgar a las personas en condición de vulnerabilidad **un trato adecuado** a sus circunstancias y específico a su condición, velando que en toda intervención en acto judicial se respete su dignidad.

5. ¿Qué implica trato adecuado y específico desde la mirada de estas reglas?

De acuerdo con las recomendaciones emanadas de las reglas, trato adecuado y específico implica:

5.1. Priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas (R.2.3).

Podríamos poner como ejemplo el caso del adolescente infractor con discapacidad e indígena. Aquí concurren varios factores de vulnerabilidad, por ello es cuando mayor protección debe tener para ejercer sus derechos, pues a medida que estos son protegidos y efectivizados, disminuye o varía la vulnerabilidad.

De acuerdo con las recomendaciones de las reglas:

5.2. Adoptar las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia (R. 38).

El derecho del adolescente concibe a la celeridad del proceso como uno de sus principios elementales para la eficacia y seguridad de la justicia. La efectividad de este principio es lo que pretende las recomendaciones de las reglas.

5.3. Impulsar las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia (R. 43).

5.4. Procurar que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente. ... (R.68).

5.5. Evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar el adolescente. (R.69).

5.6. Garantizar la asistencia técnico-jurídica ya sea a través de las defensorías públicas o creación de mecanismos de asistencia letrada, tales como consultoría jurídica con la participación de las universidades, casa de justicia, intervención de colegios o barras de abogados.

Esta asistencia debe ser especializada y gratuita, en razón de que la defensa técnica o jurídica es una garantía esencial, integrante no solo del debido proceso legal, sino para el efectivo acceso a la justicia.

5.7. Especialización de los profesionales operadores y servidores del sistema judicial es fundamental, no solamente para el conocimiento de los derechos especiales de los adolescentes, sino también para la sensibilización con respecto a los problemas particulares que se presentan en relación a los mismos y sus necesidades.

5.8. Equipos multidisciplinarios: Actuación de equipos interdisciplinarios, conformados por profesionales en psicología, trabajo social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia del adolescente y para afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial (R. 40.2)

La estrecha colaboración entre distintos profesionales que integran el equipo asesor permite obtener un total conocimiento del adolescente, así como una valoración de su situación socioambiental, para la adopción de aquellas medidas más idóneas que promueva el logro de los objetivos del régimen penal adolescente.

Si bien existen equipos multidisciplinarios en el ámbito judicial, aquellos donde funcionan se encuentran desbordados en su capacidad de atención, lo que conlleva elevar sus informes en un plazo excesivo a la celeridad que la situación amerita.

5.9. Proximidad. Se debe promover la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.(R. 42).

La Corte Suprema de Justicia, consciente de esta realidad y con el afán de derribar estas barreras geográficas, ha instalado el Sistema Nacional de Facilitadores Judiciales y está presentando una propuesta legislativa de ampliar la competencia de los jueces de Paz, órganos que se encuentran distribuidos en todos los municipios del país, por ende, son la primera puerta de acceso a la justicia que tiene la ciudadanía.

6. Celebración de actos judiciales

El adolescente debe ser tratado con respeto y sensibilidad antes, durante y posterior al proceso judicial, teniendo en consideración su situación personal, sus necesidades, edad, sexo, salud, discapacidad y nivel de madurez.

7. Información procesal o jurisdiccional

Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que el adolescente sea debidamente informado sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad (R. 51).

La información debe ser comprensible para él, la cual implica que el procedimiento se adopte a sus conocimientos y experiencias.

La información de los operadores de justicia no se limita a las actuaciones judiciales, sino que incluye el asesoramiento y la asistencia previa y posterior a las actuaciones judiciales, lo que requiere entrenamiento específico para **proporcionar en forma adecuada información básica** al adolescente sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos tendente a garantizar un efectivo acceso a la justicia (R.26)

7.1. Contenido de la información. Cuando la persona vulnerable participa en una actuación judicial, en cualquier condición (imputado, testigo, víctima), será informada sobre los siguientes extremos:

- La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar;
- Su papel dentro de dicha actuación;
- El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo (R. 52).

Cuando sea parte en el proceso o pueda llegar a serlo tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses.

7.2. Tiempo de la información. Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades (R. 54)

La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria. Se resalta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto. Asimismo resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad (R. 55).

7.3. Comprensión de actuaciones judiciales. Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe el adolescente, garantizando que este pueda comprender su alcance y significado (R. 58).

En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a sus necesidades. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias (R. 59).

En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico (R. 60).

Se fomentarán los mecanismos necesarios para que el adolescente comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe (R.61).

8. Comparecencia en dependencias judiciales

Se velará para que la comparecencia del adolescente en actos judiciales se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de su condición (R. 62).

Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo (R. 66).

Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima (R. 67).

La comparecencia del adolescente a las audiencias judiciales supone el enfrentamiento a una situación generadora de ansiedad y angustia.

Por ello resulta fundamental implementar estrategias y preparación en el acompañamiento en el proceso que tenga en cuenta por un lado la necesidad de información y la capacidad comunicativa del adolescente y por otro su situación emocional.

8.1. Información sobre la comparecencia. Con carácter previo al acto judicial, el adolescente tiene derecho a ser informado adecuada y directamente.

En este sentido la información debe ser de manera clara y sencilla, acorde con su desarrollo evolutivo y versará sobre la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, la función del juez, de las partes, de los derechos que estos poseen, de las diferentes alternativas para resolver el conflicto y de las formas y alcances de su participación destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto (R. 63).

Si se tratase de adolescente con deficiencia auditiva visual o mudo, se debe contar con intérpretes de lengua, de señas o cualquier otro método alternativo de comunicación.

8.2. Asistencia especializada. Previa a la celebración del acto se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial (R. 64).

Durante el acto judicial cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos del adolescente. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional del mismo (R. 65).

8.3. Condiciones de la comparecencia. La comparecencia del adolescente debe llevarse a cabo en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.

Se debe adoptar las provisiones necesarias para que el adolescente que acude al Tribunal espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente.

Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe el mismo (R. 68).

Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberá ser convocado cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona (R. 69).

Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones del adolescente, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla, utilizando un lenguaje sencillo (R. 72).

En los actos judiciales, se debe tener en cuenta su edad, desarrollo integral y en todo caso:

–Se deberán celebrar en una sala adecuada, organizada en un ambiente amigable, garantizando su intimidad y protegiéndole de experiencias que resultarían nocivas y agregarían un costo emocional al que naturalmente conlleva la actuación judicial misma.

–Las salas de espera que utilicen los niños víctimas y testigos no serán accesibles a los acusados de haber cometido el delito, ni estarán a la vista de estos.

–Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo, apropiado a la edad y nivel de discernimiento.

–Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el Tribunal y otros similares (R. 78). Asimismo, la multiplicidad de interrogatorios, presencia de exagerada cantidad de operadores jurídicos que pueden llevar a que potencie el sufrimiento por los hechos que se le enjuicia.

–Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir jui-

cios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito (R. 73).

9. Protección de la intimidad

Las reglas recomiendan garantizar en todo momento que se respete la vida privada del adolescente y protegerlo de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, por ello su participación en las actuaciones judiciales orales o escritas debe llevarse a cabo, si fuere posible excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista. En otras palabras no deben ser públicas.

A tal efecto puede resultar de utilidad el uso del sistema de video conferencia o del circuito cerrado de televisión para que los operadores jurídicos puedan acceder de esta forma a su testimonio, y solamente pueden acceder a su contenido las personas involucradas.

El Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos, establece como regla que los juicios orales deben ser públicos, pero sienta una expresa excepción en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario.

Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad (R. 81).

En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona (R. 82).

9.1. Protección de datos personales. En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad (R. 83).

Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado (R. 84)

Nuestra normativa, Código de la Niñez y la Adolescencia consagra igual derecho a la reserva al disponer “*Las actuaciones administrativas y judiciales serán reservadas. No se expedirán certificaciones, ni constancias de las diligencias practicadas en el procedimiento, salvo las solicitadas por las partes de acuerdo con sus derechos legales.*”

El juicio oral, incluso la publicación de las resoluciones, no será público. Serán admitidos, junto con las partes y sus representantes legales y convencionales, si correspondiese y, en su caso, el asesor de prueba y un representante de la entidad en la cual el adolescente se halle alojado. Obrando razones especiales, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá admitir también otras personas.

Las personas que intervengan durante el procedimiento o asistan al juicio oral guardarán reserva y discreción acerca de las investigaciones y actos realizados” (Art. 235).

También dispone que las sanciones aplicadas a los adolescentes en infracción a la ley penal, salvo la medida privativa de libertad no puede ser asentados en los registros de antecedentes penales del afectado, sin perjuicio de anotar en un registro destinado a recoger datos para actividades estatales, educativas y preventivas.

En relación a este tema, el Tribunal de Apelación penal de la adolescencia de Asunción ha señalado: *“El fin de esta norma es evitar la estigmatización de los adolescentes a partir de las infracciones que pudieran cometer, y es ésta la razón por la que no se puede ordenar la inscripción en el registro de antecedentes penales las medidas socioeducativas y correccionales debido a que ello dificultaría su inserción en el ámbito familiar, social y mucho más en lo laboral, circunstancia que se quiere evitar de manera muy especial por tratarse de personas en pleno proceso de formación..”* (Ac. y Sent. 07 del 30/03/11).

La Corte Suprema de Justicia, por **Acordada N° 258** de fecha 02/07/02, dispuso cuanto sigue: *“...Sólo se registran las resoluciones que, con respecto a los adolescentes infractores de la ley penal concedan una medida privativa de libertad, la que para el efecto debe quedar firme y ejecutoriada”*.

La Corte Americana de Derechos Humanos se ha referido al principio de reserva en los siguientes términos: *“Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los aspectos procesales.*

Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”.

Por su trascendencia consideramos pertinente transcribir la **Opinión consultiva N° 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en relación al principio de publicidad, apartado 154: *“Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura...”*.

10. Medios alternativos de resolución de conflictos

Los medios alternativos de resolución de conflictos pueden contribuir o mejorar las condiciones de acceso a la justicia y descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de este sistema. Pueden ser utilizados antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo.

Ejemplos de estos mecanismos son la mediación penal, la conciliación, criterio de oportunidad, suspensión condicional del proceso, la remisión y el procedimiento abreviado.

En el sistema de justicia penal de la adolescencia, el uso de mecanismos que favorezcan vías alternativas al proceso penal debe ser promovido, por sobre todo se debe promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios para evitar el grave deterioro y la estigmatización que suele producir un proceso penal.

En todo caso, antes de la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto (R. 44).

Resulta exigible que el adolescente **consienta sin presiones** su participación en la resolución de un conflicto, tras estar debidamente informado sobre su contenido, forma y efectos, su participación en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo.

Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de los adolescentes en el mecanismo elegido de resolución alternativa de conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental cuando sea necesaria. La actividad de resolución alternativa de conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen (R. 47).

11. Eficacia de las reglas

Para la eficacia de las reglas se insta a las organizaciones internacionales y Agencias de Cooperación para que:

–Continúen brindando su asistencia técnica y económica en el fortalecimiento y mejora del acceso a la justicia.

–Tengan en cuenta el contenido de estas reglas en sus actividades, y lo incorporen, de forma transversal, en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

–Impulsen y colaboren en el desarrollo de los mencionados espacios de participación (R. 91).

En este marco de facilitar el acceso a la justicia surge el compromiso de desarrollar actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes reglas (R. 93), como también de adoptar iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad. Igualmente integrar el contenido de estas reglas en los distintos programas de formación y actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial (R. 94).

Todo estos compromisos es con el objetivo de sensibilizar a los jueces y demás operadores del sistema justicia a fin de internalizar esas buenas prácticas para incorporar en el desempeño de sus funciones y ser generadores de red para garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de aquellas personas que por su condición tienen mayores obstáculos para el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Las 100 Reglas de Brasilia es un desafío cuyo propósito es asegurar el acceso a la justicia de las personas que tienen limitación para el efecto.

Esta herramienta jurídica adquirirá sentido y dinamismo en la medida en que todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra manera en su funcionamiento apliquen en la tarea cotidiana, caso contrario se convertirán en meras declaraciones.

Bibliografía

1. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
2. Constitución Nacional.
3. Código de la Niñez y la Adolescencia.
4. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
5. Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
6. García Méndez, Emilio y Carranza, E. “Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina”. Buenos Aires, 1992.

APRECIACIONES SOBRE UN FALLO JUDICIAL

*Dra. Inocencia Alfonzo de Barreto**

El 21 de junio de 2006, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República del Paraguay dictó un fallo, la S.D. N° 156 del 29 de marzo de 2007, que presenta algunas aristas que resultan interesantes analizar, desde el punto de vista del derecho procesal y del derecho substancial o de fondo.

LOS HECHOS

Por el mencionado fallo, la Corte Suprema hizo lugar a una acción de inconstitucionalidad y declaró la nulidad de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia y de Primera Instancia, que habían admitido la excepción de falta de acción deducida por el demandado, que era el **padre jurídico**, por reconocimiento del niño ARLV.

Los hechos del caso pueden resumirse así: una persona que se considera el “padre biológico” del menor promovió acción de impugnación de filiación contra el marido, que aparecía como “padre legal” del menor, aduciendo que el niño es hijo suyo y fue concebido durante el periodo en que la madre aún estaba casada con el “padre legal” del menor. Este último, al contestar la demanda, planteó las excepciones de falta de acción y prescripción, aduciendo que el actor era un tercero ajeno a la relación matrimonial y que solo el marido tiene derecho a impugnar la paternidad de acuerdo a las normas del Art. 237 del Código Civil,

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

añadiendo que la acción estaba prescripta, porque habían pasado más de sesenta días contados desde el conocimiento del parto (Art. 239 del C.Civil). El Juzgado ordenó la apertura de la causa a prueba y admitió la pericia del ADN, que estableció con una 99,9% de certeza que el menor era hijo del “padre biológico”. Como consecuencia de la prueba realizada, el “padre legal” desistió de sus excepciones y se allanó a la demanda. Pero el Juzgado no tomó en cuenta el desistimiento, fundado en que el abogado del demandado carecía de un poder especial para desistir y que el escrito presentado no llevaba la firma del demandado. Al mismo tiempo sostuvo que el allanamiento a la demanda no tenía mayor efecto por tratarse de una cuestión de orden público, resolviendo finalmente hacer lugar a la excepción de falta de acción, rechazando la demanda, sin pronunciarse respecto a la prescripción también planteada, siendo ésta resolución confirmada “in totum” por el Tribunal de Apelación del Menor.

En estas circunstancias, “el padre biológico” promovió acción de inconstitucionalidad alegando que las resoluciones dictadas en Primera y Segunda Instancias eran arbitrarias al apartarse de las constancias del expediente (prueba de ADN), escudados en la inexistencia de una regulación legal sobre la materia, en abierta violación de principios de rango constitucional y sin tomar en cuenta el interés superior del niño.

LOS FUNDAMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

La Sala Constitucional al hacer lugar a la acción, señaló como fundamento de su fallo que el principio del interés superior del niño debía ser aplicado por los jueces como eje central o referente principal de su actividad protectora, añadiendo que en juicios de esta naturaleza las normas procesales deben interpretarse de forma tal que no puedan impedir la aplicación del derecho de fondo, sobre todo cuando aquellas se erijan en un obstáculo para que se constituya o modifique un derecho que sea más beneficioso para el niño, debiendo tener presente que conforme al Art. 167 del Código de la Niñez y Adolescencia, la actuación jurisdiccional no crea estado y consecuentemente las cuestiones de Derecho deben, en la jurisdicción de la Niñez y Adolescencia, estar supeditadas a situaciones de hecho. La Sala reconoció que los juzgadores hicieron lugar a la excepción opuesta en base a un análisis lógico formal basado en premisas ciertas aplicables de manera irrestricta en otras jurisdicciones, pero que arribaron

a soluciones incorrectas e incompletas al aplicar el derecho en forma rígida sin dar solución a la situación real del niño. En otro orden de consideraciones, la Sala Constitucional entendió que los juzgadores dieron curso a un proceso iniciado como impugnación de filiación –en lugar redirigirlo desde su inicio, utilizando el principio “iura novit curia”– que hubiera evitado un desgaste procesal innecesario, que llevó a acoger la falta de acción por razones formales, sin tener en cuenta que la excepción ya había sido desistida y que la prueba de ADN había confirmado la paternidad del impugnante con un 99,99% de certeza. Finalmente, la Sala Constitucional dejó constancia que el niño Alejandro Rafael, era hijo biológico del Sr. Guillermo Rafael Monges Ramírez, por lo que atendiendo al interés superior del niño, correspondía admitir la acción de inconstitucionalidad declarando la inaplicabilidad de las resoluciones impugnadas.

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA

CUESTIONES PROCESALES

La lectura de la sentencia y los criterios utilizados nos trae a la mente algunas reflexiones sobre la forma y condiciones requeridas para la aplicación del principio del interés superior del niño, que no debe ser utilizada como una panacea para solucionar errores judiciales, sin detenerse a buscar fundamentos más concretos. En el caso particular, se observa que existían otros vicios de mayor envergadura y trascendencia que debieron servir de fundamento para declarar la inconstitucionalidad, antes que recurrir al argumento del interés superior del niño para la anulación.

1. INTEGRACIÓN DE LA RELACIÓN PROCESAL

En primer lugar, interesa hacer notar que el problema principal que dio pie a la inconstitucionalidad de las sentencias es de naturaleza eminentemente procesal y se relaciona con la falta de **integración de la relación y la violación del derecho de defensa**.

En efecto, la posibilidad de accionar por impugnación de filiación deviene de una norma legal específica, el artículo 239 del Código Civil, que señala, “...*la acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimo-*

nio... será promovido contra la madre y el hijo”, vale decir que la propia ley establece quienes deben ser las personas demandadas (legitimación pasiva). No obstante, a pesar de su claridad, la regla fue ignorada por el actor y la acción se promovió únicamente contra el “padre legal” del menor, **omitiendo a la madre y al hijo**, marginadas sin explicación alguna.

La demanda deberá ir dirigida contra la madre, dado que se halla involucrado en el juicio, un elevado interés propio de ella, como es su honra y el carácter matrimonial de su vínculo jurídico con el hijo.

También la demanda deberá ir dirigida contra el hijo, por el efecto de la sentencia que se dicte, pues si es favorable al actor, producirá el desplazamiento de familia que ostenta como hijo matrimonial el menor¹.

Pero más allá del defecto en el modo de proponer la demanda, es obvio que el Juzgado tenía la obligación de integrar de oficio la demanda con la madre y el hijo, o directamente rechazar la acción por defectos de forma (Art. 216 del CPC)². En este punto, el artículo 168 del Código de la Niñez y Adolescencia señala específicamente que **“Serán partes en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los tutores, los Defensores y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas...”**, lo que concuerda con el artículo 239 del Código Civil³.

Se tiene entonces que la inconstitucionalidad en este caso deviene principalmente por violación de normas elementales de procedimiento que afectan el derecho de defensa de la madre y del hijo (Art. 16 C.N.), debiendo ser ésta la verdadera razón para declarar la inconstitucionalidad, sin que ello suponga menoscabar el principio del interés superior del niño.

-
1. Bogarín, Irma Alfonso de; Bogarín Alfonso, Raúl. *Derecho de la niñez y la adolescencia. Marco Jurídico. Aspectos esenciales*. Asunción 2006, pág. 147.
 2. Art. 216 Código Procesal Civil: *“Los jueces podrán rechazar de oficio los escritos de demanda que no se ajustaren a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan. Si no resultare claramente de ellos que son de su competencia, mandará que el actor exprese lo necesario a este respecto”*
 3. Art. 239 del Código Procesal civil: *“La acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio prescribe a los sesenta días contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto. La demanda será promovida contra la madre y el hijo. Si éste falleciere, el juicio se ventilará con sus herederos”*.

2. RECURSO EXTRAORDINARIO

Una segunda cuestión que debe señalarse es que la Sala Constitucional no actúa como una tercera instancia. El acierto o desacierto de los argumentos jurídicos expuestos por los juzgadores, no puede ser revisado por la Corte en tanto no existan interpretaciones caprichosas, totalmente divorciadas de las constancias de la causa o de los que las leyes establezcan al respecto.

En este caso, la Sala Constitucional reconoce en su fallo que los jueces inferiores hicieron un análisis lógico formal de los hechos basado en premisas ciertas, pero llegaron a conclusiones equivocadas, pero este supuesto error de razonamiento no puede ni debe ser causal de inconstitucionalidad, porque la máxima instancia judicial sólo analiza si las sentencias están ajustadas a las reglas constitucionales, sin entrar a debatir sobre la valoración de los hechos o la interpretación de la norma legal.

Tampoco es convincente el argumento de que existe un vacío legal en la materia y que los jueces debieron haberse remitido a los principios generales del derecho para dictar su sentencia (Art. 6° del C. Civil), porque en ambas instancias los magistrados fundaron su resolución en normas vigentes, hecho que fue reconocido expresamente por la Sala al decir que **aplicaron el derecho en forma rígida**. Al admitir que los jueces dictaron su resolución conforme al derecho vigente, el argumento del vacío legal deja de tener validez, porque solo se recurre a los principios generales cuando no existe una reglamentación específica en la materia. Por lo demás, la supuesta **rigidez** de los jueces no es una cuestión de orden constitucional, dado que la mayor severidad o laxitud en la aplicación de la ley al caso particular hace a la función jurisdiccional otorgada al juez, que debe ser revisada por vía de los recursos ordinarios, pero no a través de la acción de inconstitucionalidad.

Por otro lado, los jueces no negaron la obligación de proteger el derecho del niño en forma preferente, pero entendieron que el derecho de impugnación que corresponde al “padre biológico” era una cuestión diferente del derecho del niño a conocer su identidad y sus orígenes. En este juicio, el actor es una persona mayor de edad, con plena capacidad para ejercer sus derechos en el modo, forma y tiempo establecido por la ley, no teniendo el principio del interés superior del niño la aplicación que se pretende, porque las resoluciones atacadas de inconstitucionales, versan sobre el derecho de una persona adulta y no del niño. En

otras palabras, no corresponde aducir a favor de los derechos de una persona adulta, el principio del interés superior del niño, cuando éste último no fue oído ni formó parte del juicio.

Ahora bien, no puede negarse que las sentencias de los Jueces en ambas instancias adolecieron de vicios graves que ameritan la declaración de inconstitucionalidad: 1º) por la falta de integración de la relación procesal; 2º) por la indefensión en que quedaron la madre y el niño al no ser parte del juicio; y 3º) por la arbitrariedad que conlleva la falta de valoración de las pruebas fundamentales del juicio, como son la pericia del ADN y el allanamiento del “padre legal” a la demanda, siendo estos los motivos reales que debieron fundar la resolución de la Sala Constitucional.

3. RESOLUCION EXTRA PETITA

Una tercera cuestión que llama la atención es el hecho que la Sala Constitucional al fundamentar su resolución se permitió declarar que ***“es de vital importancia remarcar que en los autos principales no queda ninguna duda que el niño Alejandro Rafael, es hijo biológico del Sr. Guillermo Rafael Monges Ramírez”***. Con el mayor respeto, consideramos que una declaración de esa naturaleza excede los límites de la acción, que fue planteada al solo efecto de declarar la inconstitucionalidad de las resoluciones del Juzgado y Tribunal de la Niñez por arbitrarias, sin que el accionante haya solicitado a través de esta acción el reconocimiento de su derecho como padre de la criatura.

Debe recordarse que el artículo 260 de la Constitución Nacional, al fijar los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional, señala en su inciso 2, que el órgano está facultado para ***“decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución”***, de lo que se infiere que no le corresponde pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en trámite. En concordancia con este criterio, el artículo 560 del CPC establece que: ***“... Si hiciere lugar a la inconstitucionalidad, declarará nula la resolución impugnada, mandando devolver la causa al Juez o Tribunal que le siga en orden de turno al que dictó la resolución, para que sea nuevamente juzgada...”***.

Queda claro, en consecuencia, que la Sala **en ningún caso, estaba habilitada para definir y declarar el derecho de una de las partes sobre el fondo de la cuestión.**

4. LA INTERPRETACION DE LA COSA JUZGADA

El fallo comentado señala en otro párrafo “que *conforme al artículo 167 del Código de la Niñez y Adolescencia, la actuación jurisdiccional no crea estado y consecuentemente las cuestiones de Derecho deben, en la jurisdicción de la Niñez y Adolescencia, estar supeditadas a situaciones de hecho*”.

Esta afirmación es discutible porque si bien es cierto que el artículo 167 del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) señala que “*las sentencias del juez serán fundadas y no tendrán el carácter de definitivas, pudiendo ser modificadas y aun dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte, toda vez que cesen las condiciones que las motivaron*”, esta regla no se aplica a los juicios de reconocimiento, contestación o desconocimiento de filiación, que tienen establecido un régimen de procedimiento especial, conforme lo señala el artículo 183 del mismo Código, cuando indica que estos procesos “*se tramitaran siguiendo las reglas del proceso de conocimiento sumario previsto en el Código Procesal Civil, salvo lo relativo a la prohibición de presentar alegatos, para lo cual se establece un plazo de seis días comunes*”.

La cuestión tiene suma importancia, porque en materia de filiación, la sentencia dictada por el Juzgado o Tribunal, no debería en principio ser modificable de oficio o a instancia de parte, por la inseguridad que ello trae aparejado respecto de la identidad de la persona, cuestión que sí hace al interés superior del niño.

En este punto, entendemos que la disposición del artículo 183 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece una excepción a la regla general fijada por el artículo 167 del CNA en materia de tramitación, porque se trata de un “procedimiento especial”, donde la propia ley indica que los juicios de reconocimiento o impugnación de filiación se tramitan por las reglas del Proceso de Conocimiento Sumario, establecido en el artículo 683 del Código Procesal Civil. Al respecto, el Dr. Casco Pagano señala en su libro que: “*El proceso de conocimiento sumario es aquel que por la naturaleza de la cuestión o porque la ley substancial lo indica debe tramitarse de manera más breve y rápida que el proceso de conocimiento ordinario, sin que ello sea óbice para un exhaustivo y total conocimiento de la causa y que **la sentencia que se dicte tenga eficacia de cosa juzgada material...***” agregando más adelante: “*El proceso de conocimiento sumario es un proceso rápido, de conocimiento exhaustivo y completo, de acuerdo con la naturaleza de la materia controvertida, **que es decidida de manera***

definitiva” (“Código Procesal Civil Comentado y Concordado”, Tomo II, 5ª edición, págs. 1199 y 1200).

Se concluye entonces que en juicios de filiación, contestación o desconocimiento de filiación, las disposiciones del artículo 167 del Código de la Niñez y la Adolescencia no son aplicables, porque este tipo de juicios se rigen por las reglas del proceso de conocimiento sumario, cuyas sentencias tienen carácter definitivo y hacen cosa juzgada material.

Aplicando este criterio al caso particular, tenemos que en el supuesto de que el juicio iniciado por el **padre biológico** se hubiera desarrollado normalmente, respetando las reglas del debido proceso y dando participación a la madre y al niño, no hay duda que la sentencia establecería el derecho de las partes de un modo definitivo, dando seguridad a todas las partes y al niño en especial respecto de su verdadera identidad.

ERRORES DE CRITERIO EN LAS SENTENCIAS ANULADAS

EL ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

Dejando de lado la falta de integración de la relación procesal y examinando únicamente las pruebas producidas, se advierte que en ambas instancias, los jueces omitieron hacer una valoración de las mismas. La circunstancia de que el “padre legal” del niño reconociera el derecho de la otra parte y se allanara a la demanda, debería constituir en cualquier juicio, un elemento de convicción determinante para decidir sobre el litigio, con mayor razón cuando la prueba de ADN demostraba quien era el padre de la criatura. La circunstancia de que existan normas de orden público que impidan renunciar a la filiación de un hijo, no significa que el demandado no pueda allanarse a la demanda reconociendo como cierta la paternidad alegada, en base a la prueba de ADN, facilitando la tarea del juez y evitando litigios innecesarios y traumáticos para el niño y las partes involucradas. En cualquier caso, el allanamiento del demandado era una prueba esencial que no podía dejar de ser valorada en la sentencia, por lo que su omisión implica la violación de las reglas del debido proceso, que obligan al Juez a considerar objetivamente las pruebas arrimadas al expediente.

En cuanto a la prueba de ADN, todo comentario huelga, porque el rigor

científico y la casi absoluta certeza que resulta de ella⁴, hace indispensable su valoración al momento de dictar una sentencia de filiación, atendiendo el carácter preferencial⁵ que le otorga el Código de la Niñez y Adolescencia. Por consiguiente, su falta de valoración en la sentencia constituye un acto de arbitrariedad, que da pie al pedido de inconstitucionalidad, en la medida que el juzgador se aparta de las constancias del expediente.

LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS Y LA CONSTITUCIÓN

En el caso particular, existe una aparente colisión entre la regla constitucional del artículo 53, que posibilita la investigación de la paternidad, y las disposiciones del Código Civil especialmente en los artículos 237, 238 y 239, que señalan que solo al marido compete la acción de desconocimiento de la paternidad.

Esta circunstancia permite, tanto al Juzgado como al Tribunal de Apelaciones, remitir los autos a la Corte Suprema de Justicia, atendiendo la disposición contenida en el artículo 18 inciso “a” del C.P.C, que dice: “*Los jueces y Tribunales podrán, aún sin requerimiento de parte :a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución (actual 260), siempre que, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a las reglas constitucionales*”.

La utilización oportuna de este mecanismo procesal hubiera evitado la inútil pérdida de tiempo que ha significado este juicio que comenzó hace más de cuatro años, permitiendo además que la Corte Suprema se expida sobre la inaplicabilidad de los artículos 237, 238 y 239 del Código Civil, lo que redundaría en una mejor protección de los intereses del niño, al crear un precedente judicial y dar previsibilidad a la interpretación de la ley en esta materia.

-
4. El avance de las técnicas genéticas permitió incorporar las pruebas biológicas en las acciones de filiación, fundamentalmente por la elevada exactitud probatoria que alcanzan (Conf. Lloveras, Nora. *Patria potestad y filiación*. Depalma. Buenos Aires, 1986, comentario a los artículos 240 y ss)
 5. Art. 184 – 1er párrafo del Código de la niñez y la adolescencia: “*La prueba pericial de sangre de ADN u otras pruebas científicas equivalentes serán consideradas **preferencialmente***”.

OBLIGACIÓN DE DIFERIR

Desde otra perspectiva, y **en la hipótesis que la demanda hubiera sido integrada correctamente**, el Juzgado tenía la obligación de diferir el pronunciamiento sobre las excepciones para el momento de dictar la sentencia definitiva, atendiendo que la falta de acción no era manifiesta al existir la necesidad de una probanza ulterior, esto es, la realización de la prueba de ADN. De haber actuado así, la sentencia final debería necesariamente tomar en cuenta el allanamiento del demandado y la prueba pericial de ADN, y referirse a las mismas en la sentencia.

PRESCRIPCIÓN

Corresponde también señalar que el Juzgado no se pronunció sobre la excepción de prescripción, lo que constituye una causal de nulidad de la resolución, de conformidad con el artículo 15 inciso “d” del CPC. No obstante, no hay constancias de que las partes hayan solicitado un pronunciamiento del Juzgado por vía de aclaratoria o se haya atacado de nulidad la sentencia de Primera Instancia por ese vicio, lo que relativiza el efecto del error judicial, porque las partes consintieron la omisión. En cualquier caso, el Tribunal de Apelación estaba obligado a examinar de oficio la sentencia a través del recurso de nulidad, pero no lo hizo limitándose a confirmar la sentencia del A-quo.

EL PLAZO PARA IMPUGNAR LA FILIACIÓN

Una cuestión que está ligada con la excepción de prescripción es el plazo para impugnar la paternidad, que en nuestro Código Civil es de sesenta días de conocido el hecho del parto.

Las soluciones de las legislaciones podrían agruparse del siguiente modo:

a) Legislaciones que declaran imprescriptible y no caducable, cualquiera sea el legitimado. Ej.: Brasil.

b) Legislaciones que distinguen según el legitimado. Ej.: Costa Rica, La Ley francesa, española, Argentina, Uruguay⁶.

6. Carlucci, Aida K. de. *El tiempo, algunos plazos procesales y sustanciales en derecho de familia y su controvertida constitucionalidad*. Material entregado en el IX Curso Intensivo de Post Grado, Buenos Aires, Año 2008.

En la mayoría de las legislaciones vigentes, se establece un plazo de prescripción relativamente corto, que va desde un mes hasta el máximo de dos años, lo que ha sido criticado por sectores de la doctrina, que consideran que con ello se obstaculiza la búsqueda de la “verdad real”, en aquellos casos en que el padre haya tomado conocimiento de hechos que le induzcan a dudar de la verdad biológica.

En ESPAÑA buscando morigerar la regla, el Tribunal Supremo, a través de la Sentencia N° 1140 del 3 de diciembre del 2002, ha interpretado que el plazo para impugnar la paternidad comienza a correr desde el conocimiento del padre de la “verdad biológica” y no desde la inscripción registral del nacimiento, dejando sin efecto el artículo 136 del Código Civil, fundado en que dicha disposición no guarda proporción con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial.

En COLOMBIA, la Corte Suprema ha declarado que: *“Para la Corte la fijación de un término breve (para la impugnación de la filiación) no es per se inconstitucional. Debe ser estudiado el fin que se persigue y los otros elementos normativos, a la luz del Derecho sustancial, para definir si resulta o no razonable, proporcional y adecuado para el propósito de asegurar el efectivo acceso a la administración de justicia y las garantías constitucionales”*.

En nuestro país, no existe un pronunciamiento de la Corte sobre el punto específico, pero sí un fallo del Tribunal de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia (A.I. N° 415 del 20/XII/06) señala que el plazo de prescripción de 60 días es una norma legal vigente que debe ser aplicada por el Tribunal, sin que ello signifique excluir ni negar el derecho de investigar su filiación que le corresponde al hijo.

CUESTIONES VINCULADAS CON EL DERECHO DE FONDO

LAS NORMAS VIGENTES Y EL AVANCE CIENTÍFICO

En materia de filiación se ha producido un cambio profundo en las ideas predominantes en los últimos 20 años, como consecuencia de los avances científicos en materia genética, que permiten conocer con una certeza casi absoluta, si una persona es hija de otra, a través de la prueba del ADN. Nuestro país no ha estado ajeno a estos progresos y ha incorporado en su legislación positiva, el

derecho del niño a investigar su filiación, facultad que fue consagrada en la Constitución de 1992, ratificando las disposiciones de la Convención Internacional sobre de los Derechos del Niño (Ley N° 57/90), y sancionando posteriormente el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 1680/01).

En consonancia con este marco jurídico, los Tribunales de la jurisdicción han venido aplicando en forma pacífica el axioma del interés superior del niño en caso de conflictos, tomando en consideración la prueba de ADN para el dictamiento de sus fallos, aun cuando en algunos casos aislados, se hayan suscitado interpretaciones diferentes respecto a su alcance.

EL CAMBIO DE IDENTIDAD Y EL DERECHO DEL MENOR

En el presente caso de impugnación de paternidad, los jueces de la jurisdicción de la niñez y adolescencia no tomaron en cuenta que el niño tiene derecho a ser oído en todo procedimiento judicial, debiendo ser tenido en cuenta su opinión, en función de la edad y madurez. En otras palabras, el niño de acuerdo a su edad y grado de madurez debió ser informado y consultado (Art. 12, Convención Internacional de los Derechos del Niño).

En el mismo sentido el artículo 92 párrafo 2° del Código de la niñez y la adolescencia dispone: “*en todos los casos de conflicto, el juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo*”.

Atendiendo que eventualmente pudiera no estar conforme en cambiar su apellido paterno y con ello su identidad. Esta posibilidad no es solo teórica, sino también de orden práctico, puesto que un adolescente, que vive dentro del seno de una familia y es conocido con un apellido determinado, no puede ser obligado a cambiar de identidad, salvo que expresamente lo consienta, debiendo el juzgado, escuchar previamente el parecer del afectado, antes de tomar una decisión, siempre en consonancia con el principio del interés superior del niño.

LA INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD POR UN TERCERO

La posibilidad de investigación de la paternidad por parte de un tercero es también otro tema controvertido.

Por un lado, el artículo 53 de la CN señala que: “*Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad...*”, de lo que se

deduce que existe un **derecho del hijo para investigar la paternidad**, que se halla en armonía con las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia (Art. 18), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Arts. 7° y 8°) y el Código Civil (Art. 234), que establecen ese derecho como imprescriptible e irrenunciable.

Por otro lado, el Código Civil admite igualmente el **derecho del marido para impugnar o desconocer la paternidad de un hijo** (Arts. 236, 237 y 239), indicando que ese derecho prescribe a los 60 días de conocido el parto.

Asimismo, el artículo 240 del mismo Código establece la facultad de impugnar en favor de toda persona que se considere con derecho para hacerlo, al señalar: “*La filiación... podrá ser impugnada por el padre o la madre o por todo aquel que tuviere interés actual en hacerlo, siempre que alegare parto supuesto, substitución del hijo, o no ser la mujer del hijo que pasa por suyo*”.

Sobre el punto, entendemos que la aplicación de ésta última norma está supeditada a los casos de error o fraude en relación a la inscripción de una filiación, por aplicación del artículo 243 del Código Civil, que establece además un plazo de impugnación de 60 días de conocido el fraude o error, lo que nos lleva a concluir que, fuera de las causas taxativamente señaladas en el artículo 240 del Código Civil, no hay posibilidad de que un tercero pueda impugnar la filiación del hijo nacido dentro de un matrimonio, independientemente del derecho del menor a investigar su filiación.

En el caso particular, la sentencia dictada por la Sala Constitucional, no tuvo en cuenta que el actor era un tercero ajeno al matrimonio, que no tenía legitimación para impugnar la filiación de hijos nacidos dentro de esa unión, salvo que alegare las causales especificadas en el artículo 240 del CC. Tampoco la Sala tomó en cuenta que el derecho a investigar su filiación no fue ejercido ni solicitada por el menor o su representante legal, por lo que ningún órgano del Poder Judicial podía arrogarse la potestad de investigar esa filiación de oficio, y mucho menos declararla, atendiendo que no existía un pedido concreto al respecto, lo que lleva a la conclusión de que la sentencia N° 156 del 29 de marzo del 2007, aun cuando haya sido dictada con la mayor buena fe, dista mucho de constituir un ejemplo de la mejor aplicación del principio del interés superior del niño.

PROPUESTAS DE MODIFICACIONES

1. Nuestro Código Civil establece en el artículo 227 la presunción *iure et de iure* de que los hijos nacidos dentro del segundo matrimonio pero antes de haber transcurrido trescientos días de la disolución o anulación del primero, son hijos concebidos en el primer matrimonio. Igualmente en el artículo 228 del mismo Código, la ley presume, sin admitir prueba en contra, que son hijos del segundo matrimonio aquellos nacidos después de 180 días de celebrado dicho matrimonio, aunque no hayan transcurrido los trescientos días posteriores a la disolución o anulación del primero. Estas presunciones legales, que no pueden ser refutadas por imperio de la ley, resultan inadecuadas en las actuales circunstancias, atendiendo que la nueva Constitución de 1992, establece el derecho de los hijos a investigar la paternidad sin límites, lo que modifica tácitamente las normas del Código Civil en la materia.

Por ello, proponemos la eliminación de la presunción “*iure et de iure*” establecida en el último párrafo del artículo 228 del Código Civil, para sustituirla por la siguiente redacción:

Artículo 228: *“Se presumirá concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque éste dentro de los trescientos días posteriores a la disolución o anulación del primero. La presunción establecida en este artículo y el precedente admite prueba en contrario”.*

2. Por otra parte, y como consecuencia del principio sentado por el artículo 53 de la CN –en cuanto permite la investigación de la filiación– debería modificarse también las disposiciones del artículo 234 del C.Civil (último párrafo) que impide la investigación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, salvo que éste hubiera nacido antes del matrimonio.

Aun cuando asumamos la buena intención del legislador de proteger la honra de la esposa, la norma constitucional del artículo 53 tiene prelación sobre la regla del Código Civil, y además concuerda con el principio del interés superior del niño que autoriza a llevar a cabo la investigación de sus orígenes, a condición de que la acción solo pueda ser intentada por el supuesto hijo.

En cuanto a la prueba de posesión de estado, que el artículo 234 del C.Civil requiere como condición para ejercer la acción de reconocimiento de filiación cuando los padres han fallecido, la sanción de la nueva Constitución ha venido

a cambiar las reglas al permitir la investigación de la filiación por parte del niño sin límite de tiempo. En ese sentido los requisitos de “nomen, tractatus y fama”, que establece el artículo 235 del Código Civil, tienen actualmente una utilidad relativa, dado que el parentesco del niño con los fallecidos puede ser demostrado a través de la prueba de ADN con una certeza casi absoluta. No obstante existen casos en que no resulta posible obtener el ADN por haber desaparecido la persona o haberse cremado el cuerpo, lo que hace necesario recurrir a estas viejas presunciones legales. Por ello se propone la siguiente modificación para el artículo 234 del Código Civil:

Artículo 234. *“Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos. La investigación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir un hijo a una mujer casada solo es admisible, cuando sea promovida por el supuesto hijo”.*

CONCLUSIÓN

Entendemos que la posibilidad de investigar la paternidad de un menor, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, debe ser interpretado como un derecho exclusivo del menor, no extensivo a terceros, especialmente cuando el menor en cuestión, se halla inscripto como hijo de un matrimonio, porque existe un posible daño moral y psicológico que afecta tanto al niño, como a su familia y a la sociedad en su conjunto. No debe olvidarse que la propia Constitución señala en su artículo 49 que: “La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y garantizará su protección integral. Esta incluye la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores o descendientes”. De ahí que los derechos individuales de un padre (que no es el marido) para conocer si el niño es hijo suyo, deban ceder ante el interés superior colectivo de proteger a la familia como núcleo central de la sociedad, sin perjuicio del derecho del menor a investigar su filiación.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 280

Cuestión debatida: *El texto de la Ley 1161/97 ¿es contradictoria con el texto y espíritu de los Tratados de Itaipú y Yacyretá? En caso de que efectivamente exista una contraposición entre estos ordenamientos jurídicos, estaríamos en presencia de una violación del art. 137 de la Constitución Nacional que establece el orden de prelación del derecho positivo nacional.*

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Supremacía de la Constitución.

Examinada la normativa cuestionada apreciamos que la misma contiene disposiciones que van contra el texto de los tratados de Itaipú y Yacyretá... faculta a la ANDE a requerir documentaciones referentes a las Binacionales... expresa los Tratados que dichos instrumentos constituyen patrimonio documental de los Entes Binacionales, y por lo tanto, requiere de la autorización de los Estados partes para el efecto.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Supremacía de la Constitución.

Asimismo la Ley 1.161/97 establece que la Contraloría General de la República tendrá la facultad de controlar las documentaciones referidas con los Entes Binacionales, a pesar de que en los Tratados se ha expresamente establecido cuál es el procedimiento de control de las entidades Itaipú y Yacyretá.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Supremacía de la Constitución.

La Supremacía Constitucional es un principio teórico del Derecho Constitucional que postula originalmente ubicar a la Constitución de un Estado jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y exter-

nas, que puedan llegar a regir sobre ese Estado. Esto incluiría a los Tratados internacionales ratificados por el país y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Supremacía de la Constitución. TRATADO INTERNACIONAL.

En los términos del Tratado que engendró el nacimiento de la entidad binacional, las partes se aseguran, recíprocamente, la posición jurídica de equivalencia, esto es, ninguna de ellas disfruta de una posición de ventaja con relación a la otra.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Supremacía de la Constitución. TRATADO INTERNACIONAL.

Si su creación se debió a un acto internacional entre Estados que, en común y en ejercicio de sus respectivas soberanías, le han conferido la personalidad jurídica, así también su objetivo, capacidad y responsabilidad, recursos, procedimientos y estructura derivan del respectivo Tratado.

CSJ, Sala Constitucional. 01/06/2011. “Acción de Inconstitucionalidad: Contra la Ley N° 1.161/97 que reglamenta las obligaciones de la Administración (ANDE) vinculadas con los artículos 186, 195, 281 y siguientes de la Constitución Nacional y a su calidad de parte integrante de los entes Binacionales ITAIPÚ y YACYRETÁ” (Ac. Sent. N° 280).

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 Dr. FRETES dijo: El abogado Anastasio Acosta Amarilla, en representación de Itaipú Binacional, y el abogado Ramón Aníbal Scappini en representación de la entidad Binacional Yacyretá, bajo patrocinio de los Dres. Juan Carlos Mendonca y José Antonio Moreno Ruffinelli, promueven acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 1.161/97 “Que reglamenta las obligaciones de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE)” vinculadas con los artículos 186, 195, 281 y siguientes de la Constitución Nacional y a su calidad de parte integrante de los Entes Binacionales Itaipú y Yacyretá.

Que los recurrentes señalan que en virtud de Tratados firmados por el Paraguay con el Brasil (26/04/73) y la Argentina (3/12/73), las Altas Partes Contratantes crearon, en igualdad de derechos y obligaciones, las entidades

Binacionales Itaipú y Yacyretá. Estas entidades son personas jurídicas de derecho internacional, con estatutos en los cuales se crean los órganos de administración de las entidades y que son el Consejo de Administración y el Directorio Ejecutivo. No se aplican las normas de cada uno de los Estados contratantes sino cuando el Tratado expresamente lo establece. La Ley 1.161 dispone que la ANDE en su calidad de parte integrante de los Entes Binacionales Itaipú y Yacyretá, deberá requerir a dichos entes en forma permanente toda la documentación e información vinculada con el manejo administrativo de estos entes. El propósito de la ley es efectuar a través de la ANDE los controles que son propio de otro tipo de instituciones públicas, ya que las entidades creadas por el Tratado se hallan por su propia naturaleza, sujetos a otro tipo de regulación. La ley ataca el principio establecido en el artículo 36 de la Constitución Nacional que consagra la inviolabilidad del patrimonio documental de las personas, lo que resulta grave porque: a) obliga a la ANDE y a los Directores y Consejeros Paraguayos de los dos entes, a disponer, exhibir y entregar un patrimonio que no es suyo, sino de personas jurídicas de derecho internacional; Itaipú y Yacyretá; b) pretende que ese patrimonio, al que sólo se puede acceder mediante orden judicial, sea entregado, exhibido y puesto a disposición en forma directa por quienes no están facultados constitucionalmente para ello –con lo que se llega a exigir la comisión de un delito contra las garantías constitucionales–; c) lo que en el orden interno sólo puede ser exigido por un juez, conforme al texto constitucional, la ley pretende que pueda ser exigido por las Cámaras del Congreso, por las Comisiones de Investigaciones de las mismas, por la Contraloría General de la República y hasta por Senadores y Diputados individualmente, d) pretende crear un medio que trata de enmascarar la ilegitimidad constitucional, mediante el subterfugio de una supuesta obligación legal, que llega a imposición de sanciones administrativas a quienes no pueden ser pasibles de ella. Fundan la acción en los artículos 137 y 145 y concordantes de la Constitución Nacional y en los Tratados de Itaipú y Yacyretá, aprobados y ratificados por leyes de la República N° 389/73 y N° 433/73, respectivamente.

Que la cuestión a determinar en la presente acción es: ¿el texto de la ley impugnada es contradictoria con el texto y espíritu de los Tratados de Itaipú y Yacyretá?. En caso de que efectivamente exista una contraposición entre estos ordenamientos jurídicos, estaríamos en presencia de una violación del art. 137 de la Constitución Nacional que establece el orden de prelación del derecho positivo nacional.

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 1.161 establece que la ANDE deberá requerir a los entes binacionales en forma permanente toda la documentación e información vinculada con el manejo administrativo de las mismas, y mantenerlas conjuntamente con los balances generales y demostración de cuentas de resultados de ejercicios anteriores, a disposición de las autoridades nacionales competentes. Los artículos 2° y 3° de la ley hacen referencia al tipo de documentación y a la obligación de las autoridades paraguayas de los entes Binacionales a cumplir lo dispuesto en la Ley 1.161. El artículo 4° faculta a las comisiones del Congreso a solicitar a la ANDE todo tipo de información que se vincule con el funcionamiento y administración de Itaipú y Yacyretá. Por su parte, el artículo 5° establece la obligatoriedad de la ANDE a responder a los pedidos de informe de las Cámaras del Congreso, debiendo valerse en su caso de la documentación que le es solicitada a las binacionales en cumplimiento de los dos primeros artículos de la ley. El artículo 6°, faculta a las comisiones de investigación parlamentaria a requerir de la ANDE cualquier documento, información o explicación de las decisiones adoptadas por las autoridades paraguayas de las Binacionales, mientras el artículo 7° faculta a la Contraloría General de la República a controlar toda la información y documentación prevista en la ley. Los artículos 8 y 9 finalmente, establecen la obligación de las autoridades de la ANDE y de los Directores y Consejeros de las Entidades a cumplir lo dispuesto en la Ley 1.161, al tiempo que prevé las sanciones en caso de incumplimiento.

El Anexo “A” del Tratado de Itaipú establece que el modelo de gestión de la entidad obedecerá a las directrices del Consejo de Administración (art. 7°), el cual es el principal órgano de decisión (art. 8°). La Administración de la Itaipú corresponde al Consejo de Administración y el Directorio Ejecutivo (art. 13). El artículo 2° parágrafo único señala: “Las instalaciones administrativas de la Entidad y su patrimonio documental forman parte del condominio binacional de la Itaipú”.

Siguiendo con el estudio del Tratado de Itaipú, advertimos que en su art. 22 se establece que el control del ente será ejercido por medio de auditores externos independientes cuya selección y contratación será sometida al Consejo de Administración, previo parecer de la ANDE, la cual se encuentra facultada a solicitar ampliaciones o complementaciones de los informes presentados por dichos auditores. El artículo 23 parágrafo 1° indica que la Itaipú presentará hasta el 30 de abril de cada año el balance general y la demostración de la cuenta de resultados del ejercicio anterior.

El Tratado de Yacyretá, en su Anexo “A”, por su parte establece de manera coincidente que los órganos de administración del ente son el Consejo de Administración y el Comité Ejecutivo (Art. 5°). Yacyretá establece una auditoría externa para el control contable de todos los aspectos relacionados con el desenvolvimiento económico, financiero y patrimonial (art. 18.4). El Consejo de Administración presentará a la ANDE el Balance General y la demostración de la Cuenta de Resultados hasta el 30 de abril de cada año.

Examinada la normativa cuestionada (Ley N° 1.161/97), apreciamos que la misma contiene disposiciones que van contra el texto de los Tratados de Itaipú y Yacyretá. En efecto, la Ley 1.161 faculta a la ANDE a requerir documentaciones referentes a las Binacionales en cualquier momento y mantener las mismas a disposición de las autoridades nacionales a pesar de la disposición expresa de los Tratados que dichos instrumentos constituyen patrimonio documental de los Entes Binacionales, y por lo tanto, requiere de la autorización de los Estados Partes para el efecto.

Asimismo, la Ley 1.161 establece que la Contraloría General de la República tendrá la facultad de controlar las documentaciones referidas con los Entes Binacionales, a pesar que en los respectivos Tratados se ha expresamente establecido cual es el procedimiento de control de las entidades; Itaipú y Yacyretá.

Podemos concluir conforme a lo expuesto precedentemente y sin temor a equívocos, que la Ley 1.161/97 es violatoria del art. 137 de la Constitución Nacional en cuya parte pertinente señala: “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...”.

Que, por tanto, fundado en lo señalado y conforme con el Dictamen de la Fiscalía General del Estado, soy de opinión que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad interpuesta, declarando en consecuencia la inaplicabilidad por inconstitucional de la Ley 1.161/97. Es mi voto.

A su turno el Dr. BAJAC ALBERTINI dijo: 1) Me adhiero al voto del Ministro preopinante, Dr. FRETES, y manifiesto cuanto sigue: Que el tema a dilucidar en la presente acción gira en torno a determinar si efectivamente la Ley impugnada (N° 1.161/97) viola disposiciones consagradas en los Tratados de Itaipú y Yacyretá. A más de las fundamentaciones ya vertidas en el voto prece-

dente, los cuales confirman que la citada ley contraviene ambos Tratados, me permito realizar las siguientes disquisiciones: La Supremacía Constitucional es un principio teórico del Derecho Constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un Estado jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar a regir sobre ese Estado. Esto incluiría a los Tratados Internacionales ratificados por el país y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas.

El principio consagrado en el art. 137 de nuestra Carta Magna no sólo se refiere a la supremacía de la Constitución Nacional por encima de cualquier otro instrumento normativo, sino también al orden jerárquico de prelación de las normas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la Ley N° 1.161/97 pretende implementar mecanismos de control a las Entidades Binacionales Itaipú y Yacyretá, a través de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), lo cual contraviene con lo dispuesto en los Tratados de ambas entidades, en el sentido de que ambos Tratados establecen distintos mecanismos de control.

Por ende, la Ley N° 1.161/97 deviene inconstitucional, pues contraviene el principio establecido en el art. 137 de la Constitución. Es mi voto.

A su turno la señora Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, dijo: Me adhiero por sus mismos fundamentos al voto del distinguido colega preopinante, Ministro Antonio Fretes, y agregó: En los términos del Tratado que engendró el nacimiento de la entidad binacional, las partes se aseguran, recíprocamente, la posición jurídica de equivalencia, esto es, ninguna de ellas disfruta de una posición de ventaja con relación a la otra.

Si su creación se debió a un acto internacional entre Estados que, en común y en ejercicio de sus respectivas soberanías, le han conferido la personalidad jurídica, así también su objetivo, capacidad y responsabilidad, recursos, procedimientos y estructura derivan del respectivo Tratado.

Por ello, los medios de control y actuación sobre las entidades binacionales son aquellos dispuestos en los Tratados, ratificados en nuestro país por Ley N° 389/73 y Ley N° 433/73, a cuya observancia están sujetos los órganos y entidades de la administración, puesto que las cláusulas respectivas constituyen normas jurídicas incorporadas al ordenamiento interno, en el orden de prelación establecido en nuestra Carta Magna.

La Ley N° 1.161/97 establece mecanismos de control a través de la ANDE a las Entidades Binacionales de Yacyretá e Itaipú, en contraposición a lo que disponen los respectivos Tratados Internacionales, produciéndose de esta forma una vulneración al principio de prelación de las leyes establecido en el art. 137 de la Constitución.

En base a las apreciaciones expuestas precedentemente, en concordancia con el Dictamen del Fiscal General del Estado, concluyo que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 1.161/97. Es mi voto.

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

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad de la Ley N° 1.161/97, en relación a los accionantes.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Antonio Fretes, Miguel Oscar Bajac Albertini y Alicia Beatriz Pucheta De Correa.

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz, Secretario Judicial I.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N°288

MARCA DE FÁBRICA. Confusión.

La doctrina establece que el derecho del titular de una marca consiste en el derecho de excluir a los demás del uso de esa marca y otra similar que lleve a la confusión del consumidor. El ámbito de lo que se considera confusión esta en relación con el poder distintivo y notoriedad de la marca, por el riesgo de asociación o dilución.

DERECHO DE MARCAS. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado.

La cuestión de Confundibilidad entre dos marcas no es una cuestión matemática que se limita a reglas preestablecidas, sino que responde a un análisis prudente en el cual es imposible prescindir de cierta subjetividad, por cierto siempre razonable.

DERECHO DE MARCAS. Derecho Adquirido. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado.

Se debe evitar la coexistencia de marcas confundibles observando algunas reglas. Así resultan más importantes las semejanzas que las diferencias, la protección del derecho adquirido o anterior a la pretendida inscripción de un derecho en expectativa. El propósito fundamental consiste en proteger a los adquirentes evitándoles confusiones.

MARCA DE FÁBRICA. Confusión.

El espíritu de la legislación marcaria, conforme la doctrina imperante, es el de evitar la confusión, tanto es así que ya no se habla que las marcas deben ser claramente inconfundibles, sin que deben ser claramente distinguibles. Se pone así acento en la necesidad de una clara diferenciación de las marcas en conflicto.

CSJ, Sala Penal. 02/06/2011. “Expediente: “Nélida Raquel Vergara c. Res. N° 435 del 17 de mayo de 2004 de la sex. Asuntos Litigiosos y la Res. N° 590 del 30 de diciembre de 2004, de la Dir. De la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 288).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a Derecho?

Practicando el sorteo de ley para determinar el orden de la votación dio el siguiente resultado: BLANCO, PUCHETA DE CORREA Y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el señor Ministro Sindulfo Blanco dijo: El Abog. Pastor Roche Galeano representante de la Sra. NÉLIDA RAQUEL VERGARA recurrió en apelación y nulidad por el dictado del Acuerdo y Sentencia N° 162 del 14 de octubre de 2009, emanado del Tribunal de Cuentas, 2° Sala (fs. 326 y sgtes.) En el escrito de expresión de agravios no se encuentran reparos que verdaderamente hagan al recurso de nulidad. Por lo demás, no se observan vicios o defectos que ameriten una declaración de oficio en los términos autorizados por los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil, y por consiguiente corresponde desestimar este recurso. ES MI VOTO.

ASU TURNO, los señores Ministros PUCHETA DE CORREA Y BENÍTEZ RIERA dijeron adherirse al voto del proponente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Ministro SINDULFO BLANCO prosiguió diciendo: El representante convencional de la Sra. NÉLIDA RAQUEL VERGARA promueve demanda contencioso-administrativa contra la Dirección de la Propiedad Industrial, dependiente del Ministerio de Industria y Comercio, con motivo de la Resolución N° 435 e fecha 17 de mayo de 2004 dictada por la Sección de Asuntos Litigiosos, en el expediente administrativo de oposición al Registro de la Marca “US MILD Y ETIQUETA” en clase 34 cuya cobertura abarca el producto “cigarrillos”. Las referidas resoluciones administrativas no hacen a lugar al pedido de registro de la marca solicitada y son favorables a la oposición deducida por la firma “SUDAN INDUSTRIA E COMERCIO DE CIGARROS LTDA.”, titular de la marca oponente y registrada “US MILD” también de la clase 34.

El Tribunal de Cuentas 2° Sala, dicta el Acuerdo y Sentencia N° 162 del 14 de OCTUBRE del año 2009, (fs.326 y sgtes) y resuelve:

“1. NO HACER LUGAR a la presente demanda contencioso administrativa deducida por la firma “NÉLIDA RAQUEL VERGARA C/RES. N°435 del 17 de mayo, 2004 de la SEC. De ASUNTOS LITIGIOSOS y la RES. N° 590 del 30 de diciembre de 2004, de la DIR. De la PROPIEDAD INDUSTRIAL” de conformidad al exordio de la presente Resolución:

“2. CONFIRMAR LA Resolución N° 435 del 17 de mayo de 2004 de la SERC. De ASUNTOS LITIGIOSOS y la RES. N° 590 del 30 de setiembre de 2004, DICTADO POR EL DIRECTOR de la PROPIEDAD INDUSTRIAL.

“3. IMPONER LAS COSTAS DE LA PERDIDOSA.

“4. NOTIFÍQUESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

Contra el referido Acuerdo y Sentencia el representante convencional de la recurrente alega en su escrito de expresión de agravios (FS. 340) que:

“El Acuerdo y Sentencia impugnado debe ser revocado porque el mismo carece de fundamentos valederos que justifiquen el rechazo de la demanda promovida”.

“Sus conclusiones son el resultado de un estudio muy somero del caso”.

“En conjunto es cuando se ven las diferencias entre las marcas en pugna sin necesidad de ser un experto en la materia”.

“La Resolución apelada ha utilizado argumentos engañosos y que no se ajustan a la verdad agregando que nunca jamás la firma Brasileira SUDAN

INDUSTRIA E COMERCIO DE CIGARROS LTDA. Fabricó un solo pabito de cigarrillo en suelo paraguayo. Concluye solicitando la revocación de la Resolución impugnada.

La parte coadyuvante, (fs. 376 – Tomo II) a través del Abg. Amilcar Ayala en nombre y representación de las firmas “SUDAMAX INDUSTRIA E COMERCIO DE CIGARRILLOS LTDA” y GILOW TRADE S.A. solicita intervención y la extromisión del proceso a la firma SUDAMAX INDUSTRIA E COMERCIO DE CIGARRILLOS LTDA y la sustitución por la actual propietaria de la marca: “GILOW TRADE S.A.” y expresa: “Que la Resolución impugnada se ajusta a derecho y por tanto debe ser confirmada en todas sus partes.”

“Que la coexistencia entre las marcas en pugna “US MILD Y ETIQUETA” (solicitada) y la registrada “US MILD” induciría a la confusión directa del público consumidor, en vista a que no hay ninguna diferencia grafica, ni auditiva, ni mucho menos ortográfica” “Que la actora pretende lucrar con una marca ya conocida, con el solo agregado “Y ETIQUETA” con lo cual también pretende diferenciarlas.

“Asimismo informa que su mandante concedió licencia de uso a la firma “Paraguay Internacional S.A. (PITSA)”, autorizada legalmente a fabricar y vender cigarrillos de dichas marcas. Invoca a los Arts. 80 y 81 de la legislación marcaria, al igual que el art. 10 bis, inc. 3 número 1 del Convenio de Paris y la Ley del Comerciante N° 1.034/83, art. 108 que hacen referencia a la competencia desleal.

Agrega que la pretensión de la actora es que la marca solicitada intenta registrarse en la misma clase internacional 34 que la que ostenta la opositora, causando así la asociación involuntaria por parte del consumidor de los productos del solicitante con los de propiedad de mi representada.

El Ministerio de Industria y Comercio al contestar la demanda (fs. 380 – Tomo II) a través de su representante, el Abog. Ramón Rodríguez expresa que:

“La contraparte ataca despiadadamente las precitadas Resoluciones, no dando mayor importancia a las constancias autos y a los procedimientos estatuídos en temas marcarios. El Acuerdo y Sentencia de referencia se ajusta estrictamente a derecho pues analizada la controversia de autos, podemos afirmar que cotejando las marcas en pugna “US MILD Y ETIQUETA” (solicitada) y la registrada “US MILD” se puede afirmar que entre las mismas no existen diferencias graficas, auditivas y ortográficas suficientes que ameriten su coexis-

tencia ya que inducirá a una confusión directa al público consumidor”. Concluye que se remite íntegramente el texto y contexto del Acuerdo y Sentencia N° 162 de fecha 14 de octubre de 2009”

En el caso que se analiza, la cuestión de fondo consiste en valorar si corresponde el Registro de la Marca “US MILD Y ETIQUETA”, solicitada por NÉLIDA RAQUEL VERGARA, en la Clase 34, con oposición de la Marca “US MILD” registrada en igual clase 34 cuyo titular es GILOW TRADE S.A.

La doctrina establece que “El derecho del titular de una marca consiste en el derecho de excluir a los demás del uso de esa marca y otra similar que lleve a la confusión del consumidor. El ámbito de lo que se considera confusión esta en relación con el poder distintivo y notoriedad de la marca, por el riesgo de asociación o dilución” (“Relevancia del uso indebido de marca”. Gabriel Martínez Medrano. Doctrina Judicial N° 33, Bs. As.).

Siendo el principio que la procedencia legal de una marca debe juzgarse atendiendo al conjunto, “el análisis no debe impedir que dentro del conjunto se valoren debidamente los elementos que lo forman reconociéndolos el mismo valor que le daría el público”. (Jorge Otamendi, “Derecho de Marcas” Abelardo-Perrot, Bs. As. 1989, pág. 175). En el cotejo realizado entre ambas marcas, de inicio se advierte que existe gran similitud auditiva y visual entre ambas, similitud que podría incluir a la confundibilidad.

La cuestión de la confundibilidad entre dos marcas no es una cuestión matemática que se limita a reglas preestablecidas, sino que responde a un análisis prudente en el cual es imposible prescindir de cierta subjetividad, por cierto siempre razonable. Es por eso que colocándonos en el papel de público consumidor como lo aconseja la doctrina, coincido con el Tribunal de Cuentas, cuando afirma que la marca solicitada y la registrada son idénticas tanto en lo ortográfico como fonético.

La doctrina enseña que se debe evitar la coexistencia de marcas confundibles observando algunas reglas. Así, resultan mas importantes las semejanzas que las diferencias, la protección del derecho adquirido o anterior a la pretendida inscripción de un derecho en expectativa. El propósito fundamental consiste en proteger a los adquirentes evitándoles confusiones.

La circunstancia que resulta decisiva para la solución de este conflicto surge de la clase para la cual se pretende el registro que es la misma de la marca oponente.

A lo expresado agregamos el derecho al uso exclusivo de las marcas que nuestra legislación (art.15) concede a su titular, y a oponerse al registro y al uso de cualquier otro signo que pudiera inducir directa o indirectamente a confusión o asociación. Asimismo es dable mencionar lo establecido en la Constitución Nacional en su art. 110 en concordancia con el art. referido.

Por tanto y atento a lo expresado, no existe motivo jurídico para revocar el fallo recurrido, por lo que llego a la conclusión de que debe mantenerse en pie el Acuerdo y Sentencia N° 162 de fecha 14 de octubre del 2009, dictado por el Tribunal de Cuentas, 2ª Sala, con imposición de costas a la perdidosa conforme al art. 192 del CPC. ES MI VOTO

A SU TURNO EL MINISTRO LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA manifiesta: Que se adhiere al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

ASU TURNO LA MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, DIJO: Me adhiero al voto del Ministro Preopinante Sindulfo Blanco, por sus mismos fundamentos. Se trae a colación el siguiente Fallo Jurisprudencial: “Acuerdo y Sentencia N° 1.869 de fecha 28 de diciembre de 2004, en el expediente: “FINANCIERA ATLAS SAECA C/ RESOLUCIÓN N° 297 DE FECHA 9 DE MAYO DE 2.003 Y OTRA DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL”, en la cual la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia sostuvo entre otras consideraciones: “El espíritu de la legislación marcaría, conforme a la doctrina imperante, es el de evitar la confusión, tanto es así que ya no se habla que las marcas deben ser claramente inconfundibles, sino que deben ser claramente distinguibles. Se pone así acento en la necesidad de una clara diferenciación de las marcas en conflicto”. Es mi voto.

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

RESUELVE:

- 1.- DESESTIMAR el recurso de Nulidad y Apelación.
- 2.- CONFIRMAR, el Acuerdo y Sentencia N° 162 del 14 de octubre de 2009, dictado por el Tribunal de Cuentas, 2º Sala.
- 3.- IMPONER las costas a la perdidosa.
- 4.- ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y Luis María Benítez Riera

Ante mí: Norma Esther Domínguez Vallejos, Secretaria Judicial IV.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 324

Cuestión debatida: *Se ha dispuesto el sobreseimiento provisional del imputado, su defensa plantea la extinción de la acción en virtud del transcurso del tiempo de un año, considerando que el tipo base del hecho punible se encuadra dentro del delito, lo que fue rechazado tanto en el Juzgado como en el Tribunal de Apelación, quienes lo consideran un crimen. Lo que en se estudia en esta acción es si el hecho punible en cuestión (hurto agravado) es delito o crimen a los fines de saber si es procedente el pedido de extinción de la acción. Finalmente se da lugar a la acción de inconstitucionalidad.*

HECHO PUNIBLE. Clasificación de hecho punible.

El art.13 del C.P. establece la metodología para la clasificación de los hechos punibles según la sanción legal prevista, siendo trascendental para encuadrar el hecho punible en una u otra categoría la consideración del marco penal del tipo base, el cual es definido por el art.14 del C.P. “el tipo base legal que describe el modelo de conducta sin considerar posibles modificaciones por agravantes o atenuantes.”

HECHO PUNIBLE. Clasificación de hecho punible. HURTO. Hurto agravado.

Si bien la conducta del encausado ha sido calificada como hurto agravado con pena privativa de hasta 10 años, resulta a todas luces evidente que tal conducta constituye un tipo calificado del tipo base hurto, cuyo marco penal de pena privativa de libertad es de hasta 5 años... de esta forma el ilícito por el cual fue imputado constituye uno clasificado como delito.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa.

El fallo impugnado se halla afectado gravemente de una nulidad insalvable. Se violó la disposición contenida en el art.256, 2ª parte de la Constitución y en la ley, con la consiguiente lesión a la garantía de defensa en juicio.

SENTENCIA ARBITRARIA.

Al desconocer las disposiciones citadas, han incurrido en error de derecho, que deriva en la inminente calificación de arbitrariedad de los interlocutorios.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa.

Se han violado el derecho a la defensa, al imponer una institución en perjuicio del encausado, y sin mayor fundamento, ya que simplemente han

desconocido las reglas generales vigentes en la legislación penal, vulnerando el debido proceso.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad. Principio de legalidad. Derecho a la defensa.

Los autos atacados desvirtuaron el principio de legalidad, al no aplicar el derecho de la manera que este lo impone, vulnerando garantías de igualdad procesal, debido proceso, defensa en juicio, plazo razonable todos plasmados en la Constitución Nacional y en Pactos internacionales.

CSJ, Sala Constitucional. 06/06/2011. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Ramon Coronel s. Hurto Agravado” (Ac. Y Sent. N° 324)

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 FRETES dijo: La Sra. María de la Paz Martínez Irigoitia, Defensora Pública en lo Penal de Asunción, bajo patrocinio de la Defensora General del Ministerio de la Defensa Pública, por la defensa del Sr. Ramón Coronel, promueve acción de inconstitucionalidad contra el A.I. N° 389 del 16 de mayo de 2008, dictado por el Juzgado de Garantías N° 11 y el A.I. N° 310 de fecha 5 de diciembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Cuarta Sala, ambas magistraturas de esta Capital, en los autos antes mencionados.

1. La primera resolución objeto de la presente acción resolvió no hacer lugar al pedido de extinción de la acción penal realizado por la defensa del imputado Ramón Coronel. La otra resolución impugnada, dictada por el tribunal de alzada, se pronunció en el mismo sentido del inferior, confirmando el auto interlocutorio recurrido.

2.- Sostiene la accionante que las resoluciones impugnadas son arbitrarias y de modo evidente violaron las disposiciones de la Constitución, insertadas en los artículos 16 (de la inviolabilidad de la defensa en juicio y a ser juzgado por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales), 17 inciso 9) (“que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas”) y 256 2ª parte (que establece el deber de los magistrados de fundar sus resoluciones en la Constitución y en la ley). Al fundar la acción interpuesta la accionante alega que las resoluciones de alzada aplicaron erró-

neamente el derecho y que los juzgadores emitieron las resoluciones sin fundarla en la Constitución y la ley, sino al contrario, decidieron contra el texto legal.

3. En su escrito de fundamentación la accionante expresa que "...el art. 13 del Código Penal es absolutamente claro al determinar que para determinar si un hecho punible es crimen debe estarse a lo establecido en el tipo base, y en este sentido el tipo base del hurto agravado es el hurto, art. 161 del CP cuya pena máxima es de 5 años de pena privativa de libertad, por ende se trata de un delito. Es una falacia decir, como lo hicieron las resoluciones atacadas por mi parte, que el art. 162 del CP sea un crimen por establecer hasta 10 años de pena privativa de libertad, para ello, los juzgadores deben ceñirse a lo establecido en la Constitución y en la ley de forma, que como ya se dijo, claramente establece que para clasificar un hecho entre crimen o delito debe estarse a lo establecido en el tipo base, en este caso el hurto..."

4. De las constancias obrantes en los autos principales tenemos que en primera instancia el Juzgado dictó resolución basado en que "...el juzgado ha dispuesto el sobreseimiento provisional del imputado Ramón Coronel, en virtud a que existían elementos investigativos pendientes de diligenciamiento. A lo que la defensa técnica del imputado ha solicitado la extinción de la acción en virtud a que ha transcurrido más de un año, previsto en el art. 25 inc. 11 del CPP. Cabe destacar, previo al pronunciamiento de la solicitud de la defensa, que el juzgado considera no hacer lugar a lo solicitado por el Agente Fiscal de la causa al momento de conferírsele traslado en relación a dicho pedido, en virtud a que el expediente judicial obra en la secretaría del juzgado, lugar al cual el Agente Fiscal debe concurrir a los efectos de tener conocimiento de la situación del expediente judicial. Entonces, haciendo nuevamente referencia a lo solicitado por la Abogada defensora María de la Paz Martínez, se debe señalar que no se hallan reunidos los presupuestos establecidos en el art. 362 del CPP que establece: "...en caso de delito, si dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional no se solicita la reapertura de la causa, el Juez declarará de oficio la extinción de la acción penal, este plazo se extenderá a tres años cuando se trate de crímenes...", en el sentido de que el tipo penal por el cual fue calificada la conducta del encausado en el apartado primero de la resolución referida, constituye la de hurto agravado, prevista en el art. 162 del CP, el cual es considerado como un crimen, conforme lo dispone el art. 13 inc. 1º, por lo que ante tales consideraciones corresponde no hacer lugar a lo solicitado por la Abogada de la Defensa María de la Paz Martínez..."

5. Ante la interposición del recurso de apelación general por parte de la defensa del Sr. Ramón Coronel, fundado entre otros puntos en que consideraba falso que el hurto agravado sea un crimen, debido a que para tal determinación se debe tomar el tipo base del hecho punible (el hurto), cuyo marco penal lo convierte en delito según el artículo 13 del CP, el Ad-quem confirmó la resolución de primera instancia de conformidad a los siguientes fundamentos: "...cabe recordar que como fundamento de su decisión el tribunal, según reseña, señala que el hecho punible investigado en autos se trata efectivamente de un crimen, pues se trata de un ilícito el cual se halla tipificado en el art. 162 de la citada ley, dicho artículo prevé una pena privativa de libertad hasta 10 años. El punto esencial de inflexión entre las posiciones asumidas por los sujetos procesales radica en el plazo dentro del cual se operara la extinción de la acción penal, para cuya respuesta se requerirá examinar el ordenamiento vigente. En el orden de razonamiento expuesto, conviene recordar que la institución procesal de "sobreseimiento provisional" se halla legislado, en primer término, entre los motivos de extinción de la acción, art. 25.11 del CPP, señalándose como efecto en el tiempo, sin hacer distinciones en la naturaleza del hecho punible, que se la tiene por operada, "si no se produjo la reapertura dentro del plazo de un año". En segundo término, el art. 362 del ritual discrimina su operatividad, distinguiendo entre "crímenes" y "delitos", señalándose con claridad que en los primeros se la tiene por operada en tres años y en los segundos, en un año. Esta dicotomía aparente no es tal, pues la formulación de principios del art. 25 del CPP es genérica, lo cual debe ceder ante la reglamentación específica del art. 362, normativa que hace referencia clara a la modalidad de su aplicación. De todo lo cual surge que el plazo para crimen es de tres años y que el auto interlocutorio en cuestión debe ser confirmado por ajustarse a derecho..."

6. De esta forma se puede notar que los magistrados de primera y segunda instancia consideraron que la calificación de la conducta penal del Sr. Ramón Coronel como hurto agravado (art. 162 del CP), con pena privativa de libertad de hasta 10 años, constituye un tipo penal catalogado como crimen, según la previsión del art. 13 inc. 1°. Sin ánimo de constituirnos en una indebida tercera instancia, corresponde analizar el marco normativo que regula la cuestión en discusión.

7. Primeramente consideramos pertinente transcribir el artículo invocado por los juzgadores, el 13, inc. 1° del CP según el cual: "Son crímenes los hechos

punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad mayor de cinco años”. En los incisos siguientes agrega: “2°. Son delitos los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad de hasta cinco años, o multa. 3°. Para esta clasificación de los hechos punibles será considerado solamente el marco penal del tipo base”. Se debe destacar que estos dos últimos incisos no fueron considerados por los juzgadores en ninguna de las instancias.

8. La norma citada ofrece de manera clara la metodología para la clasificación de los hechos punibles según la sanción legal prevista; siendo además trascendental para encuadrar el hecho punible en una u otra categoría la consideración del marco penal del tipo base, el cual es definido por el artículo 14 inc. 3) del Código Penal como “el tipo legal que describe el modelo de conducta sin considerar posibles modificaciones por agravantes o atenuantes”. Resulta por demás interesante traer a colación la cita realizada por el representante del Ministerio Público en su dictamen referente al tema, citando al renombrado autor alemán Claus Roxin quien refiere: “El legislador procede... configurando los tipos delictivos en su forma más sencilla como delitos base... y creando sin embargo, en conexión con ellos y añadiendo ulteriores elementos, derivaciones típicas o tipos derivados que bien agravan (tipos cualificados) o bien atenúan (tipos privilegiados) la consecuencia jurídica prevista para el tipo base” (autor mencionado, Derecho Penal – Parte General – Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997).

9. Si bien la conducta penal del encausado ha sido calificada como hurto agravado (art. 162 del CP), con pena privativa de libertad de hasta 10 años, resulta a todas luces evidente que tal conducta constituye un tipo cualificado del tipo base hurto (art. 161), cuyo marco penal de pena privativa de libertad es de hasta 5 años o multa. De esta forma, el ilícito por el cual el Sr. Ramón Coronel fue imputado constituye uno clasificado como delito, según la previsión del art. 13 del Código Penal. El análisis de los juzgadores omitió referirse al inciso 3° del artículo precedentemente citado, que prevé las bases para encuadrar el hecho punible como un crimen o delito.

10. En estas condiciones surge que las resoluciones dictadas por el A-quo y por el Tribunal de Apelaciones omitieron aplicar la normatividad en vigor, prescindiendo de una disposición legal que rige la materia sobre la cual se expidieron y que hubiera sido decisiva para la enmarcación del hecho punible en una u otra categoría.

11. El tratadista argentino Néstor Pedro Sagués, en su obra “Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario” (Tomo II, página 170), al referirse a las sentencias que desconocen o se apartan de la norma aplicable expresa que: “...Tal prescindencia implica un error de derecho que hace funcionar la descalificación por arbitrariedad...”, para más adelante puntualizar que la garantía que se ve afectada es la de la defensa en juicio. 12. Conforme a las consideraciones expuestas emerge que el fallo impugnado se halla afectado gravemente de una nulidad insalvable. Se violó la disposición contenida en el 256 (2ª parte) de la Constitución, que establece el deber de los magistrados de fundar sus resoluciones en la Constitución y en la ley, con la consiguiente lesión a la garantía de la defensa en juicio.

13. En relación con el tema en estudio, Alfredo Orgaz, citado por Néstor Pedro Sagués, dice que “la sentencia arbitraria no tiene otro fundamento que la voluntad del juez, quien se ha apartado al sentenciar de lo dispuesto por la ley, o ha interpretado irrazonablemente a ésta;...” (Sagués, Néstor Pedro, Obra “Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario”, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, año 1989, página 192).

14. Asimismo, se establece que la arbitrariedad de las sentencias se manifiesta en los casos en los cuales el juzgador “sin brindar razón alguna y fundado en su sola opinión personal, se pronuncia haciendo caso omiso de los extremos fácticos y legales del caso, arribando a una conclusión jurídicamente inadmisibles, provocando por ende un daño a una de las partes o bien ambas” (De Santo, “Tratado de los Recursos”, Tomo II, página 313).

15. Que, en coincidencia con el dictamen fiscal, y en consideración a que la resolución impugnada revela la trasgresión de las normas consagradas en nuestra Ley Fundamental mencionadas precedentemente, amerita la declaración de inconstitucionalidad del A.I.Nº 389 del 16 de mayo de 2008, dictado por el Juzgado de Garantías Nº 11 y el A.I.Nº 310 de fecha 5 de diciembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Cuarta Sala, ambas magistraturas de esta Capital. La acción planteada debe ser acogida favorablemente, con imposición de costas a la perdedora. ES MI VOTO.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Me adhiero al voto del ilustre colega preopinante, por los mismos fundamentos, complementando lo antedicho de la siguiente manera:

Considero notoria la violación de normas constitucionales y garantías que

hacen relevante e imperiosa la declaración de Inconstitucionalidad de los Autos atacados (A.I. N° 389, y A.I. N° 310).

El artículo 13 del Código Penal, dispone que: "...1°) Son crímenes los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad mayor de cinco años. 2°) Son delitos los hechos punibles cuya sanción legal sea de pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa..." Pero claramente reglamenta la distinción en su inciso 3°, que dice: "PARA ESTA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS PUNIBLES SERÁ CONSIDERADO SOLAMENTE EL MARCO PENAL DEL TIPO BASE".

El hecho imputado al Sr. Ramón Coronel, si bien fue calificado como HURTO AGRAVADO, cuyo marco va hasta 10 años, para la aplicación de instituciones procesales como la extinción es inexcusable la aplicación de la regla dispuesta en el artículo 13 transcrito. Es decir, la calificación teniendo en consideración el tipo base.

El Hurto Agravado, ya como el mismo título lo dispone, es un tipo calificado o agravado del HURTO, cuyo marco penal es de hasta 5 años o multa, y que nuevamente, de conformidad al art. 13, debe ser catalogado como DELITO.

El Juez de Etapa Intermedia, y posteriormente el Tribunal de Apelación, ante el pedido de extinción de la acción penal, y ante la imposición del art. 25: "Motivos de Extinción... 11) cuando, luego de resuelto el sobreseimiento provisional, no se ordena la reapertura de la causa y la prosecución de la investigación dentro del plazo de un año..."; y al art. 362 segunda parte, ambos del CPP: "En caso de delitos, si dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional no se solicita la reapertura de la causa, el juez declarara de oficio, la extinción de la acción penal..."; debieron declarar el sobreseimiento definitivo del imputado, y la extinción de la acción penal; pues se constata en autos que ha transcurrido el tiempo requerido (más de un año).

Al desconocer, o hacer caso omiso a las disposiciones citadas, han incurrido en error de derecho, que deriva en la inminente calificación de arbitrariedad de los interlocutorios.

Los interlocutorios atacados constituyen una interpretación inadmisibles de la legislación vigente, violándose el derecho y garantía del debido proceso, el principio de legalidad y de in dubio pro reo todo lo cual descalifica a los fallos en arbitrarios no siendo derivación razonada del derecho vigente, sino derivada de la incompleta interpretación de los jueces. El interés del Estado en perseguir o

sancionar una conducta penal persiste mientras sea útil a los fines del mismo, es decir, mientras la posible sanción a ser impuesta por una conducta típica y reinserción a la sociedad del incoado. El Estado realiza la persecución penal eficaz dentro de un plazo razonable, y mientras ese interés subsista, esta garantía tiene un doble cumplimiento, en primer lugar, a fin de que no se prolongue de manera indefinida el proceso, y en segundo lugar cumple su efecto si el Estado perdió interés tacita o explícitamente en la concreción de la causa. 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; 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. Esto 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 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...” (Resúmenes de la Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos – Sistema Americano PLAZO RAZONABLE.htm).

En la presente causa se han violado el ejercicio de la defensa, al imponer una institución en perjuicio del encausado, y sin mayor fundamento, ya que simplemente han desconocido las reglas generales vigentes en la legislación penal, vulnerando el debido proceso, en palabras de Carrió, han “prescindido del texto legal sin razón plausible...” (Carrió, Genaro R. – Carrió Alejandro “El Recurso Extraordinario por sentencia arbitraria”. 3ra. Edición, Bs. As. Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1983, págs. 57/59).

Lo explica Cafferata Nores que: “La arbitrariedad resulta de no respetar los estándares a los que el juez se encuentra vinculado ya sean éstos estrictamente normativos, o que surjan de los principios que informan las normas...” y reseña a Dwoekin, textualmente en que los jueces: “deben concebir el cuerpo de la ley que administran como una totalidad y no como un conjunto de decisiones discretas que pueden tomar o enmendar una por una, sin nada más que un interés estratégico en el resto” (José I. Cafferata Nores. “Eficacia del sistema

penal y garantías procesales". Editorial Mediterránea, Córdoba, República Argentina, año 2002, págs. 118/119).

De esta manera los auto-interlocutorios atacados desvirtuaron el principio de legalidad, al no aplicar el derecho en la manera que esté lo impone, vulnerando garantías de igualdad procesal, debido proceso, defensa en juicio, plazo razonable todos plasmados en la Constitución Nacional y en Pactos internacionales.

Considero que corresponde la adhesión al voto preopinante.

A su turno el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, Doctor FRETES, 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:

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia declarar la nulidad del A.I. N° 389 del 16 de mayo de 2008, dictado por el Juzgado de Garantías N° 11 y el A.I. N° 310 de fecha 5 de diciembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Cuarta Sala, ambas magistraturas de esta Capital.

IMPONER las costas a la perdidosa.

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°359

DERECHO DE MARCAS. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado.

Cabe mencionar que las cuestiones marcarias no se limitan a reglas preestablecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador, del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad razonable.

DERECHO DE MARCAS. Confundibilidad de las marcas.

La cuestión de novedad y distintividad no es de solución fácil. Existe una línea tenue entre los signos denominativos registrables y los que no lo son. Lo

que se busca es que el público consumidor, el comprador frecuente y el titular de la marca, no sea posible de confusión al adquirir un producto en el caso del público consumidor, y al comercializar el mismo en el caso del titular de la marca.

DERECHO DE MARCAS. Confundibilidad de las marcas. Similitud.

La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado ciertos criterios generales que ayudan en la apreciación de la similitud... Los signos deben considerarse en su conjunto, en forma sucesiva y pre-flexiva...el cotejo debe efectuarse en los tres campos en que la similitud puede manifestarse (grafico, fonético, ideológico). Debe atenderse más a las semejanzas que a las diferencias de detalle.

DERECHO DE MARCAS. Confundibilidad de las marcas. Similitud.

Determinadas las diferencias existentes entre las marcas en pugna, tanto en el campo visual, como fonético, estimo que en este caso en particular, son capaces de coexistir.

DERECHO DE MARCAS. Confundibilidad de las marcas. Similitud.

Ambas marcas han sido solicitadas para una misma clase, es decir la clase 5 del nomenclador internacional, pero la doctrina y jurisprudencia constante, reconocen la posibilidad de existencia de marcas, que no guarden similitud y posean identidad marcaria propia, no siendo pasible de causar confusión en el consumidor... por lo que pueden coexistir en la misma clase.

DERECHO DE MARCAS. Novedad de las marcas.

La marca del juicio solicitada por la clase5, reúne los requisitos de novedad, especialidad y distintividad, necesarias para su registro.

CSJ, Sala Penal. 13/06/2011. "Bayer Aktiengesellschaft c. Resolucion N° 7 de fecha 10 de febrero de 2006 dictada por la secretaria de marcas y la resolución N° 314 de fecha 25 de julio dictada por la Direccion de la Propiedad Industrial" (Ac. Y Sent. N° 359)

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió estudiar y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO Y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la Señora Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, dijo: En cuanto al Recurso de Nulidad, el recurrente desistió expresamente del presente recurso, por lo que se lo tiene que tener abdicado del mismo. Por otro lado de la lectura de la Sentencia impugnada no se observan vicios o defectos procesales que ameriten de oficio su declaración de nulidad en los términos autorizados por los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. Es mi Voto.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS SINDULFO BLANCO Y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA DIJERON: Que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, la señora Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, prosiguió diciendo: La firma BAYER AKTIENGESELLCHAFT, mediante su representante convencional, el Abogado WILFRIDO FERNANDEZ DE BRIX, en adelante la accionante, promueve acción contencioso administrativa contra la Resolución N° 314 de fecha 25 de julio de 2007, dictada por el Director de la Propiedad Industrial, y al Resolución N° 7 de fecha 10 de febrero de 2006 dictada, por la Sección Asuntos Litigiosos, ambas dependientes del Ministerio de Industria y Comercio.

Por Acuerdo y Sentencia N° 180 de fecha 29 de octubre de 2009, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió; “1. HACER LUGAR a la presente demanda contencioso-administrativa presentada por la firma BAYER AKTIENGESELLCHAFT contra la Resolución N° 314 de fecha 25 de julio de 2007 dictada por el Director de la Dirección de la Propiedad Industrial y la Resolución N° 7 de fecha 10 de febrero de 2006 dictada por la Secretaria de Marcas, y en consecuencia: 2. REVOCAR los actos administrativos impugnados, Resolución N° 314 de fecha 25 de julio de 2007 dictada por el Director de la Dirección de la Propiedad Industrial y la Resolución N° 07 de fecha 10 de febrero de 2006 dictada por la Secretaria de Marcas, del Ministerio de Industria y Comercio. 3. IMPONER LAS COSTAS, a la parte perdidosa. 4. ANOTAR...”.

Contra el Acuerdo y Sentencia N° 180 de fecha 29 de octubre de 2009, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, se alza en Apelación el Ministerio de Industria y Comercio, por medio de su representante legal, expresando en lo medular de su expresión de agravios, cuanto sigue: “...la palabra

“COSSAK”, es una denominación común en las marcas en pugna, y palabra base de las mismas, puede crear confusión al público consumidor en cuanto al origen de los productos, existiendo la posibilidad de confusión por las semejanzas y en consecuencia no pueden coexistir pacíficamente. Concluye solicitando que el Acuerdo y Sentencia recurrido sea revocado...”.

El abogado Wilfrido Fernandez, al contestar el traslado que le fuere corrido, en su escrito obrante a fs. 86/87 expresó en síntesis cuanto sigue: “...Debe declararse desierto el recurso de apelación porque carece de un análisis razonado de la resolución recurrida, y de los argumentos del recurso. Las marcas son claramente distinguibles sin posibilidad de confusión, existe una diferenciación Visual y Fonética. Los productos a ser protegidos por la marca “COSSACK” son de uso agrícola empleados por personal especializado y para aplicaciones de técnicas específicas, lo cual hace imposible la confusión. Como quedo demostrado en autos mi mandante posee registros extranjeros previos de esta marca, que la hacen merecedora de la protección, establecida en el Convenio de París, que en su art. 6 como excepción consagra el principio de territorialidad de las marcas. La falta de oposición a la solicitud de mi mandante presume falta de confusión y limita el rechazo de oficio a casos de identidad y extrema semejanza. Concluye solicitando la confirmación del Acuerdo y Sentencia recurrido...”.

Entrando a analizar la cuestión de fondo, tenemos que el Tribunal de Cuentas, “revoco” las resoluciones administrativas que “rechazaron” la solicitud del registro de la marca “COSSACK”, clase 5, expediente 5/18650 de fecha 29 de junio de 2005, presentada por BAYER AG.

Al respecto cabe mencionar que las cuestiones marcarías no se limitan a reglas preestablecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador, del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad razonable.

La cuestión de novedad y distintividad no es de solución fácil. Existe una línea tenue entre los signos denominativos registrables y los que no lo son. Lo que se busca es que el público consumidor, el comprador frecuente y el titular de la marca, no sea pasible de confusión al adquirir un producto en el caso del público consumidor, y al comercializar el mismo en el caso del titular de la marca.

Entrando a auscultar el fondo de la cuestión planteada, debemos determinar si cabe o no, la posibilidad de confusión entre las marcas en pugna, “COSSAKO” clase 5 (registrada) y “COSSACK” clase 5 (solicitada).

Ahora bien, a través del tiempo, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado ciertos criterios generales que ayudan en la apreciación de la similitud. El primero de ellos, y acaso el más importante, es que los signos deben considerarse en su conjunto, en forma sucesiva y pre-flexiva. El segundo es que cotejo debe efectuarse en los tres campos en que la similitud puede manifestarse (gráfico, fonético e ideológico). El tercero es que debe atenderse más a las semejanzas que a las diferencias de detalle. (Luis Eduardo Bertone – Guillermo Cabanellas de las Cuevas, “Derecho de Marcas”, Tomo II, 1.989 Editorial Heliasa S.R.L., pág. 42).

Así las cosas, analizadas en conjunto las marcas en pugna, “COSAKO” (registrada) y la marca “COSSAK” (solicitada), luego de haber realizando un cotejo sucesivo de las mismas, llegó a la conclusión que la marca solicitada “COSSAK”, en su conjunto, no es susceptible de causar confusión con la marca registrada “COSAKO”, dada las diferencias existente entre las mismas.

Al referirse a la similitud ortográfica, Otamendi expresa: “Es quizás la más habitual en los casos de confusión. Se da por la coincidencia de letras en los conjuntos en pugna. Influyen para ello, desde luego, la misma secuencia de vocales, la misma longitud y cantidad de sílabas o radicales o terminaciones comunes”. (Jorge Otamendi, “Derecho de Marcas”, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 162).

Ahora bien, entrando a analizar el aspecto ortográfico de las marcas en pugna, tenemos que la marca registrada “COSSACK” esta compuestas por (7) siete letras y dos sílabas, en tanto que la solicitada “COSAKO” por (6) seis letras y tres sílabas, del cotejo se desprende que los elementos variables entre la marca solicitada “COSSACK” y la registrada “COSAKO”, son la modificación de la letra intermedia “A” por la letra “S”, y la modificación de las ultimas letras “K” y “O”, por las letras “A” y “C”, siendo agregada al final de la marca solicitada la letra “K”, estimo que en este caso en particular las diferencias visuales, son suficientes, para otorgar distintividad marcaria.

En el campo fonético, partiendo del cotejo de las marcas “COSSACK” y “COSAKO”, surge que la raíz posee una pronunciación distinta, ya que en la raíz de la marca solicitada se encuentra la letra “S”. Así también, las modificaciones realizadas en la marca solicitada, indicadas en el párrafo anterior, resultan suficientes desde el conjunto de ambas palabras, para otorgar una diferenciación fonética, teniendo en cuenta que las desinencias de ambas pala-

bras poseen una diferente pronunciación, hecho acentuado por la cantidad de sílabas con las que cuenta la marca registrada (3 sílabas) y la marca solicitada (2 sílabas), todo esto otorga una identidad marcaría propia, en la marca solicitada.

Determinada las diferencias existentes entre las marcas en pugna, tanto en el campo visual, como fonético, estimo que en este caso en particular, son capaces de coexistir.

Ahora bien, las instrumentales obrantes en autos, no han sido redargüidas de falsas, por lo que hacen plena fe en juicio, de estas se desprende, que a fs. 29 de autos, obra la solicitud del Registro de Marca N° 18.650, de fecha 29 de junio de 2005, en la cual la firma BAYER AG, solicita la denominación “COSSACK”, en la solicitud consta que es solicitada para proteger los siguientes productos: “PREPARACIONES PARA MATAR MALAS HIERBAS Y DESTRUIR ALIMANÑAS, INSECTICIDAS, HERBICIDAS Y FUNGICIDAS COMPRENDIDOS EN LA CLASE INTERNACIONAL 5 (CINCO)”. Dado que la marca solicitada, no busca proteger productos farmacéuticos, ni se encuentra en pugna con una marca que protege dichos productos, sino los explicitados en la solicitud de la marca, esta Magistratura no aplicara el criterio restrictivo que tiene en cuanto a la concesión de marcas, para proteger los “productos farmacéuticos” de la clase 5 del nomenclátor internacional.

De las constancias de autos, se desprende que la firma UNITED AGRI PRODUCTS PARAGUAY S.R.L., posee registrada la marca “COSAKO”, con el N° 233.347, de fecha 20 de marzo de 2.001, para proteger productos de la clase 5.

De esto se concluye, que ambas marcas han sido solicitadas para una misma clase, es decir la clase 5 del nomenclátor internacional, pero la doctrina y jurisprudencia constante, reconocen la posibilidad de coexistencia de marcas, que no guarden similitud, y posean identidad marcaría propia, no siendo pasible de causar confusión en el consumidor.

En resumen, del análisis comparativo entre las marcas en pugna encontramos que existen deferencias visuales, graficas y fonéticas, que las hace disímiles a toda confusión. Por lo que en este caso en particular la marca solicitada no es capaz de causar confusión directa o indirecta en el consumidor, con respecto a la marca que la ya se encuentra registrada, por lo que pueden coexistir en la misma clase.

JURISPRUDENCIA

Se traen a colación los siguientes fallos Jurisprudenciales en los cuales la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, ya se ha expedido sobre la posibilidad de la coexistencia de marcas con suficientes diferencias visuales, ortográficas y visuales, que no causen confusión en el consumidor: “Acuerdo y Sentencia N° 444 de fecha 20 de junio de 2005, Acuerdo y Sentencia N° 1.075 de fecha 18 de septiembre de 2006, Excelentísima Corte Suprema de Justicia”.

De todo lo señalado esta Magistratura, concluye que la marca “COSSACK” solicitada para la clase 5, reúne los requisitos de novedad, especialidad y distintividad, necesarias para su registro.

En mérito a todo lo expuesto soy del criterio que el Acuerdo y Sentencia N° 180 de fecha 29 de octubre de 2009, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, debe ser confirmado in tottum.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la perdidosa, en virtud a lo establecido en los artículos, 203, Inc. a), y 205 del Código Procesal Civil. Es mi Voto.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS SINDULFO BLANCO Y LUÍS MARÍA BENÍTEZ RIERA DIJERON: Que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

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

RESUELVE:

1) DESESTIMAR el recurso de nulidad.

2) CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 180 de fecha 29 de octubre de 2009, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, in tottum, de acuerdo a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

Ministros: Alicia Beatriz Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Luis María Benítez Riera

Ante mí: Abog. Norma Domínguez V. ,Secretaria Judicial IV.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N°496

RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación. PRINCIPIO DE INMENDIACIÓN.

La Corte Suprema de Justicia dijo que no es dable a los órganos de alzada modificar cuestiones fácticas establecidas por el tribunal de méritos. La Cámara de Apelación comete un error al evaluar material probatorio y modificar la plataforma fáctica que se ha dado al juicio estudiado en primera instancia, pues la materia de evaluación de evidencias, establecimiento de los hechos fácticos, así como otros tópicos, solo pueden ser evaluados por el Tribunal de Sentencias, en atención al Principio de Inmediación.

RECURSO DE CASACIÓN. Reenvío en el recurso de casación. PRINCIPIO DE INMENDIACIÓN.

La Cámara debió, en caso de haber hallado un error de razonamiento al respecto, haber reenviado este juicio a nuevo juicio oral, y no modificarla de modo propio absolviendo o condenando a un acusado.

RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación. PRUEBA. Sana Crítica.

Los órganos de alzada lo único que deben realizar en cuanto a la Sana Crítica del inferior, es solamente controlarlo y observar que la misma se ajuste a Derecho. Esto implica, como es sabido por el concepto de Sana Crítica, que deben analizar si los hechos fueron fijados correctamente y si al ser los mismos establecidos, el inferior aplicó sobre ellos justamente las reglas jurídicas.

RECURSO DE CASACIÓN. Decisión directa en el recurso de casación.

El Tribunal de Apelaciones optó por la decisión directa y dispuso la absolución del querrelado, sin embargo, para tal solución, recurrió a un reexamen de las pruebas cuya instancia de análisis y valoración por excelencia, constituye el juicio oral y público, por lo que, podemos advertir claramente que el Tribunal de Alzada, específicamente el voto en mayoría, se ha excedido en los límites de su competencia, poniendo en entredicho el principio de inmediación por lo que corresponde anular el fallo del Tribunal de alzada.

CSJ, Sala Penal. 07/07/2011. “Roberto Ruiz Acuña s. Difamación y otros” (Ac. y Sent. N° 496)

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 NÚÑEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DOCTORA PUCHETA DE CORREA DIJO: El abogado Edgar Arias interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, que revoca en todas sus partes la sentencia dictada en primera instancia y absuelve al acusado.

Por Sentencia Definitiva N° 10 del 26 de marzo de 2008, el Tribunal de Sentencias dispuso tener por comprobado el hecho punible de difamación y la autoría de Rigoberto Ruiz Acuña, condenando al mismo a la pena de multa.

En primer término corresponde efectuar el ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: El recurrente plantea su recurso de casación en fecha 28 de julio de 2008, estando dicha presentación planteada en tiempo, ya que la notificación del recurrente fue realizada por cédula de notificación en fecha 15 de julio de 2008, por lo que se halla dentro del plazo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal.

El recurrente impugna la sentencia definitiva de la Cámara Penal, Ac. y Sent. N° 33 de fecha 11 de julio de 2008, bajo el amparo de las normas 477 y 478 incisos 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. El recurrente invocó causal como causal de casación la contemplada en el artículo 478 numeral 3° 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, el recurrente es abogado de la querrela adhesiva, se halla debidamente legitimado 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 y precisados sus motivos, contando a la vez de argumentos suficientes y cumpliendo así con los requisitos legales.

En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales para el mismo, corresponde DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el recurso de casación impetrado. ES MI VOTO.

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

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

1. Resumen de los hechos acreditados por el Tribunal de Sentencias: El Tribunal de Sentencias tuvo por probado que el hoy condenado se apersonó a un medio radial a efectos de comentar públicamente cuestiones personales en su relación con la querellante, manifestando que la misma era su pareja pero que la relación no continuó debido a que la misma tiene amoríos con un alto funcionario del Poder Judicial.

2. Fundamentos del Tribunal de Sentencia: El Tribunal de Sentencias, para llegar a la parte resolutive de su sentencia definitiva, evaluó como principal argumento la grabación que se hiciera en su momento en la Radio Mburucuyá al hoy condenado, donde escucha sus manifestaciones.

3. Argumentos del Tribunal de Alzada: Admite el recurso de apelación y revoca en todas sus partes el fallo apelado, en voto en mayoría. Expresa que no se ha demostrado la existencia de un hecho punible cualquiera, es decir, que el hecho elevado es atípico, debido a que de la lectura que se hace de la grabación escriturada, se percibe claramente que el hecho punible no puede ser difamación, ni ningún otro.

4. Resumen del escrito de adhesión a la casación del recurrente: El recurrente solicita la casación de la resolución de Cámara argumentando únicamente que la misma no puede modificar los hechos fijados ni volver a valorar pruebas algunas.

5. Resumen de la contestación de las partes: La defensa expresa que el recurso es inadmisibile, y en caso negativo, el mismo no procede por estar correctamente fundada la resolución de Cámara.

ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO. Entrando ya en materia de exámen, es deber analizar si la resolución, con su revocación y absolución hecha por la Cámara de Apelación está contenida en lo permitido por nuestra legislación en lo que concierne a la competencia de la apelación especial, es decir, se debe estudiar si el fallo impugnado, confeccionado por los jueces de Cámara, responde a un mal análisis hecho por el tribunal inferior y si es permitido por ley el poder realizarlo. Observando el fallo objeto de recurso, los camaristas en mayoría sopesan los hechos tipificados y lo encuentran atípico, expresando que la jueza de primera instancia no interpretó correctamente la relación fáctica y por ello torció el derecho, condenado al querellado erróneamente.

Este razonamiento de la Cámara es incorrecto y ya fue ampliamente debatido en esta Corte Suprema de Justicia. Los magistrados en mayoría, se puede apreciar palpablemente, pretenden corregir un razonamiento del inferior, y de modo propio definen y evalúan nuevamente la prueba más importante que consiste en la grabación hecha al querellado, donde vierte sus expresiones en contra de la querellante en autos, y contrariamente a lo resuelto por el tribunal unipersonal de sentencias, evalúan a favor del condenado la citada prueba, asignando valor negativo al positivo otorgado a ella por la jueza de grado. En base a ello, absuelven al condenado sin mayores argumentos.

Ya la Corte Suprema de Justicia dijo que no es dable a los órganos de alzada modificar las cuestiones fácticas establecidas por el tribunal de méritos. La Cámara de Apelación comete un error al evaluar material probatorio y modificar la plataforma fáctica que se ha dado al juicio estudiado en primera instancia, pues la materia de evaluación de evidencias, establecimiento de los hechos fácticos, así como otros tópicos, solo pueden ser evaluados por el Tribunal de Sentencias, en atención al Principio de Inmediación. Esto se encuentra vedado a la Cámara ya que los integrantes de la misma no han escuchado el juicio, con lo cual no pueden valorar nada fáctico de el, debiendo la Cámara, en caso de haber hallado un error de razonamiento al respecto, haber reenviado este juicio a nuevo juicio oral, y no modificarla de modo propio absolviendo o condenando a un acusado. Por otra parte, se puede observar que la relación de hechos y la prueba en cuestión fue observada por la jueza inferior y analizados pormenorizadamente en primera instancia y son razonables y lógicos los fundamentos vertidos en relación al mismo, por lo que corresponde confirmar el fallo de primera instancia.

Esta solución es la que debe ser utilizada luego de anular el fallo de la Cámara de Apelación por consecuencia de la casación dirigida en su contra, y por utilizar la Decisión Directa que habilita para estos casos la ley procesal penal, con sus requisitos cumplidos.

Recalcando y ajustando los argumentos en la presente, los órganos de alzada, lo único que deben realizar en cuanto a la Sana Crítica del inferior, es solamente controlarlo y observar que la misma se ajuste a Derecho. Esto implica, como es sabido por el concepto de Sana Crítica, que deben analizar si los hechos fueron fijados correctamente y si al ser los mismos establecidos, el inferior aplicó sobre ellos justamente las reglas jurídicas. La Cámara de Apelación, comenzó a principiar en este derrotero, pero se adentró en el campo prohibido por el Principio de Inmediación al volver a valorar las pruebas, y así, modificar los hechos y por ende, el derecho aplicado al caso.

La Corte Suprema de Justicia, controla el fallo de primera instancia, y observa que el mismo se ajusta a la Sana Crítica, ya que es lógico fácticamente hablando, que al ser presentado a un juez las evidencias mencionadas y en especial la grabación realizada, se exprese que los mismos atenten contra el honor de una persona, de esa manera, la respuesta jurídica es correcta también ya que solo puede ser calificado este hecho como difamación, y no calumnia, siendo ajustado el fallo en lo demás.

Citando jurisprudencia, a modo de ejemplo, sobre el razonamiento arriba expresado en cuanto a la posibilidad de modificar cuestiones fácticas, se menciona el Ac. y Sent. N° 1370 de fecha 29 de diciembre de 2006, dictado en la causa: “Ignacio Benítez Zolían s/ Secuestro”. Así también se expresó el mismo criterio en las causas Oscar Inocencio Aquino s/ Abuso Sexual en Niños; Rolando Javier Avalos y otro s/ Robo Agravado y Bernardino Salinas s/ Coacción Sexual.

Así, encontramos que el acuerdo y sentencia dado por el Tribunal de Apelación carece de argumentaciones y las utilizadas no son válidas como ya se ha sostenido más arriba, defectos que anulan esta resolución judicial.

El artículo 256 de la Constitución Nacional dice: “... Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la Ley...”. Con esta norma concuerda el artículo 125 del CPP, que expresa: “Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión”. Debe entenderse, y no está demás la expresión, que de la aplicación sistemática de los dos artículos citados nace la obligación sobre las razones

de los jueces no deben estar dadas contra derecho, cual fue el error en que incurrieron los magistrados de alzada.

Por tanto, corresponde anular el Acuerdo y Sentencia N° N° 33 de fecha 11 de Julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de Amambay y dejar confirmada la Sentencia Definitiva N° 10 del 26 de marzo de 2008 dictada por el tribunal de sentencias de autos.

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

A su turno el Doctor BLANCO manifiesta que: comparte la opinión vertida por la Señora Ministra primer opinante, en la primera cuestión planteada, a través de la que declaro admisible el recurso de casación interpuesto por la acusación particular.

Sin embargo, con respecto a la segunda cuestión, me permito formular una opinión distinta, la que en función a la coherencia con el criterio sustentado en otros fallos, conducirán a una solución jurídica distinta, al voto formulado por la Ministra Primer Opinante.

Del análisis de las constancias de autos y de los argumentos vertidos por el Recurrente, es posible inferir que el agravio central consiste en la vulneración por parte del Tribunal de Alzada de las reglas de competencia en materia recursiva; sintéticamente el Recurrente señala que el Tribunal de alzada, en mayoría a fin de dictar la resolución de absolución del querellado ha procedido a revalorar la prueba producida en juicio, tarea para lo cual no se hallan facultados, por tanto, se han separado notoriamente de su competencia.

En efecto, al analizar la resolución recurrida y los fundamentos expuestos por la mayoría de los integrantes del Tribunal de Alzada, para dictar finalmente la absolución del querellado Rigoberto Ruíz Acuña, advertimos que el órgano de alzada – según sus términos - procedió a analizar las constancias procesales, permitiéndose un reexamen de la grabación magnetofónica de la entrevista brindada por el Querellado y en las que –conforme a la acusación– se habrían generado expresiones que afectan al honor y a la reputación de la Querellante.

El recurso de casación intentado debe prosperar. En puridad, el Tribunal de alzada con el criterio sostenido en la resolución, procedió a realizar un nuevo estudio y análisis del caudal probatorio y específicamente de la grabación de la entrevista que mantuvo el querellado en la Radio “Mburucuyá”, y con tal aptitud, afectó el principio de inmediatez, consagrado en nuestro Código Procesal

Penal, que exige la presencia interrumpida de los jueces con las partes y con los elementos probatorios a fin formar su convicción, de conformidad a los artículos 1, 175 y 366 del CPP. Efectivamente, al Tribunal de Alzada le corresponde verificar la corrección jurídica del fallo, es decir si a los hechos estimados por acreditados se le aplicado correctamente las disposición legal, mediante un adecuado razonamiento lógico.

Por ello, el Código Procesal Penal dispone como motivos para la interposición del recurso de apelación especial "...la inobservancia o errónea aplicación de preceptos legales...", las que de ser advertidas en el fallo estudiado, deberán ser corregidas a través de uno de los mecanismos previstos en la propia ley, es decir, vía declaración de nulidad (vicios in procedendo) o por decisión directa para los casos previstos en el Art. 474 del CPP.

Observamos, que el Tribunal optó por la segunda de las opciones y dispuso la absolución del querellado, sin embargo, para tal solución, recurrió a un reexamen de las pruebas cuya instancia de análisis y valoración por excelencia, constituye el juicio oral y público, por lo que, podemos advertir claramente que el Tribunal de Alzada, específicamente el voto en mayoría, se ha excedido en los límites de su competencia, poniendo en entredicho el principio de inmediación. No obstante, verificamos que en su iter lógico también dejó entrever una supuesta errónea aplicación de la ley penal –Art. 151– que tipifica el hecho punible de difamación.

Por lo tanto, corresponde anular el fallo del Tribunal de Alzada, en atención a la afectación del principio de inmediación en la valoración probatoria, el que al constituir un defecto de procedimiento, amerita su reenvío a otro Tribunal de Apelación a fin de que se pronuncie respecto a la aplicación correcta de la ley penal al caso en cuestión, de conformidad a las disposiciones de los Artículos 466 y sgts. del CPP. Es mi voto.

A su turno el Doctor NÚÑEZ manifiesta que se adhiere al voto de la Ministra preopinante, por sus mismos fundamentos.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación planteado por la querrela en estos autos.
2. HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación en contra del

Acuerdo y Sentencia N° 33 de fecha 11 de julio de 2008 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de Amambay.

3. CONFIRMAR la Sentencia Definitiva N° 10 del 26 de marzo de 2008 dictada por el tribunal de sentencias de autos.

4. IMPONER las costas a la perdidosa.

5. ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Alicia Beatriz Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Víctor Manuel Núñez.

Ante mí: Secretaria Karina Penoni Bellasai. Secretaria Judicial III.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 520

PROCESO LABORAL. Naturaleza del proceso laboral. SENTENCIA. Sentencias que deciden ultra petita. Sentencias que deciden extra petita. Sentencia Arbitraria. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

El mismo preopinante argumenta que la facultad del Juez en el fuero laboral es ultra petita y extra petita, con lo cual pretende justificar el análisis de una cuestión no debatida ni en primera ni en segunda instancia y de esa manera atribuye la facultad extraordinaria de excederse en lo planteado por las partes a la naturaleza del proceso laboral que es demás sabido, esta facultad ultra y extra petita rige cuando el trabajador ha omitido solicitar una prestación laboral que le correspondiere. Sería peligroso extender dicha facultad... se viola el Principio Dispositivo, sino el de Congruencia, y cuando este se transgrede estamos ante un caso de arbitrariedad.

PROCESO LABORAL. Naturaleza del proceso laboral. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

El Principio de Congruencia consiste en la obligada conformidad de la sentencia con la demanda en cuanto a las personas, objeto y causa. Como hemos visto, esto se ha vulnerado decidiendo ultra y extra petita, otorgando al apelante más de lo que pidió...

PROCESO LABORAL. Naturaleza del proceso laboral. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

El derecho laboral por cuestiones de equidad, orden público y justicia social, el juez puede fallar ultra y extra petita corrigiendo algunas omisiones y

deficiencias del trabajador en el ejercicio de la acción (art. 229 CPT). La posibilidad de dictar un fallo ultra o extra petita a favor del empleador no está permitida...es arbitrario por resuelve incorporar un hecho (...) que no fue discutido, ni alegado por las partes en primera instancia, que no fue considerado por el Aquo en la sentencia, que no fue recurso de apelación ni del escrito de contestación de la expresión de agravios. El tribunal de alzada no debió pronunciarse sobre cuestiones que fueron oportunamente sometidas a su decisión.

CSJ, Sala Constitucional. 14/07/2011. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Roberto REcalde Allgemenine BAumwoll Gesellschat S.S. A.B.G.S.A. s. Demanda Laboral” (Ac. y Sent. N° 520)

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: Se presenta ante esta Corte la abogada MARÍA CRISTINA COUCHONAL FRACCHIA, en representación de los señores ROBERTO RECALDE PARRA e HILARIO AGUILAR FLORENTÍN, a presentar acción de inconstitucionalidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 14 de fecha 12 de abril de 2006, dictado por el Tribunal de Apelaciones Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro, el cual revoca la S.D. N° 235 de fecha 4 de agosto de 2005, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral de esa ciudad, Abog. Juan Carlos Chelli.

El citado acuerdo y sentencia revoca la sentencia de primera instancia por la cual, se hace lugar a la demanda laboral promovida por los señores ROBERTO RECALDE PARRA e HILARIO AGUILAR FLORENTÍN contra la firma ALLGEMEINE BAUMWOLL GESELLSCHAT S.S. A.B.G. S.A, y en consecuencia se condenó a la empresa a pagar a los trabajadores la suma de GUARANIES VEINTE Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE (Gs. 28.731.847). La accionante en representación de los trabajadores ROBERTO RECALDE PARRA e HILARIO AGUILAR FLORENTIN, alega que el citado fallo de la Cámara, viola los preceptos constitucionales consagrados en el art. 16, art. 17 inc. 9, art. 3 y art. 256 de la Constitución Nacional, estas violaciones constitucionales del fallo de segunda instancia han causado un grave daño y una enorme lesión a los intereses

de los trabajadores, privándolos del cobro de rubros laborales que por ley le pertenecen, además con el agravante que a más de dos años de haber iniciado la demanda hoy están desempleados y el único recurso con el que cuentan es el resultado favorable de este pleito, del cual fueron despojados arbitrariamente.

La acción de inconstitucionalidad debe prosperar.

Analizando la presente acción debemos establecer primeramente los cuestionamientos que considera inconstitucionales la parte accionante. La misma sostiene que el Acuerdo y Sentencia N° 14 de fecha 12 de abril de 2006, es inconstitucional porque el mismo viola el principio a la defensa en juicio y a su vez transgrede el art. 256 de la Constitución y el art. 275 del Código Procesal Laboral que prohíbe al Tribunal de alzada pronunciarse sobre ningún capítulo que no se hubiera propuesto a la decisión del inferior.

Sobre el punto, se observa que el Acuerdo y Sentencia, hoy impugnado fundamenta en uno de sus puntos, que la fecha de la presentación de la demanda –la cual figura en el cargo de presentación puesto por secretaria–, es del 19 de agosto de 2004, pero que sin embargo, la Carta Poder que acompaña a la demanda es de fecha posterior, la cual data del 3 de setiembre de 2004 y la providencia del Juzgado fue de fecha 9 de setiembre de 2004. Este desfasaje de fechas es lo que motivo al camarista GAUTO SANABRIA a fundar su decisión de que no hubo despido alguno a los trabajadores, argumento utilizado por el Juez de Primera Instancia para hacer lugar a la demanda, con lo cual resolvió rechazar la alegación de la demanda, porque considero un hecho imposible el despido de los trabajadores posterior a la presentación de la demanda. Lo cual el mismo camarista, dice en su voto: “La cuestión descripta, si bien no fue alegada por la parte demandada... RIÑE CON TODA LÓGICA, no pudiendo pasar por alto a esta Magistratura, más todavía que el Juez del fuero laboral, tiene facultad ultra y extra petita”, refiriéndose al hecho mencionado.

Se hace mención sobre lo manifestado como uno de los fundamentos del voto del preopinante Gauto Sanabria ya que al realizar una exhaustiva lectura del expediente principal se observa que en ningún momento, la cuestión de la fecha de presentación de la demanda, fue objeto de discusión ni siquiera por la parte que podría haberse sentido agraviada, en este caso, la representante de la patronal. Tanto en el memorial de agravios de la misma (fs. 159) como en la contestación de la representante de los trabajadores, no se introdujo la cuestión de la fecha de presentación de la demanda. Es decir, no fue parte del thema

decidendum. Esto, sin duda, viola el Principio Dispositivo, por el cual la facultad de aportar los hechos al proceso es exclusiva de las partes. En el caso puntual, el Juez de Segunda Instancia, debe abocarse en primer término al estudio de los agravios planteados como fundamento de la apelación, en ningún caso podría extender sus facultades y decidir sobre una cuestión no planteada y menos aún cuando la misma, ni siquiera fue discutida en el proceso de primera instancia.

Asimismo, siguiendo el análisis de la resolución impugnada, el mismo preopinante argumenta que la facultad del Juez en el fuero laboral es ultra petita y extra petita, con lo cual pretende justificar el análisis de una cuestión no debatida ni en primera ni en segunda instancia y de esa manera atribuye la facultad extraordinaria de excederse en lo planteado por las partes a la naturaleza del proceso laboral que es demás sabido, esta facultad ultra y extra petita rige cuando el trabajador ha omitido solicitar una prestación laboral que le correspondiere. Sería peligroso extender dicha facultad en el sentido que se pretende en este caso. Con ello, no solo viola el Principio Dispositivo, sino el de Congruencia, y cuando este se transgrede estamos ante un caso de arbitrariedad.

El Principio de Congruencia consiste en la obligada conformidad de la sentencia con la demanda en cuanto a las personas, objeto y causa. Como hemos visto, esto se ha vulnerado al dictar resolución el A-quem, decidiendo en forma ultra y extra petita, es decir, otorgando al apelante más de lo que pidió, excediéndose en los límites de la controversia y resolviendo sobre una cuestión no alegada.

Con relación a los demás puntos, de la resolución impugnada, este juzgador considera que pecaría de tercera instancia si se estudiara los puntos en debate del Acuerdo y Sentencia N° 14, por lo que no se expedirá en ese sentido.

Por lo que corresponde y de acuerdo al dictamen fiscal precedente, es opinión de este Juzgador hacer lugar a la acción de Inconstitucionalidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 14 de fecha 12 de abril de 2006, dictado por el Tribunal de Apelaciones – Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro, declarando su nulidad, conforme al art. 560 del CPC. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Que comparte los fundamentos expresados por el Ministro preopinante y agrega que: Por el principio de congruencia en el Tribunal de alzada debe haber correspondencia entre la decisión y lo que es materia de recurso. El escrito en el cual el apelante funda

su recurso determina las cuestiones sometidas a decisión del Tribunal de alzada. Por otra parte, en nuestro derecho laboral por razones de equidad, orden público y justicia social, el juez puede fallar ultra y extra petita corrigiendo algunas omisiones y deficiencias del trabajador en el ejercicio de la acción (Art. 229 del C.P.T.). La posibilidad de dictar un fallo ultra o extra petita a favor del empleador no está permitida. El Acuerdo y Sentencia N° 14 del 12-04-06 viola el principio de congruencia y como consecuencia es arbitrario porque resuelve incorporar un hecho (fecha de presentación de la demanda, puesta en el cargo por la actuario) que no fue discutido, ni alegado por las partes en primera instancia, que no fue considerado por el A quo en la sentencia, que no fue materia del recurso de apelación ni del escrito de contestación de la expresión de agravios. El Tribunal de alzada no debió pronunciarse sobre cuestiones que no fueron oportunamente sometidas a su decisión. La interpretación del art. 229 del CPT (que para incorporar un hecho ajeno a las cuestiones sometidas a su decisión) ha hecho el Tribunal de apelación, no corresponde y lo ha llevado a resolver excediendo el límite de sus atribuciones violando así el principio de congruencia, por lo que la acción de inconstitucionalidad debe ser acogida. 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:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 14 de fecha 12 de abril de 2006, dictado por el Tribunal de Apelaciones – Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Antonio Fretes, Gladys Bareiro de Módica y Víctor Manuel Núñez Rodríguez.

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz. Secretario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 521

Cuestión debatida: *Se estudia la constitucionalidad del art. 41 de la Ley N° 2856/2006.*

JUBILACIÓN. Devolución de los haberes jubilatorios. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad.

Surge como evidente una afrenta al Principio de igualdad, ya que implica un trato claramente discriminatorio hacia los asociados bancarios que, como en el caso del accionante, hayan sido desvinculados de la actividad bancaria y que no cuenten en consecuencia con los años requeridos para acceder a la devolución de sus aportes, amén de ello, se erige indudablemente como un despojo absolutamente ilegal ya que por el incumplimiento de los requisitos enunciados simple y llanamente la Caja, en abierta violación a su propio marco normativo, procede a apropiarse de la totalidad de los aportes jubilatorios de sus asociados.

JUBILACIÓN. Devolución de los haberes jubilatorios. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la igualdad. Propiedad Privada.

La norma impugnada por la accionante contraviene principios básicos establecidos en los Arts. 46(igualdad de las personas), 47(garantías de la igualdad) y 109 (propiedad privada) de la Constitución Nacional, al privar a todo aquel funcionario bancario que no llegó a los 10 años de antigüedad la devolución de los aportes que son de su exclusiva propiedad.

CSJ, Sala Constitucional. 14/07/2011. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Carla María Zanotti c. de Doria c. Art. 41 de la ley N° 2.856/2006” (Ac. y Sent. N° 521)

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 FRETES dijo: La Sra. Carla María Zanotti C. de Doria, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, plantea acción de inconstitucionalidad contra el artículo 41 de la Ley N° 2.856/2006 “Que sustituye las leyes N° 73/91 y 1.802/01 de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay”, alegando que el mismo atenta contra lo preceptuado por los artículos 46, 47, 86, 95 y 109 de la Constitución Nacional.

Expone la actora que en su caso particular, no cuenta con la antigüedad requerida al haber prestado servicios en una entidad bancaria por 5 años, 2 meses y 28 días lapso tras el cual fuera despedida de la institución, situación que al no enmarcarse entre los requisitos preceptuados por la disposición impugnada le priva de acceder al retiro de sus aportes lo que considera una vulneración al Principio de Igualdad. Agrega que igualmente se ve impedida de continuar realizando aportes a la caja habiendo perdido su carácter de afiliada al ser desvinculada de la entidad bancaria en la que trabajaba. Esto último – concluye la actora– implica una confiscación temporal de sus aportes, que en caso de no subsanarse con un eventual reintegro a la calidad de asociada o de darse una prescripción respecto del plazo para solicitar el retiro, el cual es de tres años, tornaría aquella confiscación temporal en definitiva.

En cuanto a la disposición atacada, ella expresa cuanto sigue: “Corresponderá la devolución de sus aportes a los funcionarios que cuenten con una antigüedad superior a los diez años y que no tengan derecho a la jubilación, que fuesen despedidos, dejados cesantes o que se retiren voluntariamente de las entidades donde prestan servicio. La Caja podrá optar por la aplicación del citado monto a la amortización o cancelación de su obligación.

No serán susceptibles de devolución los aportes patronales.

El derecho a solicitar la devolución de aportes prescribirá después de tres años del retiro del afiliado de su trabajo, salvo que el mismo tenga deuda con la Caja, en cuyo caso los aportes serán aplicados a la amortización o cancelación de su obligación”.

En base a las manifestaciones de la actora respecto del ius in re que alega detentar y examinando la norma atacada tenemos que ésta establece primeramente dos requisitos a los efectos de conceder el derecho a la devolución de los aportes realizados por parte de los trabajadores, uno de ellos, más propiamente un conjunto de ellos, se centra en exigencias relacionadas a aspectos subjetivos o de calidad del estado jurídico de los aportantes por definirlo de una manera; por otro lado y constituyendo el centro de la cuestión cuya constitucionalidad se analiza, hace referencia a la exacción temporal mínima a objeto del efecto antes enunciado, lapso fijado en un mínimo de diez años de antigüedad.

Tal y como lo ha relatado la accionante y según consta en el certificado de antigüedad y aportes así como en la liquidación por despido sin causa justificada cuyas copias obran a fs. 3/4, la misma no reúne las exigencias establecidas en

la norma que impugna para acceder al retiro de los aportes que realizara durante su gestión en la entidad bancaria denominada Banco Continental, extremo que señala la actora como inconstitucional por conculcar lo preceptuado por los artículos 46 y 47 de la Constitución, que expresan: “Artículo 46 – De la igualdad de las personas: 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”.

“Artículo 47 – De las garantías de la igualdad: El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2) la igualdad ante las leyes; 3) la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4) la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura”.

En lo tocante al marco legal específico, tenemos en el propio articulado de la Ley atacada la delimitación de la naturaleza jurídica de los aportes realizados a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay, expresada por medio de su Título Tercero “Del Patrimonio”, Capítulo Primero “De la Formación de Recursos”, artículo 11, primera parte: “Los fondos y rentas que se obtengan de conformidad con las disposiciones de esta Ley, son de exclusiva propiedad de los beneficiarios de la Caja”.

Cabe aquí traer a colación la definición al respecto dada por Manuel Osorio en su obra *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* cuando expresa que Propiedad es la “Facultad legítima de gozar y disponer de una cosa con exclusión del arbitrio ajeno y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro”. Definición que describe al dedillo los acontecimientos jurídicos que dieran nacimiento a la presente acción.

En esta inteligencia debemos entender que disponiendo la propia ley la exclusiva propiedad sobre tales aportes en beneficio de los empleados de la institución, mal podría contradecir sus propias directivas al establecer solapadamente bajo ciertos requisitos la imposibilidad de ejercer aquel derecho, vulnerando así el mentado principio constitucional para proceder a un despojo de nada menos que el total de sus aportes en forma ilegítima. Así, acorde al concepto trasuntado líneas arriba, en defensa de las atribuciones que por derecho

posee sobre los aportes realizados a la Caja, la accionante reclama su devolución considerando que aquellos se encuentran indebidamente en poder de otros.

Del análisis de las cuestiones suscitadas y desde la perspectiva constitucional de las mismas, se constata una clara contradicción en la norma cuando por una parte esta expresa que: “Los fondos y rentas que se obtengan de conformidad con las disposiciones de esta Ley, son de exclusiva propiedad de los beneficiarios de la Caja”, mas por otro lado limita lo transcrito con condicionamientos que bajo pena de pérdida de esos derechos en caso de incumplimiento establecen “Corresponderá la devolución de sus aportes a los funcionarios que...”, todo ello sin otro perjudicado que el propio aportante a quien la propia norma al inicio de su articulado pretende proteger.

En las condiciones apuntadas surge como evidente una afrenta al Principio de Igualdad ya que implica un trato claramente discriminatorio hacia los asociados bancarios que, como en el caso de la accionante, hayan sido desvinculados de la actividad bancaria y que no cuenten en consecuencia con los años requeridos para acceder a la devolución de sus aportes, amén de ello, se erige indudablemente como un despojo absolutamente ilegal ya que por el incumplimiento de los requisitos enunciados simple y llanamente la Caja, en abierta violación a su propio marco normativo, procede a apropiarse de la totalidad de los aportes jubilatorios de sus asociados, en el caso particular, de la Sra. Carla María Zanotti de Doria, extremo que colisiona con la garantía constitucional contenida en el artículo 109 de nuestra Ley Fundamental.

Por lo precedentemente expuesto, en atención a las normas legales citadas y en concordancia con el parecer del Ministerio Público, considero que corresponde hacer lugar a la acción y en consecuencia declarar la inaplicabilidad del art. 41 de la Ley N° 2.856/2006 “Que sustituye las leyes N° 73/91 y 1.802/01 de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay” respecto de la Sra. Carla María Zanotti de Doria. ES MI VOTO.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Me adhiero al voto del Dr. FRETES y amplio cuanto sigue:

El Artículo 41 de la Ley N° 2856/06 “QUE SUSTITUYE LAS LEYES N° 73/91 Y 1.802/01 DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS DEL PARAGUAY” establece: “Corresponderá la devolución de sus aportes a los funcionarios que cuenten con una antigüedad superior a los diez años y que no tengan derecho a la jubilación, que fuesen

despedidos, dejados cesantes o que se retiren voluntariamente de las entidades donde prestan servicio. La Caja podrá optar por la aplicación del citado monto a la amortización o cancelación de su obligación...”.

Del análisis de la disposición legal transcrita se deduce que solamente aquellos funcionarios bancarios con una antigüedad superior a 10 años podrán acceder al recupero de sus aportes siempre y cuando no tengan derecho a la jubilación, fuesen despedidos, dejados cesantes o se retirasen voluntariamente, lo cual produce una desigualdad por ejemplo con los funcionarios públicos en general y con los funcionarios de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) en particular.

En efecto, la Ley N° 2.345/03 “DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL, SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PUBLICO”, en su artículo 9° dispone: “El aportante que complete sesenta y dos años de edad y que cuente con al menos diez años de servicio, tendrá que acogerse a la jubilación obligatoria. El monto de la jubilación obligatoria se calculará multiplicando la Tasa de Sustitución (valor del primer pago en concepto de jubilación o pensión como proporción de la remuneración base) por la Remuneración Base, tal como se la define en el Artículo 5° de esta ley. La Tasa de Sustitución será del 20% para una antigüedad de diez años y aumentará 2,7 puntos porcentuales por cada año de servicio adicional hasta un tope del 100%. Aquellos que no lleguen a completar diez años de servicio, tendrán derecho a retirar el 90% de sus aportes realizados, ajustados por la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Banco Central del Paraguay...”.

Por su parte, la Ley N° 71/68 “QUE CREA LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD” en el Artículo 47 expresa: “No habiendo dado cumplimiento el afiliado a la obligación de depositar sus aportes en el término fijado en el artículo precedente, tendrá un plazo hasta de 180 (ciento ochenta) días para que haga efectivo los aportes adeudados, pasado el cual el afiliado perderá todos sus derechos, pudiendo en este caso retirar en cualquier momento sus aportes acumulados, sin intereses”. (Subrayados y Negritas son mías).

Así pues, creo oportuno mencionar que la norma impugnada por la accionante contraviene principios básicos establecidos en los Arts. 46 (igualdad de las personas), 47 (garantías de la igualdad) y 109 (propiedad privada) de la Constitución Nacional, al privar a todo aquel funcionario bancario que no llegó

a los 10 años de antigüedad la devolución de los aportes que son de su exclusiva propiedad.

Por tanto, y en atención a las manifestaciones vertidas considero que debe hacerse lugar a la Acción de Inconstitucionalidad y en consecuencia declarar la inaplicabilidad del Art. 41 de la Ley N° 2856/06, en relación con la accionante. Es mi voto.

A su turno el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, Doctor FRETES, 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:

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad deducida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 41 de la Ley N° 2.856/2006 “Que sustituye las leyes N° 73/91 y 1.802/01 de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay”, en relación a la Sra. Carla María Zanotti C. de Doria.

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° 537

DERECHO DE MARCAS. Criterio de identidad. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado.

Cabe mencionar que las cuestiones marcarias no se limitan a reglas pre-establecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador, del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad razonable.

DERECHO DE MARCAS. Novedad de las marcas. Confundibilidad de las marcas.

La cuestión de novedad y distintividad no es solución fácil. Existe una línea tenue entre los signos denominativos registrables y los que no lo son. Lo

que se busca es que el público consumidor, el comprador frecuente y el titular de la marca no sea pasible de confusión al adquirir un producto en el caso del público consumidor y al comercializar el mismo caso del titular de la marca.

DERECHO DE MARCAS. Similitud gráfica, fonética e ideológica. MAGISTRADOS. Facultades del Magistrado.

Jurisprudencia y doctrina han desarrollado criterios generales que ayudan a la apreciación de la similitud. El primero... los signos deben considerarse en su conjunto, en forma sucesiva y preflexiva. El segundo el cotejo debe efectuarse en los tres campos en que la similitud puede manifestarse (gráfico), el tercero es que debe atenderse más a las semejanzas que a las diferencias de detalle.

DERECHO DE MARCAS. Marcas Notorias. Dilución de la Marca.

Esta magistratura no pone en duda la notoriedad de la marca registrada..., pero estimo que la marca solicitada posee suficientes diferencias, que hacen posible su coexistencia con la marca ya registrada... el solicitante pretende comercializar servicios de herrería y metalúrgica, que no son susceptibles de causar confusión en cuanto al origen de los mismos, con los productos y servicios, comercializados y prestados por la firma registrada, no existiendo posibilidad de “dilución” de la marca ya registrada.

DERECHO DE MARCAS. Novedad, especialidad, distintividad de las marcas.

La marca solicitada para la protección de los servicios comprendidos...relativos a la gestión de negocios comerciales, comercialización de trabajos de herrería, reúne los requisitos de novedad, especialidad y distintividad, necesarias para su registro.

CSJ, Sala Penal. 19/07/2011. “Expediente: Siemens Aktiengesellschaft c. Res. N° 269 de la fecha 20/04/2006 de la Sección Asuntos Litigiosos y la Res. N° 393 de fecha 03/09/2007 dictada por la Dirección de la Propiedad Industrial” (Ac. y Sent. N° 537).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO Y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la Señora Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, dijo: En cuanto al Recurso de Nulidad, el recurrente no interpuso, ni fundamento expresamente el presente recurso de nulidad, por lo que se lo tiene que tener abdicado del mismo. Por otro lado de la lectura de la Sentencia impugnada no se observan vicios o defectos procesales que ameriten de oficio su declaración de nulidad en los términos autorizados por los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. Es mi Voto.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS SINDULFO BLANCO Y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, DIJERON: Que se adhieren al Voto de la Ministra Preopinante Alicia Beatriz de Pucheta de Correa por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, la Señora Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa, prosiguió diciendo: La firma SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT, mediante su representante convencional, el abogado Hugo T. Berkemeyer, en adelante la accionante, promueve acción contencioso administrativa contra la Resolución N° 393 de fecha 3 de septiembre de 2007, dictada por el Director de la Propiedad Industrial, y la Resolución N° 269 de fecha 20 de abril de 2006 dictada por la Sección Asuntos Litigiosos, ambas dependientes del Ministerio de Industria y Comercio.

Por Acuerdo y Sentencia N° 163 de fecha 16 de noviembre de 2009, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, resolvió; “1.) NO HACER LUGAR A LA PRESENTE DEMANDA CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA PLANTEADA POR EL abogado HUGO T. BERKEMEYER, en nombre y representación de la firma SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT, en los autos caratulados: “SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT C/ RES. N° 269 DE FECHA 20 de abril de 2006, DE LA SECCION ASUNTOS LITIGIOSOS Y LA RES. N° 393 DE FECHA 03 de septiembre de 2007, DICTADA POR LA DIRECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL”, Expediente N° 352 – folio 271- Año: 2.007, conforme al exordio de la presente resolución. 2.) CONFIRMAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS. 3.) IMPONER LAS COSTAS A LA PARTE ACTORA. 4.) ANOTAR...”.

Contra el Acuerdo y Sentencia N° 163 de fecha 16 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, se alza en Apelación el Abogado Hugo T. Berkemeyer, representante legal de la accionante, expresando cuanto sigue: “... “SIEMENS” es una marca NOTORIA Y FAMOSA en nuestro

país y en todo el mundo, estando registrada en nuestro país en las clases 7, 8, 9, 10, 11, 37, 38 y 44. De concederse la marca solicitada, se produciría la dilución de la marca de mi mandante. El solicitante pretende la protección en la clase 35, que comprende servicios de “publicidad; gestión de negocios comerciales, administración comercial, trabajos de oficina”. Todos sabemos que mi mandante es un grande en “telecomunicaciones”, “servicios científicos y tecnológicos, incluyendo software”, por lo que están muy relacionados con los negocios comerciales. La parte principal de ambas marcas constituye la palabra SIEMENS por lo que una marca evoca a la otra, las pequeñas diferencias: METALÚRGICA es tan solo un término meramente descriptivos y UDO sin ningún significado en español, al encontrar el público consumidor la marca solicitada METALÚRGICA UDO SIEMENS pensará que se trata de una marca de la familia de marcas SIEMENS dedicada a la metalúrgica. Todos conocemos la excelente calidad de los productos alemanes SIEMENS, y pretender utilizarla por un tercero constituye un intento de apropiación indebida. Continúa expresando la protección establecida por el Convenio de Paris en sus arts. 6 y 8. Concluye solicitando la revocación del Acuerdo y Sentencia recurrido...”.

El abogado Ramón Rodríguez, representante legal del Ministerio de Industria y Comercio, al contestar el traslado que le fuere corrido, expresó cuanto sigue: “...entre las marcas en pugna “METALÚRGICA UDO SIEMENS” y “SIEMENS” existen sin dudas tanto ortográfica como fonéticamente diferencias. Si bien gozan de similitud en la palabra final “SIEMENS”, diferenciándose las mismas en las dos primeras iniciales “METALÚRGICA UDO”. Conceptualmente difieren en que las palabras “METALÚRGICA UDO”, las mismas podrán tener una coexistencia pacífica, ello es por la existencia de diferencias en el plano visual, gramatical, fonético y de conjunto. Ambas marcas resultan inconfundibles y podrán coexistir en el mercado. Concluye solicitando la confirmación del Acuerdo y Sentencia recurrido...”.

El abogado OSKAR P. KLASSEN, al contestar el traslado que le fuere corrido, expresó: “...entre las marcas existen suficientes diferencias, ya sea desde el punto de vista VISUAL, GRAMATICAL, EUFÓNICO, FONÉTICO Y DE CONJUNTO, reúne los requisitos de NOVEDAD Y ESPECIALIDAD requeridos. Es imposible la asociación de servicios prestados por las marcas en pugna, por lo que es imposible que el público consumidor caiga en confusión sobre las marcas: “METALÚRGICA UDO SIEMENS” y “SIEMENS”. En efecto

al encontrarnos ante la presencia de una palabra común en ambas marcas, “SIEMENS” es necesario, realizar un análisis de las características similares en cuanto al orden visual, fonético y conceptual que presentan las marcas hoy en disputa, cuyo resultado lógicamente arrojará la conclusión, de que si bien ambas marcas gozan de similitud en la palabra final “SIEMENS”, diferenciándose las mismas en las dos primeras iniciales “METALÚRGICA UDO”, las mismas pueden tener coexistencia pacífica. La marca METALÚRGICA UDO SIEMENS, ha sido depositada para amparar los productos de la CLASE 35 del Nomenclátor oficial, tales como los relativos a la gestión de negocios comerciales y comercialización de trabajos de herrería, que bajo ningún punto de vista guarda relación con los diferentes productos protegidos por la marca “SIEMENS”, cuyo titular nunca tuvo interés de registrar su marca para proteger los servicios de la clase 35, por lo tanto, mal puede pretender proteger su Marca SIEMENS inscriptas en otras clases, para todas las del nomenclátor oficial. Concluye solicitando la confirmación del Acuerdo y Sentencia recurrido...”.

Entrando a analizar la cuestión de fondo, tenemos que el Tribunal de Cuentas, “CONFIRMO” las resoluciones administrativas, que declararon improcedente y no hicieron lugar a la acción deducida por la firma SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT, contra el Señor UDO SIEMENS ENNS, sobre oposición al registro de la marca “METALÚRGICA UDO SIEMENS”, Clase 35; y dispusieron la prosecución del trámite de registro de la marca “METALÚRGICA UDO SIEMENS”, Clase 35, Exp. N° 03774, de fecha 18 de febrero de 2.005, a favor del Señor UDO SIEMENS ENNS.

Al respecto cabe mencionar que las cuestiones marcarías no se limitan a reglas preestablecidas, sino que responden a un análisis prudente realizado por parte del Juzgador, del cual se torna imposible prescindir de cierta subjetividad razonable.

La cuestión de novedad y distintividad no es de solución fácil. Existe una línea tenue entre los signos denominativos registrables y los que no lo son. Lo que se busca es que el público consumidor, el comprador frecuente y el titular de la marca, no sea pasible de confusión al adquirir un producto en el caso del público consumidor, y al comercializar el mismo en el caso del titular de la marca.

Entrando a auscultar el fondo de la cuestión planteada, debemos determinar si cabe o no, la posibilidad de confusión entre las marcas en pugna, “SIE-

MENS” clase 38, 11, 10, 9, 16, 7, 42, 37, entre otras (registrada) y “METALÚRGICA UDO SIEMENS” clase 35 (solicitada).

Ahora bien, a través del tiempo, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado ciertos criterios generales que ayudan en la apreciación de la similitud. El primero de ellos, y acaso el más importante, es que los signos deben considerarse en su conjunto, en forma sucesiva y pre-flexiva. El segundo es que cotejo debe efectuarse en los tres campos en que la similitud puede manifestarse (gráfico, fonético e ideológico). El tercero es que debe atenderse más a las semejanzas que a las diferencias de detalle. (Luis Eduardo Bertone – Guillermo Cabanellas de las Cuevas, “Derecho de Marcas”, Tomo II, 1.989 Editorial Helias S.R.L., Pag. 42).

Así las cosas, analizadas en conjunto las marcas en pugna, “SIEMENS” (registrada) y la marca “METALÚRGICA UDO SIEMENS” (solicitada), luego de haber realizando un cotejo sucesivo de las mismas, llego a la conclusión que la marca solicitada “METALÚRGICA UDO SIEMENS”, en su conjunto, no es susceptible de causar confusión con la marca registrada “SIEMENS”, dada las diferencias existente entre las mismas.

Al referirse a la similitud ortográfica, Otamendi expresa: “Es quizás la más habitual en los casos de confusión. Se da por la coincidencia de letras en los conjuntos en pugna. Influyen para ello, desde luego, la misma secuencia de vocales, la misma longitud y cantidad de sílabas o radicales o terminaciones comunes”. (Jorge Otamendi, “Derecho de Marcas”, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 162).

Ahora bien, entrando a analizar el aspecto ortográfico de las marcas en pugna, tenemos que la marca registrada “SIEMENS” esta compuesta por una sola palabra, en tanto que la solicitada “METALÚRGICA UDO SIEMENS” por tres palabras, del cotejo se desprende que los elementos variables entre la marca solicitada y la registrada, son la inclusión de las palabras “METALÚRGICA UDO” en la marca solicitada, conservando al final de ambas marcas, la palabra “SIEMENS”, estimo que en este caso en particular las diferencias visuales, son suficientes, para otorgar distintividad marcaria.

En el campo fonético, partiendo del cotejo de las marcas “SIEMENS” y “METALÚRGICA UDO SIEMENS”, surge que solo existe identidad en la última palabra de la marca solicitada. Así también, las modificaciones realizadas en la marca solicitada, indicadas en el párrafo anterior, resultan suficientes

desde el conjunto de la marca solicitada, para otorgar una diferenciación fonética, todo esto otorga una identidad marcaría propia, en la marca solicitada.

Determinadas las diferencias existentes entre las marcas en pugna, tanto en el campo visual, como fonético, estimo que en este caso en particular, son capaces de coexistir en diferentes clases, dada la diferencias en su conjunto de la marca solicitada.

Ahora bien, las instrumentales obrantes en autos, no han sido redargüidas de falsas, por lo que hacen plena fe en juicio, de estas se desprende, que a fs. 22 de autos, obra la solicitud del Registro de Marca N° 3.774, de fecha 18 de febrero de 2.005, en la cual el Señor UDO SIEMENS ENNS, solicita la denominación “METALÚRGICA UDO SIEMENS”; en la solicitud consta que es solicitada para proteger los siguientes servicios: “SERVICIO COMPRENDIDO DENTRO DE LA CLASE 35 DEL NOMENCLATOR OFICIAL VIGENTE, RELATIVOS A LA GESTIÓN DE NEGOCIOS COMERCIALES, COMERCIALIZACIÓN DE TRABAJOS DE HERRERÍA”. A fs. 106/113, se desprende que la firma SIEMENS, posee registrada la marca “SIEMENS”, para proteger productos de las clases 38, 11, 10, 9, 16, 7, 42, 37.

Esta Magistratura no pone en duda la notoriedad de la marca registrada “SIEMENS”, pero estimo que la marca solicitada posee suficientes diferencias, que hacen posible su coexistencia con la marca ya registrada. Esto sumado al hecho que el solicitante pretende comercializar servicios de herrería y metalúrgica, que desde el punto de vista de esta preopinante, no son susceptibles de causar confusión en cuanto al origen de los mismos, con los productos y servicios, comercializados y prestados por la firma SIEMENS, no existiendo en este caso en particular la posibilidad de “dilución” de la marca ya registrada.

La doctrina y jurisprudencia constante, reconocen la posibilidad de coexistencia de marcas, que no guarden similitud, y posean identidad marcaría propia, no siendo pasible de causar confusión en el consumidor.

En el caso de la marca solicitada estamos en presencia de un conjunto de palabras que no pueden ser disociadas en oportunidad del análisis; la palabra “METALÚRGICA”, da una indicación de que tipos de servicios se pretenden comercializar, otorgando un significado conceptual y evocativo, y va acompañada del nombre del solicitante “UDO SIEMENS”.

En resumen, del análisis comparativo entre las marcas en pugna encontramos que existen deferencias visuales, graficas, fonéticas, y conceptuales, que

las hace disímiles a toda confusión. Por lo que en este caso en particular la marca solicitada no es capaz de causar confusión directa o indirecta en el consumidor, con respecto a la marca que la ya se encuentra registrada, por lo que pueden coexistir.

Se trae a colación los siguientes fallos Jurisprudenciales en los cuales la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, ya se ha expedido sobre la posibilidad de la coexistencia de marcas con suficientes diferencias visuales, ortográficas y visuales, que no causen confusión en el consumidor: “Acuerdo y Sentencia N° 444 de fecha 20 de junio de 2.005, Acuerdo y Sentencia N° 1.075 de fecha 18 de septiembre de 2.006, Excelentísima Corte Suprema de Justicia”.

La Ley N° 1.294/98 en su Art. 1°) expresa: “Son marcas todos los signos que sirvan para distinguir productos o servicios. Las marcas podrán consistir en una o más palabras, lemas, emblemas, monogramas, sellos, viñetas, relieves; los nombres, vocablos de fantasía, las letras y números con formas o combinaciones distintas; las combinaciones y disposiciones de colores, etiquetas, envases y envoltorios. Podrán consistir también en la forma, presentación o acondicionamiento de los productos o de sus envases o envolturas, o de los medios o lugar de expendio de los productos o servicios correspondientes. Este listado es meramente enunciativo”.

De todo lo señalado esta Magistratura concluye que la marca “METALÚRGICA UDO SIEMENS” solicitada para la protección de los servicios comprendidos dentro de la clase 35 del nomenclátor internacional, relativos a la gestión de negocios comerciales, comercialización de trabajos de herrería, reúne los requisitos de de novedad, especialidad y distintividad, necesarias para su registro.

En mérito a todo lo expuesto soy del criterio que el Acuerdo y Sentencia N° 163 de fecha 16 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, debe ser confirmado in totum.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la perdedora, en virtud a lo establecido en los artículos, 203, Inc. a), y 205 del Código Procesal Civil. Es mi Voto.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS SINDULFO BLANCO Y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, DIJERON: Que se adhieren al Voto de la Ministra Preopinante Alicia Beatriz de Pucheta de Correa por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE:

1) DESESTIMAR el recurso de nulidad.

2) CONFIRMAR el Acuerdo y Sentencia N° 163 de fecha 16 de noviembre de 2009, dictado por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, in tottum, de acuerdo a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

3) COSTAS a la perdidosa.

4) ANOTESE y notifíquese.

Ministros: Alicia B. Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Luís María Benítez Riera.

Ante mí: Abog. Norma Esther Domínguez Vallejos. Secretaria Judicial IV.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 543

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Sentencias que deciden extrapetita.

El órgano de alzada concedió más de lo pedido apartándose de las claras disposiciones establecidas en el art.456 del Código Procesal Penal, cayendo en lo que la doctrina denomina vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión, que constituye el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium. En definitiva se tratan de vicio in procedendo que atentan contra el debido proceso.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa.

En estas condiciones surge que las resoluciones dictadas por el A-quo y por el Tribunal de Apelaciones han violado el artículo 16 de la Constitución Nacional, que reza: “De la defensa en juicio”. La defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales. Entiéndase por derecho a la defensa la posibilidad o facultad de los sujetos privados del proceso en demos-

trar el fundamento de la pretensión que se ejercita o la falta de fundamento de la ejecutada en su contra.

MEDIDAS CAUTELARES EN LO PENAL. Principios generales.

A criterio del juzgador la medida vigente, debe ser considerada ya excesiva, o innecesaria a los efectos del sometido del justiciable al proceso, pudiendo asegurar su comparecencia con medios menos gravosos. Todo esto no obsta a que el incoado, solicite la revisión de dichas medidas “todas las veces que lo considere pertinente;” la decisión cae en el ámbito de la discrecionalidad del juez.

MEDIDAS CAUTELARES EN LO PENAL. Principios generales.

Los sometidos a un proceso penal, pueden volver a plantearla cada vez que consideren pertinente la aplicación de medidas menos gravosas a las vigentes, y ello a su vez puede ser revisado por un Tribunal superior.

MEDIDAS CAUTELARES EN LO PENAL. PODER JUDICIAL.

Corte Suprema de Justicia.

No existió violación a precepto constitucional alguno, pues el ejercicio de la defensa se encuentra incólume... la solicitud fue rechazada dentro de los límites de discrecionalidad otorgada por ley a los magistrados... La disconformidad con lo resuelto, o con el criterio utilizado, no vulnera sus garantías, además lo petitionado ya fue analizado por el Tribunal de Apelaciones, que confirmó la negativa, lo que demuestra que se pretende utilizar a la Sala Constitucional como tercera instancia revisora de fallos, vetado por ley.

CSJ, Sala Constitucional. 20/07/2011. “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Incidente de revisión de medida cautelar promovido por Francisco Ortiz Tellez en la causa: Sabino Augusto Montanaro, Pastor N. Coronel, Francisco Ortiz Tellez y otros s. Delito contra la vida, la integridad” (Ac. y Sent. N° 543)

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 el Sr. Francisco Ortiz Tellez, por derecho propio y bajo patrocinio del Abogado Asdrúbal Lovera Barboza, a promover Acción de Inconstitucionalidad contra el A.I. N° 110 del 19 de marzo de 2010, dictado por el Juzgado Penal de Liquidación

y Sentencia N° 3 y el Acuerdo y Sentencia N° 94 de fecha 16 abril de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala de la Capital. Alega el accionante la supuesta conculcación por parte de los juzgadores de los artículos 16 y 17 inciso 3 de la Constitución Nacional.

Antes de iniciar el análisis propiamente dicho de la Acción de Inconstitucionalidad intentada, pongo de manifiesto cuanto en reiterados fallos de esta Corte se ha dicho, y esto es que la Sala Constitucional, no es una tercera vía de revisión de sentencias; por ello, la admisión de la “Acción” sólo procede cuando la misma es promovida contra resoluciones judiciales y se funda en una manifiesta conculcación por parte de los “Iudex” de la exigencia dispuesta en el art. 256 de la Constitución Nacional, la que una vez verificada y confirmada, generaría la nulidad de lo resuelto por los juzgadores (art. 560 del CPC). Demás está decir, que esta Sala no puede impugnar fallos por discrepancias con los criterios jurídicos y legales sostenidos por los juzgadores, salvo que éstos sean manifiestamente irracionales o arbitrarios, sí es hábil para verificar la razonable aplicación del derecho a la casuística sometida a resolución por el órgano jurisdiccional competente.

El caso sometido a estudio debe ser observado “constitucionalmente”, dentro de los presupuestos legales establecidos por la norma facultativa para esta Sala Constitucional, proponiendo la misma y, en tal sentido, un control de los actos jurisdiccionales desde los alcances constitucionales y no por medio de la revisión de los mismos, como lo sería en el caso de los controles jurisdiccionales de tercera instancia.

El accionante alega en el escrito de promoción de la acción que nos ocupa, que las resoluciones impugnadas resultan violatorias de elementales principios consagrados no solo en la Constitución Nacional sino también en el Derecho Internacional vigente. Sostiene que el juzgador primario al dictar el auto impugnado ha renunciado contra legem a la competencia y deber establecidos en los artículos 250, 251, 252 inc. 4 y 253 del Código Procesal Penal. En cuanto al fallo de alzada –sostiene– que los Miembros del Tribunal de Apelaciones en vez de revocar la resolución recurrida ordenando al inferior entender en el pedido de revisión formulado, simplemente lo confirma. Siguiendo el trámite procesal de la acción intentada se corrió traslado a la adversa que la contestó (fs. 35/46), solicitando su rechazo.

La representación del Ministerio Público igualmente recomendó (fs. 50/

55) a esta Sala Constitucional no hacer lugar a la Acción de Inconstitucionalidad planteada en autos.

Considero que la presente Acción de Inconstitucionalidad promovida debe ser acogida favorablemente, en base a las siguientes consideraciones:

De las constancias del expediente tenidas a la vista surge que, en virtud al fallo dictado por el juzgador primario, se resolvió: "...NO HACER LUGAR a la Revisión de la Medida solicitada...", resolución confirmada por el Tribunal de Apelación, cuya decisión también fue impugnada por el accionante.

Ahora bien, el principal cuestionamiento del accionante se centra en la arbitrariedad de las resoluciones impugnadas. Verificar dicha circunstancia necesariamente nos obliga a examinar el contenido de las resoluciones atacadas a la luz del planteamiento esbozado por el impugnante en autos, esto es, la revisión de la medida cautelar de carácter personal que pesa sobre Francisco Ortiz Tellez, consistente en el cambio de lugar de cumplimiento del arresto domiciliario, en la ciudad de San Ignacio, Misiones.

Así, el juzgador primario expuso: "... esta magistratura observa que las condiciones de las medidas sustitutivas de la prisión preventiva no han variado desde la última solicitud de revisión... y en este contexto, es importante resaltar que ante tales circunstancias esta Magistratura debe estar a lo resuelto por A.I. N° 776 de fecha 19 de octubre de 2009, en razón de que debe tenerse presente lo resuelto por el Tribunal de Apelaciones – Primera Sala, el cual por A.I. N° 157 de fecha 26 de junio de 2009, ha dispuesto en el ítem 3 "Decretar el arresto domiciliario que deberá ser implementado dentro del ejido de la jurisdicción del juzgado interviniente en la causa, a los efectos de que se garantice la efectividad de la misma, siempre bajo segura custodia permanente de la Policía Nacional. En estas condiciones el Juzgado se encuentra imposibilitado de modificar las condiciones impuestas por un Tribunal superior, siendo el Tribunal de Apelaciones el único facultado en habilitar las modificaciones de las medidas impuestas o facultar al juzgado disponer las medidas que considere pertinentes a los efectos de poder modificar esas condiciones. De esta manera el juzgado considera prudente mantener el lugar de arresto domiciliario en el lugar ya establecido..." (sic).

Por su parte los Miembros del Tribunal de Apelaciones expusieron como fundamento de su decisión, cuanto sigue: "...este Tribunal de Apelación deja en claro que no comparte el criterio del inferior, cuando sostiene que el mismo no

puede modificar las condiciones de las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva que fueran otorgadas por un Tribunal superior...el hecho imputado en la presente causa... es de suma gravedad... con una expectativa de pena elevada y conforme a la sanción que fuera impuesta en primera instancia con la sentencia condenatoria, en estudio en apelación... hacen que subsista una alta expectativa de peligro de fuga... corresponde confirmar el auto apelado...” (sic). Analizando en primer lugar las consideraciones expuestas por el juzgador primario en el fallo impugnado surge que si bien expone que su decisión de rechazar el pedido de revisión de medida obedece al hecho que no han variado las condiciones de las medidas sustitutivas impuestas, sin embargo a reglón seguido refiere que el verdadero motivo del rechazo se debe a la imposibilidad que pesa sobre la magistratura a su cargo, para el estudio y consideración del pedido formulado, habida cuenta que el Tribunal de Apelaciones había dispuesto el arresto domiciliario dentro del ejido del juzgado, por lo que se veía imposibilitado a modificar las condiciones impuestas por el superior.

Cabe precisar que el razonamiento esbozado por el inferior no se compadece con la normativa que rige en la materia, en efecto el artículo 250 del Código Procesal Penal dispone: “EXCARCELACIÓN Y REVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurren todos los presupuestos exigidos para el auto de prisión preventiva. El juez examinará la vigencia de las medidas cautelares privativas de libertad cada tres meses, y en su caso, las sustituirá por otras menos gravosas atendiendo a la naturaleza del caso o dispondrá la libertad. El imputado también podrá solicitar la revocación o sustitución de cualquier medida cautelar todas las veces que lo considere pertinente, sin perjuicio de la responsabilidad que contrae el defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva”. Nótese que la norma en su segundo párrafo hace alusión a que es el juez de la causa el competente para examinar la vigencia de las medidas cautelares privativas de libertad, y en su caso sustituirla por otras menos gravosa, independientemente a que haya sido el órgano de alzada el que las impuso –como ocurrió en caso de autos–.

Ahora bien, en el caso de autos el inferior alega una suerte de falta de competencia apuntalada en la circunstancia referenciada, motivo que se constituyó en el agravio esgrimido por el recurrente ante el superior, quienes en el auto también impugnado (A.I. N° 94) en vez de revertir o reencausar el proce-

dimiento, ordenando al inferior el cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 250 del Código Procesal Penal, simplemente se limitan a señalar que no comparten el criterio expuesto por el juzgador primario cuando sostiene que el mismo no puede modificar las condiciones de las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva y pasan a considerar las circunstancias fácticas que a su parecer tornan inviable el pedido formulado por la defensa, con lo cual incluso causaron un perjuicio más a la parte accionante, al vedar la posibilidad del uso del derecho de recurribilidad del que gozan las partes ante los órganos jurisdiccionales ordinarios.

En este punto, conviene señalar que la competencia del superior quedó abierta en el caso de autos, solamente respecto al estudio y consideración de la cuestión sometida a su entendimiento, esto es, la negativa del inferior a pronunciarse respecto a la revisión de la medida cautelar so pretexto de que el superior es el único facultado en habilitar las modificaciones de las medidas impuestas en autos. Ciertamente, si bien el Tribunal de Apelación atendió este planteamiento y negó acerto jurídico a la decisión tomada por el inferior, sin embargo concluye confirmando el fallo apelado, luego de analizar el pedido de revisión a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 243, 244 y 245 del Código Procesal Penal. Considero que el órgano de alzada concedió más de lo pedido apartándose de las claras disposiciones establecidas en el artículo 456 del Código Procesal Penal, cayendo en lo que la doctrina denomina el vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión, que constituye el objeto del recurso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*. En definitiva se tratan de vicios in procedendo que atentan contra el debido proceso.

En estas condiciones surge que las resoluciones dictadas por el A-quo y por el Tribunal de Apelaciones han violado el artículo 16 de la Constitución Nacional, que reza: “De la defensa en juicio. La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales”. Entiéndase por derecho a la defensa la posibilidad o facultad de los sujetos privados del proceso de demostrar el fundamento de la pretensión que se ejercita o la falta de fundamento de la ejecutada en su contra.

Conforme a las consideraciones expuestas emerge que los fallos impugnados se hallan afectados gravemente de una nulidad insalvable. Se violó la disposición contenida en el artículo 16 de la Constitución Nacional, con la consiguiente lesión a la garantía de la defensa en juicio.

En relación con el tema en estudio, Alfredo Orgaz, citado por Néstor Pedro Sagués, dice que “sentencia arbitraria no tiene otro fundamento que la voluntad del juez, quien se ha apartado al sentenciar de lo dispuesto por la ley, o ha interpretado irrazonablemente a ésta...” (Sagués Néstor Pedro, obra “Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario” 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Año 1989, pág. 192).

Asimismo, se establece que la arbitrariedad de las sentencias se manifiestan en los casos en los cuales el juzgador “sin brindar razón alguna y fundado en su sola opinión personal, se pronuncia haciendo caso omiso de los extremos fácticos y legales del caso, arribando a una conclusión jurídicamente inadmisibles, provocando por ende un daño a una de las partes o bien ambas” (De Santo, “Tratado de los Recursos”, Tomo II, página 313”).

Por las consideraciones que anteceden, corresponde hacer lugar a la presente Acción de Inconstitucionalidad, y en consecuencia declarar la nulidad del A.I. N° 110 del 19 de marzo de 2010, dictado por el Juzgado Penal de Liquidación y Sentencia N° 3 y del Acuerdo y Sentencia N° 94 de fecha 16 abril de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala de la Capital. En cumplimiento del art. 560 del C.P.C., los autos deben ser remitidos al Juzgado competente que sigue en orden de turno a fin de que la causa sea nuevamente analizada en el marco del planteamiento de revisión esgrimido por la defensa. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El accionante se ve vulnerado en el ejercicio de la defensa, según sus dichos; en la falta de atención a su solicitud de revisión de medida cautelar, en base al Art. 250 del CPP: “EXCARCELACIÓN Y REVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurran todos los presupuestos exigidos para el auto de prisión preventiva. El juez examinará la vigencia de las medidas cautelares privativas de libertad cada tres meses, y en su caso, las sustituirá por otras menos gravosas atendiendo a la naturaleza del caso o dispondrá la libertad. El imputado también podrá solicitar la revocación o sustitución de cualquier medida cautelar

todas las veces que lo considere pertinente, sin perjuicio de la responsabilidad que contrae el defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva”.

Se pretende una interpretación distorsionada sobre el artículo citado, si bien el mismo legisla la posibilidad de examinar la vigencia de las medidas cautelares impuestas, cada tres meses, y sustituirlas por medidas menos gravosas; esto es aplicable sólo si varían las circunstancias que fueron consideradas para su aplicación. Es decir, a criterio del juzgador la medida vigente, debe ser considerada ya excesiva, o innecesaria a los efectos del sometimiento del justiciable al proceso, pudiendo asegurar su comparecencia con medios menos gravosos. Todo esto no obsta a que el incoado, solicite la revisión de dichas medidas “todas las veces que lo considere pertinente”; la decisión cae en el ámbito de la discrecionalidad del juez, la negativa no viola el ejercicio a la defensa.

Los sometidos a un proceso penal, pueden volver a plantearla cada vez que consideren pertinente la aplicación de medidas menos gravosas a las vigentes, y ello a su vez puede ser revisado por un Tribunal superior.

El mismo Código Procesal Penal refiere a situaciones que pueden hacer variar la imposición de una medida coercitiva, a ser: “a) cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; b) cuando su duración supere o equivalga al mínimo de la pena prevista, considerando incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión de la pena prevista, considerando incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión a prueba de la ejecución de la condena; c) cuando su duración exceda los plazos establecidos por este Código; pero si se ha dictado sentencia condenatoria, podrá durar tres meses más, mientras se tramita el recurso; y d) cuando la restricción de la libertad del imputado ha adquirido o ha provocado limitaciones que exceden las imprescindibles para evitar su fuga”.

Estos extremos y las variables a ser consideradas por el juzgador para asegurar el sometido del justiciable al proceso penal.

La medida cautelar impuesta al Sr. Ortiz Tellez, en la presente causa, es la de Prisión Domiciliaria, medida sustitutiva de la prisión preventiva, y por ende menos gravosa. Ella puede ser “revisada” o vuelta a considerar por los Juzgadores, cada vez que el incoado plantee su revisión, si han variado las circunstancias que merecieron su imposición.

Es importante recordar que el mismo tiene una sanción impuesta de 10 (diez) años de pena privativa de libertad, impuesta por S.D. N° 14 del 02 de noviembre del 2007, por la comisión de delitos contra la vida; dada la expectativa de pena, y lo dispuesto por la Ley 2493/04, es decir, es necesario que el órgano jurisdiccional asegure el sometimiento del condenado ante la eventual confirmación de la sanción, si bien las condiciones para ello puedan variar, es menester su cumplimiento.

Es claro que no existió violación a precepto constitucional alguno, pues el ejercicio a la defensa se encuentra incólume al considerar el transcurrir de los requerimientos de la defensa, han planteado una revisión de la medida cautelar impuesta al incoado, la solicitud fue rechazada, dentro de los límites de discrecionalidad otorgada por ley a los magistrados. La disconformidad con lo resuelto, o con el criterio utilizado, no vulnera sus garantías, además lo peticionado ya fue analizado por el Tribunal de Apelaciones, que confirmó la negativa; lo que demuestra que se pretende utilizar la Sala Constitucional como tercera instancia revisora de fallos, vedado por ley.

En la presente causa la tarea interpretativa fue realizada en el marco de las facultades que la ley confiere al órgano jurisdiccional, no es tarea de la Sala Constitucional, la revisión de fallos en tercera instancia, sino sola y exclusivamente intervenir en defensa de las garantías constitucionales. No puede existir indefensión si el accionante ha utilizado los resortes previstos en la ley para el ejercicio de sus derechos.

Explican Daniel Mendonca y Josefina Sapena que: "... la acción de inconstitucionalidad por arbitrariedad reviste un carácter excepcional y no tiene por objeto abrir una tercera instancia ordinaria donde puedan discutirse decisiones que simplemente se estimen equivocadas. Por tanto, no pretende sustituir el criterio de los jueces propios de la causa por el de la Corte Suprema..." ("Sentencia Arbitraria". Daniel Mendonca y Josefina Sapena, Editorial Intercontinental. Año 2010. Asunción, Paraguay, pág. 74).

"Cabe recordar al respecto, que el acierto o desacierto de los argumentos expuestos por los juzgadores, no puede ser revisado por esta Corte en tanto no existan interpretaciones o apreciaciones caprichosas, totalmente divorciadas de las constancias de la causa o de lo que las leyes establecen al respecto". (Josefina Sapena. "Jurisprudencia Constitucional". Intercontinental Editorial. 2000 Asunción Paraguay, pág. 690).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

No se avizoran defectos que puedan invalidar la Resolución recurrida, se hallan debidamente fundadas, se encuadra dentro del marco lógico-jurídico y no causa al agraviado ninguna lesión del orden constitucional. Por lo que corresponde no hacer lugar a la acción interpuesta.

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:

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad deducida y, en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 110 del 19 de marzo de 2010, dictado por el Juzgado Penal de Liquidación y Sentencia N° 3 y del Acuerdo y Sentencia N° 94 de fecha 16 abril de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala de la Capital.

REMITIR estos autos al Juzgado competente que sigue en orden de turno a fin de que la causa sea nuevamente analizada en el marco del planteamiento de revisión esgrimido por la defensa, de conformidad al Art. 560 del CPC.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Antonio Fretes, Gladys Bareiro de Mónica y Víctor Manuel Núñez Rodríguez.

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

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 446

DOMINIO. Adquisición del dominio. Inscripción del dominio.

La propiedad bienes inmuebles, emergente de un contrato de compraventa, se acredita con la escritura pública, debidamente inscrita en el Registro de Inmuebles de la Dirección de Registros Públicos, y su validez ante terceros, está supeditada a la inscripción de dicha escritura en el registro. Art. 1968 del CC.

TERCERÍA. Tercería de dominio.

La tercería de dominio se fundamenta en el dominio sobre el bien embargado, art. 80 del CPC, el dominio significa ser propietario, la calidad de propietarios de inmuebles, frente a terceros, se acredita con la escritura debidamente inscrita en el registro, cualquier otro documento, que no sea una escritura pública, debidamente inscrita, es oponible tan solo entre las partes y no frente a terceros, por ende, el contrato privado, aunque sea con la certificación de firmas, no es suficiente título para acreditar, frente a terceros la propiedad de un bien inmueble.

TERCERÍA. Tercería de dominio. EMBARGO.

Como el bien se encontraba registrado a nombre de la demandada, al momento de la traba del embargo y además, como la tercerista, acepto la existencia de dicho embargo, la decisión del A-quo de rechazar la tercería, se ajusta a derecho y debe ser confirmada, con costa a la perdidosa.

T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 07/07/11. Incidente de Tercería de Dominio en: “Carlos Nave Da Cruz c/ Gloria Torres Vergara s/ Preparación de Acción Ejecutiva” (A.I. N° 446)

Asunción, 7 de julio de 2011

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 238 de fecha 6 de marzo de 2008, y

CONSIDERANDO: Que por dicho auto interlocutorio, el a-quo ha resuelto NO HACER LUGAR, con costas al incidente de tercería de dominio deducido por el Abog. Rubén Pino Leguizamón en nombre y representación de la Sra. NILDA TORRES DE MARTÍNEZ.

LA NULIDAD: El recurrente manifiesta desistir de este recurso y no advirtiendo el Tribunal vicio o violación de forma o solemnidad en la resolución recurrida, debe tenerse por desistido el recurso de nulidad.

LA APELACIÓN: Como se tiene expresado, el auto apelado resolvió rechazar la tercería de dominio interpuesta por la Sra. Nilda Torres de Martínez.

Contra esta decisión, el representante convencional de la tercerista expresa agravios, manifestando que el a-quo ha omitido analizar y valorizar todas las pruebas arrimadas por su parte y que inequívocamente demuestran que la tercerista en fecha 22 de enero de 1992 había adquirido la Finca 4377 del Distrito de Santísima Trinidad del matrimonio integrado por Manuel Viedma y Emma Paoli de Viedma, conforme al contrato de Compraventa de inmueble, con certificación de firma efectuada por el escribano y notario público don Jorge Hernán Zayas, cuya copia autenticada obra a fs. 13 y 14 de autos. Continúa señalando el apelante, que de la misma documentación surge que una vez cancelado el precio de venta, cuyo saldo de Gs. 10.000.000 se instrumentó en un pagaré, se efectuaría la transferencia por escritura pública a favor de la compradora. Sostiene el apelante que todos estos hechos que se encuentra acreditados en autos, por medio de las referidas instrumentales, así como el informe del escribano y el reconocimiento de la Sra. Paoli de Viedma, a los que debe sumarse que en oportunidad de realizarse la transferencia por escritura pública del inmueble en fecha 24 de septiembre de 1992, en la que los esposos Viedma, transfirieron el inmueble Finca 4377 de Stma. Trinidad a nombre de la Sra. Gloria Torres Vergara, la que en dicha oportunidad manifestó que la compra la efectuaba para su hermana, la señorita María Nilda Torres de Martínez quien oportunamente aceptara la compra hecha a su favor, y así quedo asentada en los registros dominiales, por ende el inmueble de referencia, era de propiedad de la Sra. Nilda Torres de Martínez, desde el año 1992, mucho antes que la Sra. Gloria Torres contratara la deuda con el Sr. Carlos Nave.

Sostiene el apelante y tercerista, en síntesis que la manifestación hecha por la Sra. Gloria Torres, demandada en los autos principales en oportunidad de

que se formalizó la transferencia a su nombre de la finca 4377 de Stma. Trinidad, de que la compra era para su hermana, Nilda Torres, es suficiente título a favor de la misma para sustentar la tercería.

Ocurre, sin embargo, que de la propia manifestación de la adquirente, Gloria Torres, su hermana oportunamente aceptaría la compra hecha a su nombre, por lo que la operación para su perfeccionamiento ante terceros, requería de esta aceptación, que debía formalizarse por escritura pública.

Dicha aceptación se realizó por medio de la Escritura Pública N° 22 de fecha 4 de abril de 2006, pasada ante la escribana Olga Insaurralde, cuya copia obra a fs. 5 y sgts. de autos, en el que puede leerse, que la aceptación se formaliza con los informes expedidos por la Dirección de Registros Públicos, donde consta la existencia como restricción de dominio, entre otros del embargo trabado en los autos principales, el cual fue reconocido y aceptado por la Sra. Nilda Torres, en el momento de formular su aceptación de compra.

En estas condiciones, surge que la tercerista al momento de perfeccionar la compra a su favor tuvo conocimiento y aceptó como válido el embargo cuyo levantamiento pretende por esta vía, y que además al tiempo en que fue trabado, febrero de 2006 el inmueble se encontraba titulado a nombre de Gloria Torres y no de Nilda Torres.

La propiedad de bienes inmuebles, emergente de un contrato de compraventa, se acredita con la escritura pública, debidamente inscrita en el Registro de Inmuebles de la Dirección de Registros Públicos, y su validez ante terceros, está supeditada a la inscripción de dicha escritura en el registro. Art. 1968 del CC.

La tercería de dominio, se fundamenta en el dominio sobre el bien embargado, Art. 80 CPC, el dominio significa ser propietario, la calidad de propietario de inmuebles, frente a terceros, se acredita con la escritura debidamente inscrita en el registro, cualquier otro documento, que no sea una escritura pública, debidamente inscrita, es oponible tan solo entre las partes y no frente a terceros, por ende, el contrato privado, aunque sea con certificación de firmas, no es suficiente título para acreditar, frente a terceros la propiedad de un bien inmueble.

Como el bien se encontraba registrado a nombre de la demandada, Gloria Torres, al momento de la traba del embargo y además, como la tercerista aceptó la existencia de dicho embargo, la decisión del A-quo de rechazar la tercería, se ajusta a derecho y debe ser confirmada, con costas a la perdedora.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, el auto apelado.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola y María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 455

CONVOCATORIA DE ACREEDORES. RECURSO DE REPOSICIÓN. Procedencia del recurso de reposición. RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja.

El presente se trata de un juicio de convocación de acreedores, se rige por tanto por la Ley especial 154/69, en lo no derogado por el CPC, de acuerdo al régimen de prelación de las leyes consagrado en el Art. 7° del Código Civil. En ese sentido, el Art. 192 de la Ley de quiebras no ha sido derogado expresamente y dicho artículo señala que la decisión sobre el recurso de reposición, cuando se resolviere sin sustanciación será apelable, por ende la queja debe ser acogida y concederse el recurso denegado.

T. de Apel. Civ y Com. Segunda Sala. 08/07/11. Queja por Apelación Denegada Interpuesta por Eduardo Scala Flecha en: "Rápido Caaguazú SAC s/ Convocatoria de Acreedores" (A. I. N° 455)

Asunción, 8 de julio de 2011

VISTO: La queja por apelación denegada que interpone el Abog. Eduardo Ricardo Scala Flecha, y

CONSIDERANDO: OPINIÓN DEL DR. BÁEZ MAIOLA. Que de constancias pertinentes del principal traído a vista como medida para mejor resolver, el

JURISPRUDENCIA

citado abogado ha interpuesto (f. 363 T. II9 recurso de reposición con apelación en subsidio contra el proveído de fecha 8 de marzo de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Noveno Turno.

Que por A.I. N° 372 del 01 de abril de 2011 (f. 374, T. II9, el A quo se ha pronunciado rechazando lo planteado por el recurrente, lo cual implica que aceptó como hábil la vía de reposición.

Que por el art. 392 CPC, lo resuelto por reposición causa ejecutoria, razón legal que impone el rechazo liminarmente de la presente queja por denegación de recurso de apelación.

OPINIÓN EN DISIDENCIA DEL DR. PAREDES BORDÓN. El presente se trata de un juicio de convocación de acreedores, se rige por tanto por la ley especial 154/69, en lo no derogado por el CPC, de acuerdo al régimen de prelación de leyes consagrada en el art. 7° del Código Civil. En ese sentido, el Art. 192 de la Ley de Quiebras no ha sido derogado expresamente y dicho artículo señala que la decisión sobre el recurso de reposición, cuando se resolviera sin sustanciación será apelable, por ende la queja debe ser acogida y concederse el recurso denegado.

OPINIÓN DE LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA: Manifiesta que adhiere a la opinión del Dr. Paredes Bordón.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de queja por apelación denegada interpuesta por el Abog. Eduardo Ricardo Scala Flecha, concediendo en relación y con efecto suspensivo. AUTOS.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola y María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: Abog María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 494

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios de abogados. Garantía para el cobro.

En materia de honorarios profesionales de abogados y procuradores, la ley (N° 1376/88) determina máxima garantía a través de sus disposiciones para asegurar el cobro, razón por la que, agregada a la realidad que presentan las constancias referidas, se impone la revocatoria de la providencia que denegó el pedido de remisión de autos al Juzgado de origen a los efectos de practicarse el embargo correspondiente, a fin de asegurar la efectividad de los honorarios devengados en la instancia previa.

T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 25/07/11.- R.H.P., del Abg. Jorge Amarilla G. en los Autos: “Jesús Ma. Dinatale c/ Emilio Romero P. s/ Ejec. Hipotec.” (A. I. N° 494).

Asunción, 25 de julio de 2011

VISTO: el recurso de reposición interpuesto por el Abogado Jorge Amarilla Gómez respecto a la providencia del 7 de julio de 2011, y

CONSIDERANDO: Que por el citado proveído que denegó pedido de remisión de autos al Juzgado de origen “...a efectos de practicarse el embargo correspondiente...” (sic). La decisión se basó en que el recurrente no solicitó oportunamente, la medida mencionada.

Ante la Alzada, sostiene en reiteración, que “...la frecuencia de los hechos hacía imposible ni siquiera mi intervención, teniendo en cuenta que el Juzgado en fecha 24 de febrero del 2011 ya concedió la apelación y alegando que al conceder la apelación ya perdió jurisdicción, se negaba sistemáticamente a recibir mi pedido de embargo...” (sic).

Que de constancias de las compulsas del principal que corren por cuerda, a f. 42, el abog. Jorge Amarilla Gómez se ha presentado a tomar intervención por el accionado Emilio Romero Pérez, quien se ha notificado personalmente bajo patrocinio de la Abog. Ruth E. Amarilla respecto al A.I. N° 1.813 del 16 de noviembre de 2010 (f.3), con lo cual efectivamente al recurrente se le ha privado de conocer dicha regulación.

En materia de honorarios profesionales y procuradores, la ley (N° 1376/88) determina máxima garantía a través de sus disposiciones para asegurar el

cobro, razón por la que, agregada a la realidad que presentan las constancias referidas, se impone la revocatoria de la providencia a fin de asegurar la efectividad de los honorarios devengados en la instancia previa.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

REVOCAR, por contrario imperio el proveído de fecha 7 de julio de 2011 y en consecuencia, disponer la remisión de estos autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Primer Turno por el término solicitado de 72 horas, bajo constancia en el libro respectivo.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordon, Gerardo Báez Maiola y María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: Abog María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 510

Cuestión debatida: *Se discute en autos la procedencia de una tercería de mejor derecho interpuesta, por un acreedor hipotecario, con posterioridad al depósito de la suma obtenida en una subasta judicial por parte del adjudicatario.*

PAGO. Requisitos del pago.

El pago es el acto por el cual se abona al acreedor la suma debida, o reclamada en autos, esto desde el punto de vista del deudor, en cuanto que para el acreedor, la denominación sería la del cobro de la suma reclamada.

REMATE. Pago del precio en el remate. PAGO. HIPOTECA.

El depósito hecho por el adjudicatario de la subasta en la cuenta abierta al efecto no puede considerarse aún el momento del pago, puesto que la suma depositada, viene a sustituir el bien subastado, en este caso un inmueble y sobre esa suma subsisten las garantías reales que lo graven, hipoteca, así como los gravámenes que pesan sobre él, embargos, tal como taxativamente lo expresan los Arts. 1402 del CC, y 494 del CPC, los cuales señalan que el privilegio de la

hipoteca y el orden de los embargos se transfieren al precio del bien subastado, esto significa al dinero depositado por el adjudicado.

REMATE. PAGO. Extinción de las obligaciones.

El momento del pago al acreedor, no puede ser sino el instante en que el mismo retira el importe reclamado, ya sea del capital o del total que resulte del auto que aprueba la liquidación.

REMATE. Adjudicación en el remate. Pago del precio en el remate.

El mero depósito del adjudicatario, no constituye sino el cumplimiento de su obligación de abonar el importe al cual se obligó al momento de la adquisición por remate, ya que la suma que deposite puede ser menor o mayor al monto del crédito reclamado, quedando el deudor, obligado por la diferencia, en el primer caso, o en propiedad del saldo en la segunda hipótesis, lo que demuestra lo que expresáramos más arriba: el dinero depositado, sustituye al bien subastado, y lo es aún el pago del acreedor.

TERCERÍA. Tercería de derecho.

Solo el retiro del importe de su crédito por el acreedor, extingue la posibilidad de la interposición de la tercería de mejor derecho.

T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 29/07/11.- Incid. de Terc. de Mejor Derecho Prom. por: “Néstor Báez Martínez en los Autos: Pabla Lucila Agüero Ibarra c/ Uberfil Arturo Romero s/ Acción Ejecutiva”. (A.I. N° 510).

Asunción, 29 de julio de 2011

VISTOS: los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1031 de fecha 3 de agosto de 2010, y,

CONSIDERANDO: LA NULIDAD. El recurso no es sostenido en esta instancia y no advirtiendo el Tribunal razones que justifiquen, a la luz de lo preceptuado en el Art. 404 del CPC una declaración oficiosa de nulidad, el recurso deber ser declarado desierto.

LA APELACION. Por el auto apelado, A.I. N° 1031, el A-quo resolvió rechazar la tercería de mejor derecho interpuesta por Néstor Báez Martínez en los autos: PABLA LUCILA AGÜERO C/ UBERFIL ARTURO ROMERO S/ ACCION EJECUTIVA.

El tercerista se agravia de la decisión del A-quo, expresando en el memorial de fs. 54, que el argumento de haber presentado la tercería un mes después

de haberse efectuado el depósito por parte del adjudicatario, no puede perjudicar los derechos de su parte, puesto que se ha demostrado que el tercerista es acreedor hipotecario del demandado en los autos principales, conforme a la Escritura de Hipoteca N° 13 de fecha 29 de mayo de 2005, hecho no refutado por la adversa.

Al contestar el traslado de los agravios, el representante de la parte actora en los autos principales, solicita la confirmación del auto recurrido, sosteniendo correcta la interpretación del A-quo de que la tercería fue presentada en forma extemporánea.

Se discute en autos la procedencia de una tercería de mejor derecho interpuesta, por un acreedor hipotecario, con posterioridad al depósito de la suma obtenida en una subasta judicial por parte del adjudicatario.

La tercerista sostiene que el incidente fue deducido en tiempo, puesto que el dinero obtenido en la subasta aun se encuentra depositado, en tanto que la parte actora en el principal, señala que la misma debió interponerse antes que el adjudicatario en la subasta realice el depósito de la suma respectiva ya que sostienen, en base a la opinión del Dr. Hernán Casco Pagano, que la tercería debe formularse antes de ese momento, porque de acuerdo a dicha tesis, el momento del pago al que se refiere el Art. 81 del CPC, sería el momento del depósito por parte del adjudicado de la suma en que adquirió el bien. Esta fue la tesis recogida por el A-quo para rechazar la tercería.

El pago es el acto por el cual se abona al acreedor la suma debida, o reclamada en autos, esto desde el punto de vista del deudor, en cuanto que para el acreedor, la denominación sería la del cobro de la suma reclamada.

El depósito hecho por el adjudicatario de la subasta en la cuenta abierta al efecto no puede considerarse aun el momento del pago, puesto que la suma depositada, viene a sustituir el bien subastado, en este caso un inmueble y sobre esa suma, subsisten las garantías reales que lo gravan, hipoteca, así como los gravámenes que pesen sobre él, embargos, tal como taxativamente lo expresan los Arts. 1402 del CC, y 494 del CPC, los cuales señalan que el privilegio de la hipoteca y el orden de los embargos se transfieren al precio del bien subastado, esto significa al dinero depositado por el adjudicado.

El momento del pago al acreedor, no puede ser sino el instante en que el mismo retira el importe reclamado, ya sea del capital o del total que resulte del auto que aprueba la liquidación.

El mero depósito del adjudicatario, no constituye sino el cumplimiento de su obligación de abonar el importe al cual se obligó el momento de la adquisición por remate, ya que la suma que deposite puede ser menor o mayor al monto del crédito reclamado, quedando el deudor, obligado por la diferencia, en el primer caso, o en propiedad del saldo en la segunda hipótesis, lo que demuestra lo que expresáramos más arriba: el dinero depositado, sustituye al bien subastado, y no es aun el pago al acreedor.

Sólo el retiro del importe de su crédito por el acreedor, extingue la posibilidad de la interposición de la tercería de mejor derecho.

Como al momento de promoverse la tercería, el dinero aun no fue retirado por el acreedor, el privilegio subsistiría aún en ese momento, por ende, la decisión de rechazar la tercería fundada en la extemporaneidad de la misma, debe ser revocada.

En cuanto al otro aspecto cuestionado por la actora, la prescripción del derecho, la misma no fue interpuesta como excepción sino sólo mencionada de manera subsidiaria y el A-quo, no la ha estudiado ni resuelto, por lo que el Tribunal tampoco puede hacerlo por aplicación del Art. 420 del CPC.

En consecuencia, debe revocarse la decisión y hacer lugar a la tercería interpuesta.

En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la perdidosa, por aplicación de los Arts. 192 y 203 del CPC.

POR TANTO, en mérito a lo expuesto el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Segunda Sala,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO, el recurso de nulidad.

REVOCAR el auto apelado. COSTAS a la perdidosa.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola y María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: Abog María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 518

PRESCRIPCIÓN. Prescripción de la acción.

La prescripción es el acto de liberarse de la obligación por inacción del titular de la acción, durante el transcurso del plazo fijado por la ley, según la naturaleza del derecho invocado.

ACTO JURIDICO. Nulidad de acto jurídico.

En el caso, se demanda la nulidad de un acto jurídico, transferencia de inmueble por simulación, por lo que el plazo aplicable es el previsto en el Art. 663 inc. g), o sea dos años a partir del conocimiento del acto, por tratarse de un tercero.

NOTIFICACIÓN. Efectos de la notificación.

Además la recusación formulada acredita el conocimiento por parte del excepcionante de la existencia de la demanda y las resoluciones dictadas en ella. Es de aplicación entonces la disposición del Art. 144 in fine del CPC, que dispone que si de las constancias del expediente sugiere que la parte tuvo conocimiento de la resolución, la notificación surtirá efectos desde entonces.

T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 29/07/11.- “Estela Cardozo Chaves c/ María Asunción Torres de Irala s/ Nulidad de acto Jurídico”. (A.I. N° 518).

Asunción, 29 de julio de 2011

VISTOS: La nulidad de la S.D. N° 685 de fecha 31 de agosto de 2010, decretada por el Acuerdo y Sentencia N° 88 de esta misma fecha dictado por este Tribunal, y

CONSIDERANDO: Que la nulidad ha sido decretada en atención a que por la naturaleza del thema decidendum, excepción previa de prescripción, en primera instancia debió dictarse un auto interlocutorio y no una sentencia.

Que por aplicación del Art. 405 del CPC, corresponde entonces dictar la resolución sustitutiva de la que fura anulada, pero bajo la forma correcta, es decir un auto interlocutorio.

Que a fs. 123 de autos se presenta el codemandado Carlos Ángel Prieto Bogado, a interponer la excepción de prescripción de la acción, como de previo y especial pronunciamiento, fundado en que la presente demanda se le ha notificado en fecha 30 de diciembre de 2009 y como del acto cuya nulidad se pide,

la actora ha tenido conocimiento en fecha 28 de noviembre de 2007, según se demuestra con los telegramas que se acompañan y como lo reconoce la actora en su escrito de demanda a fs. 89 de autos.

Por consiguiente, sostiene el excepcionante, el acto interruptivo de la prescripción, que a tenor del Art. 647 inc. A del CCP, es la notificación de la demanda, fue realizado un mes después de haberse operado la prescripción a su favor.

Corrido traslado de la excepción, la parte actora la contesta a fs. 149, solicitando el rechazo de la excepción, argumentado que el excepcionante invoca dos artículos contradictorios entre sí.

Del estudio de las constancias de autos se tiene que las partes están de acuerdo en que el plazo de prescripción principia el día 28 de noviembre de 2007, fecha en que la actora tomó conocimiento que la casa que dice ser suya se encuentra titulada a nombre del codemandado, mediante un telegrama colacionado y la notificación de la demanda de desalojo.

La prescripción es el acto de liberarse de la obligación por inacción del titular de la acción, durante el transcurso del plazo fijado por la ley, según la naturaleza del derecho invocado. En el caso, se demanda la nulidad de un acto jurídico, transferencia de inmueble por simulación, por lo que el plazo aplicable es el previsto en el Art. 663 inc. g., o sea dos años a partir del conocimiento del acto, por tratarse de un tercero.

El Art. 647 inc. a del CCP señala que se interrumpe la prescripción por demanda notificada al deudor, es decir que el acto interruptivo de la prescripción, es la notificación de la demanda, no su promoción.

El actor sostiene que la demanda le fue notificada en fecha 30 de diciembre de 2009, cuando ya transcurrió mas de dos años, contados del 28 de noviembre de 2007.

Sin embargo de la revisión de autos se tiene que en fecha 7 de septiembre de 2009, fs. 104, el excepcionante se ha presentado a recusar sin expresión de causa a la Jueza que entendía en el presente juicio originalmente y luego en fecha 23 de noviembre de 2009, fs. 106, el excepcionante se ha presentado a interponer recursos de apelación y nulidad contra la providencia de fecha 21 de agosto de 2009, providencia por la cual precisamente, entre otras cosas, se tiene por inicia la demanda y de la misma se corre traslado a los demandados. Si bien la apelación apunta hacia la parte de la providencia que dispone una medida cautelar, el hecho de interponer recurso contra la misma acredita que ya en esa

fecha el codemandado Carlos Ángel Prieto, ya tenía conocimiento pleno de lo dispuesto en dicha providencia.

Además la recusación formulada en fecha 7 de setiembre de 2009, acredita también el conocimiento por parte del excepcionante de la existencia de la demanda y las resoluciones dictadas en ella.

Es de aplicación entonces la disposición del Art. 144 in fine del CPC, que dispone que si de las constancias del expediente sugiere que la parte tuvo conocimiento de la resolución, la notificación surtirá efectos desde entonces.

De esta forma el codemandado se dio por notificado de la providencia de traslado de la demanda, en fecha 23 de noviembre de 2009, cinco días antes de que se cumpla el plazo de dos años para que opere la prescripción de la acción, por lo que la presente excepción deviene improcedente, y debe ser rechazada, con costas al perdedor.

POR TANTO, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Segunda Sala,

RESUELVE:

RECHAZAR, con costas, la excepción de prescripción opuesta como de previo y especial pronunciamiento por el codemandado Carlos Ángel Prieto.

DISPONER que firme la presente, se reinicie el plazo para contestar la demanda.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola y María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: Abog María Teresa Cañete. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

CHEQUE. Rechazo de cheque. Pérdida o sustracción. PRIVACIÓN DE EFICACIA.

La norma específica o especial es el art. 1729 del Código Civil, pero también resulta aplicable el art. 1530 del CC porque lo complementa por razones de

orden práctico y seguridad social. En efecto, de constancias referidas, el recurrente agotó la instancia administrativa: denuncia del ilícito ante la Policía y comunicación al banco respectivo. Pero estas circunstancias no pueden impedir que el cheque, si bien no va a poder cobrarse en el Banco por la orden de no pagar, no impide la posibilidad de que, caído en manos de gente inescrupulosa, sea puesto en circulación entre terceros, de buena o mala fe, con la consecuencia del perjuicio colectivo, circunstancia que se puede evitar o al menos atenuar con la declaración de privación de eficacia, razón suficiente para revocar el fallo del A quo que denegó la privación de eficacia.

CHEQUE. PRIVACIÓN DE EFICACIA.

Nuestro Código Civil, en su art. 1729 no contempla el sistema de la revocación del cheque sino dos situaciones para el no pago: una, en su caso de pérdida o sustracción de un cheque, el tenedor comunicará por escrito al banco que no le pague, y este deberá negarse a pagarlo siempre que el aviso haya sido recibido antes de la presentación del cheque; la norma obedece al propósito de proporcionar al tenedor el medio de evitar el cobro del cheque por quien obtuvo en forma ilegítima la tenencia del mismo; pero si la tenencia es ilegítima, el tenedor podría iniciar las acciones judiciales pertinentes para su cobro, más los intereses y daños que representen, la otra hipótesis es que los bancos deben negarse a pagar un cheque cuando el librador y beneficiario le hayan comunicado antes de la presentación del cheque.

JUICIO EJECUTIVO. Título a la orden.

La norma, al expresar que “el librador y el beneficiario” pueden dar el aviso de no pagar, no implica que no puedan proceder aisladamente. También en este supuesto, si la orden es ilegítima, el beneficiario tendrá de las acciones pertinentes, la ejecutiva por cobro de guaraníes contra el librador y los demás obligados cambiarios o lo penal, si el que diera la orden de no pagar actuara dolosamente.

JUICIO EJECUTIVO. Título a la orden. CHEQUE.

La contra orden dada por el librador o el tenedor al banco para que no pague el cheque, sin causa legítima comprobada, no afecta los derechos del tenedor legitimado ni quita al cheque la fuerza ejecutiva que la ley le atribuye.

CHEQUE. Pago de cheque.

La orden de no pago de un cheque al banco girado, dada por el cuenta

correntista, no priva de eficacia al título; tan solo establece una limitación en la legitimación activa de cobro.

PRIVACIÓN DE EFICACIA. CHEQUE. Efectos del cheque.

Los efectos de la privación de eficacia regulados en los arts. 1530 y sgtes. del Cod. Civ. Se refieren al tenedor legitimado y al deudor del título, o librador endosatario. En este caso la figura del denunciante de la sustracción es el tomador de la orden de pago, vale decir, quien se dice tenedor legitimado y despojado del título.

JUICIO EJECUTIVO. Título a la orden. CHEQUE. PRIVACION DE EFICACIA.

Como tomador desposeído puede exigir la prestación y sus accesorios al obligado por el título, una vez transcurrido el plazo establecido en dicho artículo, al partir de la publicación de edictos con la sentencia que declare la privación de eficacia, y siempre que en ese lapso no se haya manifestado oposición por parte de un tercero que se considere con derecho al cobro.

CHEQUE. Pago de cheque. Respecto al deudor, los efectos de la denuncia hacen referencia a la validez del pago efectuado por aquel, quien puede prevalecerse de pagos hechos antes, pero no después de la notificación de la sentencia de privación de eficacia.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 09/06/11. “Banco Regional S.A.E.C.A. S/ Privación de Eficacia Juríd.” (Ac. y Sent. N° 67).

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, MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN el magistrado BÁEZ MAIOLA dijo: El recurrente, Abog. Enrique Zacarías Michelagnoli, representante convencional de BANCO REGIONAL S.A.E.C.A. desiste expresamente del recurso de nulidad y al no advertir vicio que por su gravedad obligue a la declaración de oficio, corresponde tenerlo por desistido. Así voto.

Asus turnos los magistrados PAREDES BORDÓN y MERCEDES BUON-GERMINI PALUMBO votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el magistrado GERARDO BÁEZ MAIOLA prosiguió diciendo: la sentencia en recurso (fs. 25/27) desestimó, con costas en el orden causado a la demanda de privación de eficacia del Cheque de Gerencia N° 13901302 promovida por BANCO REGIONAL S.A.E.C.A.

La denegación, es el motivo de agravio del citado abogado. Así también apela la Abog. Gabriela Torio Bossi, por BANCO INTEGRACIÓN S.A.E.C.A. desiste posteriormente, haciéndose lugar por A.I. N° 828 del 29 de noviembre de 2010.

De constancias de autos, el Abog. Sebastián Olmedo se ha presentado a fs. 14/15 pidiendo se declare judicialmente eficacia jurídica del cheque individualizado manifestando que “... en fecha 25 de setiembre de 2009, la Sucursal del Banco Regional S.A.E.C.A. en Pedro Juan Caballero procedió al depósito del cheque mencionado en la cuenta interna del banco, remitiéndose el mismo a la Sucursal Asunción, a los efectos de su presentación ante la Cámara Compensadora, envío que se perfeccionara por medio de la Empresa Courier Concordia. Para sorpresa de mi principal, el cheque mencionado nunca ha sido recibido por el destinatario, Banco Regional Sucursal Asunción, lo que motivara la presentación de la denuncia policial radicada ante el Departamento de Delitos Económicos y Financieros, Oficina Regional de Pedro Juan Caballero en fecha 08 de setiembre de 2009, según se acredita con el testimonio de la mencionada denuncia que se adjunta a esta presentación. Que en salvaguarda de los derechos e intereses del Banco Regional en fecha 09 de setiembre de 2009, de conformidad a las previsiones del art. 1.729 del Código Civil, mi mandante ha solicitado al Banco Integración S.A. el no pago del cheque mencionado, ínterin BANCO REGIONAL S.A.E.C.A. se tramite el juicio de privación de eficacia jurídica del mismo, habiendo el banco girado acusado recibo de la nota precita, la cual se adjunta a esta presentación...” (sic).

Por proveído del 19 de octubre de 2009 (f. 17), se corrió traslado al BANCO INTEGRACIÓN S.A.E.C.A., que contesta el traslado en los términos del escrito de f. 24 en donde reconoce el negocio jurídico entre ambas entidades a través del individualizado cheque, manifestando tener conocimiento del extravío; que la cuenta, por acuerdo entre dichas entidades fue pagada el 3 de noviembre de 2009. En cuanto a la privación de eficacia dijo expresamente que “... a tenor de

lo dispuesto en el art. 1530 y sptes. del Código Civil, mi mandante estará a cuanto decida V.S. en derecho y se atenderá al fallo que eventualmente recaiga...”.

El *A-quo* fundamenta su fallo de no hacer lugar al pedido de privación de eficacia manifestando “... *Por lo expuesto previamente, es que estamos convencidos que el cheque es una orden simple y pura de pago y no una promesa de pago, ya que aquellas es la naturaleza real del instrumento (ver art. 1996) pues la misma ley dispone que esa orden deberá constar en el instrumento respectivo, a contrario sensu, en los distintos documentos a la orden, el Código Civil establece que los mismos contendrán la promesa de pagar una suma de dinero a futuro (ver art. 1535). Disentimos –respetuosamente– en atención a la notoria versación del autor referido por el accionante con lo expuesto por el Dr. Carmelo Castiglioni en un artículo publicado por el mismo en la Revista jurídica La Ley, pues si bien coincidimos con el doctrinario en que el cheque puede generar distingos efectos jurídicos según sea considerado en referencia a la relación cuenta correntista Banco girado, o en referencia a la relación librador beneficiario del cheque, disentimos con el mismo en que el instrumento pueda ser tomado como una promesa de pago y que como tal, por aplicación analógica de otras normas, pueda llevar a privársele de eficacia, tal como sucede según el art. 1530 del CC con los documentos a la orden que instrumentan promesas de pago... sin embargo, luego de analizar el mismo, hemos ratificado nuestro parecer originario en base a los fundamentos antes expuestos y nos hemos reafirmado en que el cheque bancario no debe ser dejado sin efecto, ya que la normativa específica del Código Civil (el art. 1.719) solo dispone –como dijimos más arriba la orden de no pago...” (sic). El *A quo* ha aplicado el principio por el que la ley especial o particular prevalece a la de carácter general. Las propias constancias de autos dirimirán a cuestión.*

El principio citado, referente a la prioridad de una normativa frente a otra por razón de ser la primera específica y general la otra, no significa necesariamente exclusión. En efecto, el texto dice *prioridad* y por eso que la disposición legal también resulta aplicable.

La norma específica o especial es el Art. 1729 del Código Civil, pero también resulta aplicable el art. 1530 porque lo complementa por razones de orden práctico y seguridad social. En efecto, de constancias referidas, el recurrente agotó la instancia administrativa: denuncia del ilícito ante la policía y comuni-

cación al banco respectivo. Pero estas circunstancias no pueden impedir que el cheque, si bien no va a poder cobrarse en el Banco por la orden de no pagar, no impide la posibilidad de que, caído en manos de gente inescrupulosa sea puesto en circulación entre terceros, de buena o de mala fe, con la consecuencia del perjuicio colectivo, circunstancia que se puede evitar o al menos atenuar con la declaración de privación de eficacia, razón suficiente para revocar el fallo del *A quo* que denegó la privación de eficacia.

En cuanto a las costas impuestas en el orden causado no han sido objeto del recurso, por lo que la decisión del *A quo* ha quedado firme. Así también voto.

ASU TURNO el magistrado PAREDES BORDÓN dijo: Al adherirme a la opinión del Dr. Báez que me antecede, deseo agregar algunas consideraciones respecto a la figura del cheque, y las consecuencias de la pérdida o sustracción del mismo, así como de los pasos que deberán seguir quienes hayan sido tenedores legítimos, de cuyo poder se extravió el cheque, así como el librador, para precautelar el derecho, tanto del tenedor, para no perder el derecho al pago contenido en el cheque, como el librador para no verse obligado a pagar dos veces, y cual es la posición del Banco girado, que sin ser parte en la relación entre librador y tenedor, cumple sin embargo las funciones de caja, al abonar el importe del cheque.

Las reflexiones que siguen, tienen sus fuentes en la obra del Prof. Dr. Raúl Torres Kirmsner, EL CHEQUE, aunque no son una transcripción literal del mismo.

En materia de revocabilidad del cheque se conocen básicamente tres sistemas, vigentes que podemos sintetizar los siguientes:

a) El anglosajón, conocido como el sistema de la revocabilidad absoluta, en el que la comunicación unilateral pura y simple, sin expresión de causa es suficiente para que el banco no pague, exonerándose, por consiguiente, de toda responsabilidad,

b) El sistema de francés o de la irrevocabilidad absoluta, que sólo admite el no pago del cheque por extravío del mismo o quiebra del librador.

c) El sistema germánico, mediante el cual el cheque es irrevocable durante el plazo que se establece para su presentación al girado. Pero vencido esta puede ser revocado.

La orden de no pagar difiere de la revocación del cheque. La primera impide un pago indebido cuando se dan las circunstancias previstas por la ley, sin que ello incida sobre la validez del instrumento, tema que podría ser dilucidado,

en su caso, por vía judicial. Sin embargo, de acuerdo al sistema germánico, la revocación es una declaración de voluntad que hace el titular de una cuenta corriente de dejar sin efecto una orden dirigida al banco girado, y que sólo podrá ser atendida luego que se haya producido la caducidad del cheque como orden de pago. Nuestro Código Civil, en su Art. 1729 no contempla el sistema de la revocación del cheque sino dos situaciones para el no pago: una, en su caso de pérdida o sustracción de un cheque, el tenedor comunicara por escrito al banco que no le pague, y éste deberá negarse a pagarlo siempre que el aviso haya sido recibido antes de la presentación del cheque; la norma obedece al propósito de proporcionar al tenedor el medio de evitar el cobro del cheque por quien obtuvo en forma ilegítima la tenencia del mismo; pero si la tenencia es legítima, el tenedor podría iniciar las acciones judiciales pertinentes para su cobro, más los intereses y daños que representen, la otra hipótesis es que los bancos deben negarse a pagar un cheque cuando el librador y beneficiario le hayan comunicado antes de la presentación del cheque. La norma, al expresar que “el librador y el beneficiario” pueden dar el aviso de no pagar, no implica que no pueden proceder aisladamente. También en este supuesto, si la orden es ilegítima, el beneficiario tendrá las acciones pertinentes, la ejecutiva por cobro de guaraníes contra el librador y los demás obligados cambiarios o la penal, si el que diera la orden de no pagar actuara dolosamente.

En conclusión, la contra orden dada por el librador o el tenedor al banco para que no pague el cheque, sin causa legítima comprobada, no afecta los derechos del tenedor legitimado ni quita al cheque la fuerza ejecutiva que la ley le atribuye.

De ahí la necesidad que el último tenedor ejerza o promueva el juicio de privación de eficacia, a fin de quitar toda fuerza al cheque extraviado o perdido, y poder a su vez obtener del librador el pago de la cantidad expresada en el cheque, si el mismo ya venció, o un nuevo instrumento si el mismo aun no debe abonarse, por tratarse por ejemplo de un cheque de pago diferido.

Y en esta situación no tiene incidencia alguna el hecho que se trate de un cheque de gerencia, puesto que la privación de eficacia, o amortización como se conoce en la doctrina italiana a este procedimiento, está previsto para cualquier título a la orden.

Solo en el caso que el instrumento, en este caso el cheque, se hubiese librado al portador, no sería factible el juicio de privación de eficacia, ya que la ley otorga una solución distinta para esta clase de título.

ASU TURNO LA MAGISTRADA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO DIJO. Me adhiero al voto precedente del Dr. Paredes y me permito agregar que la orden de no pago de un cheque al banco girado, dada por el cuenta correntista, no priva de eficacia al título; tan solo establece una limitación en la legitimación activa de cobro.

Ahora bien, los efectos de la privación de eficacia regulados en los arts. 1530 y ssgtes. del Cód. Civ. se refieren al tenedor legitimado y al deudor del título, o librador endosatario. En este caso la figura del denunciante de la sustracción es el tomador de la orden de pago, vale decir, quien se dice tenedor legitimado y despojado del título. Como tomador desposeído puede exigir la prestación y sus accesorios al obligado por el título, una vez transcurrido el plazo establecido en dicho artículo, a partir de la publicación de los edictos con la sentencia que declare la privación de eficacia, y siempre que en ese lapso no se haya manifestado oposición por parte de un tercero que se considere con derecho al cobro. Respecto del deudor, los efectos de la denuncia hacen referencia a la validez del pago efectuado por aquél, quien puede prevalecerse de pagos hechos antes, pero no después de la notificación de la sentencia de privación de eficacia. Como se ve, todos los efectos se refieren al cobro o al pago del título, no a su extinción como título de crédito, efecto que no se produce ni aun con la orden de no pago dada por el emisor al banco girado, orden que está dada en el marco del contrato de cuenta corriente y que no puede afectar derechos de terceros. Y ello es así porque los títulos de crédito nacen para circular. De modo que el tomador legitimado del título –o quien dice serlo–, no se encuentra suficientemente salvaguardado con la orden de no pago del título dada por el emisor o librador del cheque a su propio banco girado, ya que el título podría estar circulando entre terceras personas. De modo que no hay razón para negar al solicitante el trámite y las consecuencias previstas en el art. 1530 y subsiguientes.

El auto apelado debe ser revocado, con costas.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

REVOCAR la S.D. N° 131 de fecha 04 de marzo de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Noveno Turno, Sria. N° 18, y, hacer lugar a la petición de privación de eficacia promovida por la actora.

IMPONER las costas en el orden causado.
ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Dr. Juan Carlos Paredes Bordón, Ma. Mercedes Buongermini Palumbo.

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete. Actuaría judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 69

Cuestión debatida: *El caso puesto a examen en alzada consiste en una demanda de indemnización de daños y perjuicios incoada por un afirma aseguradora, subrogada en los derechos de su asegurado, quien fue partícipe de un accidente de tránsito con un funcionario público del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.*

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

En relación al texto constitucional del art. 106, al atribuir responsabilidad subsidiaria al Estado, hace a este responsable civilmente por las transgresiones, delitos o faltas que cometiere el funcionario o empleado del Estado, razón por la que el consorcio pasivo tiene que estar presente el Estado por la unidad procesal obligatoria en base al principio de seguridad jurídica, excluyendo de la posibilidad de que u mismo suceso, generador de la responsabilidad de generar dos sentencias contradictorias. Pero, la diferencia para los condenados es que si la sentencia prosperase, la obligación del Estado recién será efectiva solamente después de que sean excutidos (ejecutados) los bienes del funcionario o empleado público; es decir, que la obligación de resarcir del Estado se da ante insuficiencia o solvencia del principal obligado.

PREJUDICIALIDAD. ACCION PENAL.

Bien sabido es que en el fuero civil solo existe prejudicialidad penal ante la efectiva existencia de un proceso penal, basado en los mismos hechos, ya sea previo o en simultaneo a un proceso civil. La prejudicialidad prescripta en nuestra normativa civil consiste en que los juzgados deben diferir el pronunciamiento definitivo en tanto se encuentre en trámite la causa penal, con ciertas excepciones (art. 1865 CC).

PREJUDICIALIDAD. ACCIÓN PENAL.

La prejudicialidad implica la imposibilidad de refutar tanto la existencia del hecho como la responsabilidad o culpabilidad del imputado, en el caso de condena. Y, declarada la inexistencia de los hechos para el caso de una absolución, tampoco ella podrá ser objetada.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

Es el beneficio de la excusión que en forma expresa determina la Constitución y el Cod. Civil a favor del Estado, al determinar responsabilidad en forma subsidiaria, luego del juzgamiento y condena a los directos responsables. En otros términos, para que el Estado sea responsable debe recaer, primeramente, tal responsabilidad en su agente que la transfiere a aquel; luego, si no existe responsabilidad directa del funcionario o empleado público en el desempeño de sus funciones, mal podría surgir la responsabilidad subsidiaria del Estado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado. FUNCIONARIO PUBLICO. Responsabilidades de los funcionarios públicos.

La responsabilidad estatal es ciertamente solidaria y subsidiaria. Ello porque el Estado está obligado ante la eventual insolvencia de quien, en primer lugar, y directamente se encuentra vinculado con el ilícito. De este modo, la calidad de funcionario público arrastra la responsabilidad del mismo ente en que se encuentra orgánicamente, empero, repetimos subsidiariamente.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad del Estado.

La intervención del Estado en el proceso en el cual se juzga y debate sobre la responsabilidad civil de uno de sus subordinados es absolutamente necesario. Responde a principios del debido proceso y permite al Estado rebatir los argumentos de la parte reclamante, y evitar una posible condena. Recordemos que una condena, aun siendo subsidiaria, resulta inadmisibles sin la intervención del condenado, y su derecho a la defensa. Luego, si la acción civil prescinde del estado Paraguayo, la condena dictada contra un tercero será inoponible a aquel. De modo pues el actor esta en todo su derecho de integrar la litis con todos los potenciales obligados a la reparación del daño.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 13/06/11. “Mapfre Paraguay CIA de Seguro S.A. c/ José Librado Fernández y Otros s/ Indemnización de Daños y Perj. Por Resp. Contractual”. (Ac. y Sent. N° 69).

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, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, MA. MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO. La parte recurrente, ESTADO PARAGUAYO, no fundamenta el recurso. Sin embargo, al revisar constancias de autos, se advierte que habiéndose opuesto excepción previa de falta de acción manifiesta, sin embargo, a la misma se le ha dado tramitación como si hubiere sido expuesta como medio general de defensa.

Nuestro ordenamiento procesal no concede la nulidad por la simple comisión de irregularidad o vicio sino cuando los mismos impiden dicta sentencia ajustada a derecho. Por eso, no hay motivo justificable para anularla de oficio. Además y en refuerzo, en la tramitación del proceso, las partes no han sido privadas del ejercicio de la defensa en juicio y por tanto, al no haber perjuicio y también porque no se advierte otro vicio que por imperio de la ley, obligue a la declaración de nulidad de oficio, a tenor de lo que dispone expresamente el art. 419 CPC, el recurso tiene que ser declarado desierto.

A SU TURNO LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA adhiere al voto que antecede en el mismo sentido.

A SU TURNO LA MAGISTRADA MA. MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO DIJO: DE LA NULIDAD: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad por él interpuesto; y dado que no se advierten la sentencia recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO GERARDO BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICHIENDO. La S.D. N° 420 dictada el 10 de junio de 2009 (fs. 164/167) resolvió: *"HACER EFECTIVO el apercibimiento previsto en el Art. 282 del Código Procesal Civil y en consecuencia, tener por confeso al demandado JOSÉ LIBRADO FERNÁNDEZ, a tener del pliego obrante a fs. 110 de autos, de conformidad al considerando de la presente. RECHAZAR la excepción de falta de acción opuesta por el Dr. NELSON ALCIDEZ MORA, PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución. HACER LUGAR, con costas, a la presente deman-*

da de INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS entablada por la firma MAPFRE PARAGUAYA CÍA. DE SEGUROS S.A. contra JOSÉ LIBRADO FERNÁNDEZ y subsidiariamente contra el ESTADO PARAGUAYO y en consecuencia, condenar a la parte TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL VEINTITRÉS (Gs. 49.355.023) en concepto de daño emergente derivado del accidente de tránsito que originara la presente demanda civil. ANOTAR, registrar...” (sic).

Ab initio, el recurrente sostiene posición de que se debe revocar la sentencia por dos razones: primera, porque para decidir sobre la responsabilidad civil derivada de un accidente de tránsito, previamente correspondía juzgar en sede penal la conducta de JOSÉ LIBRADO FERNÁNDEZ, por ser quien guiaba un vehículo del Estado Paraguayo, razón por la que expresamente expone “...Eventualmente corresponderá su modificación equitativa en caso de silencio o rebeldía del principal demandado José Librado Fernández. Costa a fs. 11 de autos, el informe de la Comisaría Policial de Simón Bolívar, que certifica el acaecimiento del supuesto hecho punible contra la propiedad de las personas, con el relato que corresponde al accidente de tránsito que motivó esta demanda. Que, en ese sentido, el hecho denunciado, se encuentra tipificado como hecho punible, conforme así lo establece el art. 216 del Código Penal y consecuentemente, debió ser investigado por el Ministerio Público como un hecho de Intervenciones Peligrosas en el tránsito terrestre, proceso penal donde debe ser ventilada la cuestión a los efectos de determinar la responsabilidad penal del autor o autores de hecho punible, cometido y conforme a la sentencia condenatoria o absolutoria, en su caso, requisito con el cual se determina el ejercicio de las acciones civiles emergentes del hecho contra el Estado Paraguayo por responsabilidad subsidiaria por hechos ajenos, como se halla legislado en nuestro ordenamiento civil en el art. 1.845...”.

Al evacuar traslado, la parte actora manifiesta que ya en la instancia previa “...nos hemos allanado a la excepción planteada en cuanto a la subsidiariedad y así lo entendió también el juzgador inferior en su sentencia al establecer la condena del demandado José Librado Fernández y subsidiariamente al Estado Paraguayo... (sic), pero dejando expresamente en claro que dicho reconocimiento no implica que en la demanda se deba excluir al Estado Paraguayo porque “...siendo los actos atribuidos a aquellos que podemos definir como irregulares, necesariamente debió el actor demandar tanto al funcionario que pro-

dujo el presunto dañoso y en la misma acción al Estado Paraguayo; así declara la eventual responsabilidad de aquel, condenarlo al pago y subsidiariamente condenen al Estado para que responda sólo en caso de insolvencia del funcionario en cuestión...". En lo que respecta a la falta por omisión de la cuestión prejudicial en sede penal, la parte actora pide el rechazo de toda consideración por cuanto "*...no fue materia de discusión en instancia inferior...*" (sic).

De constancias de autos surge que a la demanda por indemnización por daos y perjuicios, al demandado JOSÉ LIBRADO FERNÁNDEZ acusado de rebeldía, por A.I. N° 767 del 22 de mayo de 2007 (f. 83) se le dio por decaído su derecho que tenía para oponerse contestando la demanda.

El codemandado, ESTADO PARAGUAYO, toma intervención a fs. 75/80 oponiendo excepción previa de falta de acción, pasiva basado en el art. 106 de la Constitución, como único y exclusivo argumento.

En lo que respecta a la irregularidad procesal, como ya se tiene dicho al tratar la primera Cuestión del presente Acuerdo y Sentencia, cabe decir que la excepción de falta de acción fue opuesta como cuestión previa, sin embargo, tanto el A quo como las Partes y en especial la que se presentó (Estado Paraguayo) consintieron que la apertura de la causa a prueba fuera considerada como en la causa principal, razón por la que el juicio prosiguió tramitándose como si fuera ordinario por tanto, la excepción fue tratada y resuelta como medio general de defensa en el segundo apartado de la sentencia recurrida.

En cuanto a la prejudicialidad en sede penal, en su momento procesal oportuno no fue motivo de objeción, razón por la que este argumento no expuesto debida y expresamente en la instancia previa, no puede ser materia del recurso ni de estudio y consideración de parte del Tribunal, según así determina el art. 420 CPC.

Por otra parte, la responsabilidad culposa del conductor del vehículo del ESTADO PARAGUAYO ha sido establecida por S.D. N° 284 dictada por el Juzgado de Faltas y Contravenciones de la Policía Caminera, dependiente del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (f. 17), resolución que se halla firme al no haber constancia de que se haya interpuesto recursos en instancia y competencia respectivas.

En relación al texto constitucional del art. 106, al atribuir responsabilidad subsidiaria al Estado, hace a éste responsable civilmente por las transgresiones, delitos o faltas que cometiere el funcionario o empleado del estado, razón

por la que el consorcio pasivo tiene que estar presente el Estado por la unidad procesal obligatoria en base al principio de seguridad jurídica, excluyente de la posibilidad de que un mismo suceso, generador de la responsabilidad pueda ser resuelto en dos juicios diferentes y por tanto, con posibilidad de generar dos sentencias contradictorias. Pero, la diferencia para los condenados es que si la sentencia prosperase, la obligación del Estado recién será efectiva solamente después de que sean excutidos (ejecutados) los bienes del funcionario o empleado público; es decir, que la obligación de resarcir del estado se da ante insuficiencia o insolvencia del principal obligado.

Finalmente, en cuanto al monto de la condena a indemnizar, ningún argumento en contra ha sido expuesto a lo largo del proceso afirmando o negando si es o no correcto, razón por la que aquel también tiene que ser confirmado.

Dado entonces que la sentencia, por hallarse ajustada a derecho, tiene que ser confirmada en todas sus partes, incluyendo la condena en costas, de acuerdo a lo que prescriben al respecto, los artículos 194 y 203 CPC. Así también voto.

A SU TURNO LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifiesta que adhiere al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A SU TURNO LA MAGISTRADA MA. MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO DIJO: DE LA APELACIÓN: El caso puesto a examen en alzada consiste en una demanda de indemnización de daños y perjuicios incoada por una firma aseguradora, subrogada en los derechos de su asegurado, quien fue partícipe de un accidente de tránsito con un funcionario público del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

La demanda tiene sustento en una relación extracontractual entre el señor Guido Manuel Fernández, a partir de un siniestro automovilístico. Asimismo la parte actora ha promovido acción en contra del Estado Paraguayo, en razón de haber intervenido en los sucesos un funcionario público, quien conducía un vehículo propiedad del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

En esta instancia ya no se discuten los hechos relatados ni la veracidad de los sucesos, tampoco la culpabilidad del codemandado señor José Librado Fernández, la que fue declarada y resuelta por el a quo considerando las pruebas arrojadas por las partes. Tampoco se discuten los daños generados en el siniestro ni su cuantificación.

Ahora bien, el único apelante, el codemandado Estado Paraguayo, se agravia de la resolución por dos motivos, como bien lo apunta el preopinante. Esto

es: la prejudicialidad penal, y la excepción de falta de acción rechazada. En efecto, el apelante manifiesta que para determinar la responsabilidad del code mandado, agente del estado, es necesario un previo proceso penal, del cual, a raíz de la sentencia condenatoria o absolutoria surgirían las posteriores acciones civiles emergentes del hecho.

Bien sabido es que el fuero civil solo existe prejudicialidad penal ante la efectiva existencia de un proceso penal, basado en los mismos hechos, ya sea previo o en simultáneo a un proceso civil. La prejudicialidad prescripta en nuestra normativa civil consiste en que los juzgados deben diferir el pronunciamiento definitivo en tanto se encuentre en trámite la causa penal, con ciertas excepciones (art. 1865). Ello encuentra fundamento en las demás disposiciones concordantes en donde se establece que si en el juicio criminal el acusado fuese condenado, en el civil no puede negarse la existencia del hecho principal, ni tampoco impugnar la culpa del condenado (art. 1868). Por otro lado, el art. 1869 establece que ante el sobreseimiento libre o la absolución del encausado, tampoco se puede alegar en sede civil la existencia del hecho, si la sentencia hubiere declarado su inexistencia. Tenemos entonces, pues, que la prejudicialidad implica la imposibilidad de refutar tanto la existencia del hecho como la responsabilidad o culpabilidad del imputado, en el caso de condena. Y, declarada la inexistencia de los hechos para el caso de una absolución, tampoco ella podrá ser objetada. Ciertamente existe una estrecha relación entre procesos penales y civiles, que importan prejudicialidad.

Ahora bien, esta relación jurisdiccional, si bien es vinculante, no es necesaria, ni genera dependencia alguna. Es decir, las acciones tanto civiles como penales basadas en los mismos sucesos, pueden ejercerse independientemente unas de otras. Es lo que norma el art. 1865 en su primer párrafo. No se requiere un previo proceso penal para ejercer la acción civil. Consecuentemente, el caso puede ser juzgado en sede civil, determinando la responsabilidad del demandado.

El primer argumento de la parte apelante entonces debe ser desestimado, por carecer de sustento legal suficiente.

En cuanto a la excepción de falta de acción, debemos verificar el alcance y aplicación del art. 106 de la Constitución Nacional y su concordante en el Código Civil, art. 1845, que sirven de fundamento para la defensa opuesta.

Cabe destacar aquí que la parte actora no ha cuestionado en modo alguno la pertenencia de la subsidiariedad, acatando la condena dictada en estos tér-

minos. Por lo tanto ya no se discutirá aquí, de ser procedente la acción, si es o no subsidiaria.

Las normas precedentes establecen la responsabilidad personal del funcionario o empleado público, sin perjuicio de la subsidiaria del Estado y los entes estatales. Se admiten, entonces dos responsabilidades temporalmente discriminadas; inicialmente la de quien ha intervenido directamente en la producción del hecho dañoso, en virtud de su calidad de funcionario o empleado del Estado, y en segundo término la del Estado, que opera subsidiariamente, o sea con ulterioridad y ante la imposibilidad de obtener el resarcimiento del directo involucrado.

Es el beneficio de la excusión que en forma expresa determina la Constitución y el Cod. Civil a favor del Estado, al determinar responsabilidad en forma subsidiaria, luego del juzgamiento y condena a los directos responsables. En otros términos, para que el Estado sea responsable debe recaer, primeramente, tal responsabilidad en su agente que la transfiere a aquél; luego, si no existe responsabilidad directa del funcionario o empleado público en el desempeño de sus funciones, mal podría surgir la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Estas normas tuitivas, elevadas a rango constitucional, admiten la responsabilidad de la administración estatal, por los daños y perjuicios generados en actos ilegales de sus funcionarios enmarcados en el ejercicio de sus funciones, supeditada a la responsabilidad del agente y además a la satisfacción de la reparación del daño, a la capacidad y a la solvencia del patrimonio del funcionario, obligado en primer grado.

Declarada, pues, la culpabilidad del señor José Librado Fernández, funcionario público, no puede obviarse la responsabilidad, si bien de segundo grado, del Estado.

La responsabilidad estatal es ciertamente solidaria y subsidiaria. Ello porque el Estado está obligado ante la eventual insolvencia de quien, en primer lugar, y directamente se encuentra vinculado con el ilícito. De este modo, la calidad de funcionario público arrastra la responsabilidad del mismo ente en que se encuentra orgánicamente, empero, repetimos subsidiariamente.

La intervención del Estado en el proceso en el cual se juzga y debate sobre la responsabilidad civil de uno de los subordinados es absolutamente necesaria. Responde a principios del debido proceso y permite al Estado rebatir los argumentos de la parte reclamante, y evitar una posible condena. Recordemos que una condena, aún siendo subsidiaria, resulta inadmisibles sin la intervención

del condenado, y su derecho a la defensa. Luego, si la acción civil prescinde del Estado Paraguayo, la condena dictada contra un tercero será inoponible a aquél. De modo pues, el actor está en todo su derecho de integrar la litis con todos los potenciales obligados a la reparación del daño. La condición de subsidiariedad salvaguarda suficientemente los derechos del Estado establecidos en el art. 1845 del Cód. Civil.

Por tanto, ante tales circunstancias, y por los argumentos expuestos, no queda más que confirmar la sentencia recurrida, por encontrarse ajustada a derecho.

Las costas deben ser impuestas a la parte perdedora, de conformidad con el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

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:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 420 de fecha 10 de junio de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Segundo Turno, Sria. N° 3.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini Palumbo, Gerardo Báez Maiola, María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 71

Cuestión debatida: *Se trata de determinar la procedencia de inhabilidad de título presentado a ejecución, el cual surge de una relación contractual de tarjeta de crédito.*

CESIÓN DE CRÉDITOS.

Respecto a la falta de titularidad de la actora se realizó una transferencia de crédito, el accionado y esposa han celebrado acuerdo con Dinners Club Para-

guay en cuyas condiciones, los cupones, resúmenes y vencimientos producen sus efectos por el solo transcurso del tiempo y por tanto se puede reclamar judicialmente el pago. En tales condiciones no objetadas oportunamente han quedado convalidados.

TARJETA DE CRÉDITO. JUICIO EJECUTIVO. Acción ejecutiva.

Para terminar, el contrato para uso de tarjeta tiene expresamente prevista como hábil la vía ejecutiva para reclamar pago, razón por la que en virtud del art. 715 del Código Civil, nada puede objetarse porque, tal convención, al referirse a derechos patrimoniales de orden privado es perfectamente válida.

TARJETA DE CRÉDITO. JUICIO EJECUTIVO. Acción ejecutiva.

En cuanto a ello, en primer término hemos de señalar que la ejecutabilidad de un título proviene de la ley y no de la voluntad de las partes. Las partes no pueden, con su sola voluntad, crear títulos ejecutivos fuera de los admitidos legalmente. Cualquier disposición contractual inserta a tal efecto es ineficaz para la consecución de esa finalidad: por consiguiente, la alegación de la actora de que entre las cláusulas del contrato de tarjeta de crédito, se estipula la vía ejecutiva, no tiene aplicabilidad.

TARJETA DE CRÉDITO. JUICIO EJECUTIVO. Acción ejecutiva.

Nuestro sistema normativo no prevé la ejecutabilidad especial de las deudas provenientes de tarjetas de crédito, por lo tanto ha de estarse a las reglas generales consagradas en los arts. 443 y 448 del Cód. Proc. Civ. El negocio jurídico aquí en estudio ha sido vinculado por analogía al contrato de cuenta corriente mercantil.

TARJETA DE CRÉDITO. JUICIO EJECUTIVO. Acción ejecutiva.

El contrato de tarjeta de créditos constituye una operación financiera compleja, que por ende constituye un contrato autónomo, no asimilable a la cuenta corriente mercantil, ni a la cuenta corriente bancaria. En efecto, en esta última uno de los sujetos es siempre un banco, y no existen en rigor remesas recíprocas, sino depósitos y extracciones giradas sobre sumas que el propio cuentacorrentista ha depositado o que se le acreditan por el banco en un relación de apertura de crédito.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

Es sabido que el art. 92 de la Ley 861/96 establece que las cuentas corrientes bancarias cerradas de conformidad con el Cód. Civ. Son títulos ejecutivos y que para la cuenta corriente mercantil el mismo código establece un proceso de

cierre y aprobación que puede ejecutarse por virtud de lo dispuesto en los arts. 1.401 al 1.403 de Cód. Proc. Civ.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

A los efectos de la aplicación del art. 448 inc. e) del Cód. Proc. Civ. se requerirá la aprobación judicial o extrajudicial de la cuenta remitida por el emisor al usuario. Esta aprobación no puede regirse por los arts. 1.401 al 1.403 del Cód. Civ., principalmente porque en estos se da al silencio un valor de aceptación.

TARJETA DE CRÉDITO. JUICIO EJECUTIVO. Acción ejecutiva.

La mayoría de las entidades emisoras que son bancos, para evitar los inconvenientes de la laguna legislativa y de las dificultades de ejecutabilidad del crédito, vinculan el contrato de tarjeta de crédito a un contrato de cuenta corriente bancaria y se reservan la facultad de debitar en ella los saldos provenientes del uso de la tarjeta de crédito.

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. TARJETA DE CRÉDITO. RECONOCIMIENTO DE FIRMA.

No existiendo una ley que de fuerza ejecutiva al extracto de cuenta de tarjeta de crédito, ni existiendo un reconocimiento judicial o extrajudicial de la cuenta, conforme con lo dispuesto en el art. 448 inc. e) y 443 inc. e) del Cód. Proc. Civ., el título presentado en esta ejecución resulta inhábil con respecto del demandado, por ende, no puede tenerse por cierta la relación sustancial-de crédito o financiación-ni las prestaciones hechas a su favor relativas a esa relación, en este caso, de una tarjeta de crédito, sin perjuicio de que se pueda debatir la mentada relación contractual en un juicio ordinario. Respecto de la codemandada (esposa), la excepción no resulta procedente, por haber operado el reconocimiento ficto de todas las circunstancias sobre las cuales fue citada.

CESIÓN DE CRÉDITOS.

La falta de notificación tampoco hubiera afectado a la cesión como tal puesto que dicha exigencia es requerida al solo fin de que el deudor conozca la subrogación en los derechos y acciones que le correspondían a Citibank a favor de Nexo S.A.E.C.A., y con ello efectúe correctamente la solutio, pero en modo alguno puede tener el efecto de anular el acto de cesión mismo.

Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial. Segunda Sala. 16/06/11.- “Nexo SAECA c/ Pedro Daniel Candia Osorio s/ Prep. de Acción Ejecutiva” (Ac y Sent. N° 71).

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, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, BUONGERMINI PALUMBO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: Expresamente se desiste del recurso de nulidad y en este sentido, al no advertirse vicio que obligue a la declaración de oficio, corresponde tenerlo por desistido.

ASU TURNO LAS MAGISTRADAS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO GERARDO BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICIENDO. Por la S.D. N° 1254 del 14 de octubre de 2008 (fs. 51/53 vlta.) se rechazó redargución de falsedad de testigos e impugnación de cesión de crédito. También rechazó excepción de inhabilidad y consecuentemente ordenó llevar adelante la ejecución por la suma de Gs. 9.930.107, más intereses, costos y costas. Por ampliatoria, S.D. N° 221 del 25 de marzo de 2009 (f. 57) se rechazó la redargución de falsedad respecto a certificación de la Actuaría de f. 11, como también de cesión de créditos entre DINNERS CLUB PARAGUAY S.A. y CITIBANK N.A. y CITIBANK N.A. y NEXO SAECA.

El recurrente califica de “supuesta relación contractual de tarjetas de crédito” pues el dinero reclamado en todo caso deviene de la firma Dinners Club Paraguay y no Dinners Club Paraguay S.A. porque “...*El hecho que mi parte ha comparecido a la audiencia de reconocimiento de firma obrante en la solicitud de ingreso como socio de Dinners Club Internacional pero negando la deuda, no l da a dicho documento su carácter de título ejecutivo ni mucho menos priva los mismos de deducir en la estación procesal oportuna las excepciones legítimas correspondientes. Desde el momento que se desconoce por inexistente un supuesto contrato o solicitud de ingreso suscrito con el City Bank que ha sido negado jamás puede constituir dicho documento un título ejecutivo hábil para fundar una ejecución, como tampoco constituyen el resumen de cuenta que no tienen ni poseen firma alguna y que fue creado e inventado en forma unilateral por la parte actora sin intervención de los demandados... ya que jamás se me ha noti-*

ficado de tal o tales resúmenes... No existe una sola notificación o comunicación en autos...” (sic).

Respecto a la falta de titularidad de la actora, el accionado y esposa han celebrado acuerdo con Diners Club Paraguay según documento de f. 6, en cuyas condiciones, los cupones, resúmenes y vencimientos producen sus efectos por el solo transcurso del tiempo y por tanto se puede reclamar judicialmente le pago. En tales condiciones no objetadas oportunamente han quedado convalidados. En cuanto a la transferencia del crédito, data del 8 de abril de 2003 (f. 7).

El art. 524 del Código Civil establece que “*el acreedor puede transferir a título oneroso o gratuito su crédito, aun sin el consentimiento del deudor; siempre que el crédito no tenga carácter estrictamente personal o que su transferencia no esté prohibida por la Ley*”. Pero aún así, a f. 8 obra fotocopia debidamente certificada del telegrama N° 04341 por el que, en fecha 16 de junio de 2003 se le notificó la cesión y al mismo tiempo se le intimó pago de deuda a los codemandados Pedro Candia y Anselmita Heyn.

Para terminar, el contrato para uso de tarjeta tiene expresamente prevista como hábil la vía ejecutiva para reclamar pago, razón por la que en virtud del art. 715 del Código Civil, nada puede objetarse porque, tal convención, al referirse a derechos patrimoniales de orden privado es perfectamente válida.

Por los mismos argumentos y la falta de argumentación suficiente, la cual ha sido rebatida ajustadamente en derecho por el A quo, también tiene que ser confirmada.

En conclusión, los argumentos del memorial no pueden enervar la decisión del A quo por notoria improcedencia, razón entonces por la que se impone su confirmatoria con costas a cargo del recurrente. Así también voto.

A SU TURNO LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifiesta que adhiere al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A SU TURNO LA MAGISTRADA M. MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO DIJO: APELACIÓN: Se trata aquí de determinar la procedencia de la inhabilidad de título presentado a ejecución, el cual surge de una relación contractual de tarjeta de crédito.

Primeramente debemos decir que la inhabilidad de título no exige para su procedencia que se niegue también y necesariamente la deuda. Sin embargo desconocer ésta, el deudor puede oponerse a la vía escogida para el actor para el cobro. Si la deuda no trae aparejada ejecución, aunque exista y sea exigible,

no podrá pretenderse su cobro compulsivo por la vía ejecutiva, tendrá que tramitarse por la vía ordinaria. De modo que corresponde pasar al examen del título para establecer su ejecutabilidad.

Ya hemos analizado, en oportunidades anteriores, la procedencia de la ejecutabilidad de deudas surgidas de relaciones contractuales de tarjeta de crédito.

En cuanto a ello, en primer término hemos de señalar que la ejecutabilidad de un título proviene de la ley y no de la voluntad de las partes. Las partes no pueden, con su sola voluntad, crear títulos ejecutivos fuera de los admitidos legalmente. Cualquier disposición contractual inserta a tal efecto es ineficaz para la consecución de esa finalidad; por consiguiente, la alegación de la actora de que entre las cláusulas del contrato de tarjeta de crédito, se estipula la vía ejecutiva, no tiene aplicabilidad.

Nuestro sistema normativo no prevé la ejecutabilidad especial de las deudas provenientes de tarjetas de crédito, por lo tanto ha de estarse a las reglas generales consagradas en los arts. 443 y 448 del Cód. Proc. Civ. El negocio jurídico aquí en estudio ha sido vinculado por analogía al contrato de cuenta corriente mercantil. Este instituto ha sido delineado normativamente en el art. 1393 del Cód. Civ., que lo conceptualiza estableciendo sus elementos y caracteres esenciales como: “Por el contrato de cuenta corriente dos corresponsables se obligan a anotar en una cuenta los créditos derivados de recíprocas remesas, considerándose inejecutables e indisponibles hasta el cierre de la cuenta. El saldo de la cuenta es exigible al vencimiento establecido. Si no se exige el pago, el saldo se considerará como primera remesa de una cuenta nueva y el contrato se entiende renovado por tiempo indeterminado”. Analizada esta definición, vemos que en la cuenta corriente dos sujetos contratantes se hacen remesas recíprocas de bienes.

La mecánica del contrato de tarjeta de crédito tal como es uso y costumbre nacional e internacional, consiste en una relación jurídica que involucra un sistema financiero complejo, donde una entidad usualmente no bancaria funge de administradora, contratando las adhesiones de los comercios donde el usuario estará habilitado a utilizar el crédito y paga por las compras efectuadas por éstos, sin tener relación directa con los mismos ni asumir el riesgo de la financiación crediticia. De corriente la emisora es una entidad financiera que emite la tarjeta y sí asume el riesgo del crédito otorgado al usuario. A veces ambas

—emisora y administradora— se confunden. La emisora puede ser un banco u otra entidad financiera, inclusive las cooperativas. En este sistema también intervienen otros dos sujetos: el usuario y los comercios adheridos; el primero es quien —contrato mediante con la emisora— está legítimamente habilitado para usar la tarjeta dentro de un límite de crédito acordado, por medio de negocios anexos que pueden consistir en compraventa o pagos de servicios. El usuario asume la obligación de pagar, en cierto plazo, el crédito que ha utilizado dentro del límite máximo puesto a su disposición. Los comercios o empresas adheridas se vinculan a este sistema mediante un contrato con la administradora, obligándose a atender de entre sus ofertas los negocios demandados por los usuarios, y cobrando una comisión que no altera el precio de contado.

En este sistema financiero complejo se involucran un sinnúmero de relaciones contractuales, entre las cuales se encuentra la del emisor y la del usuario. Entre estos existe una relación de crédito con un límite definido por las partes, el usuario se compromete a abonar cada cierto período de tiempo —un mes, generalmente— el consumo que ha hecho de su límite de crédito, en montos y cuotas previamente convenidas. Como vemos el contrato de tarjeta de crédito constituye una operación financiera compleja, que por ende configura un contrato autónomo, no asimilable a la cuenta corriente mercantil, ni a la cuenta corriente bancaria. En efecto, en esta última uno de los sujetos es siempre un banco, y no existen en rigor remesas recíprocas, sino depósitos y extracciones giradas sobre sumas que el propio cuentacorrentista ha depositado o que se le acreditan por el banco en una relación de apertura de crédito.

Empero, si bien el estado de cuenta es un elemento central en el contrato de tarjeta de crédito y el instrumento base de la reclamación de pago, en caso de incumplimiento por parte del usuario, no menos cierto es que tal instrumento solo tendrá fuerza ejecutiva si la ley le da ese carácter. Es sabido que el art. 92 de la Ley 861/96 establece que las cuentas corrientes bancarias cerradas de conformidad con el Cód. Civ. son títulos ejecutivos y que para la cuenta corriente mercantil el mismo código establece un proceso de cierre y aprobación que puede ejecutarse por virtud de lo dispuesto en los arts. 1401 al 1403 del Cód. Proc. Civ.

Pero no menos cierto es que la tarjeta de crédito es un contrato autónomo y nominado, que, a pesar de ciertas analogías, excede el marco de una cuenta corriente mercantil, como ya vimos. Y a los efectos de la aplicación del art. 448

inc. e) del Cód. Proc. Civ. citado se requerirá la aprobación judicial o extrajudicial de la cuenta remitida por el emisor al usuario. Esta aprobación no puede regirse por los arts. 1401 al 1403 del Cód. Civ., principalmente porque en estos se da al silencio un valor de aceptación. Y es sabido que este tipo de normas son de aplicación restrictiva, no pueden ser extendidas a otros contratos o relaciones jurídicas, máxime si los puntos de similitud o coincidencia entre ambos institutos no son concluyentes. Es por ello que en otras legislaciones –como en Argentina– se han dictado normas expresas que regulan esa ejecutabilidad de los saldos de cuenta en tarjetas de crédito, a fin de establecer un marco normativo cierto para las partes, lo cual no se ha dado aún en nuestro país.

Por lo demás, cabe recordar que la mayoría de las entidades emisoras que son bancos, para evitar los inconvenientes de la laguna legislativa y de las dificultades de ejecutabilidad de crédito, vinculan el contrato de tarjeta de crédito a un contrato de cuenta corriente bancaria y se reservan la facultad de debitar en ella los saldos provenientes del uso de la tarjeta de crédito.

Ahora bien, en el contrato de tarjeta de crédito, como todo contrato privado, puede ser preparada la vía ejecutiva, si se cumplen los presupuestos del art. 443 del Cód. Proc. Civ. Siendo un instrumento privado las firmas deben ser primeramente reconocidas, lo cual se ha producido en autos de modo ficto respecto de la demandada Anselmita Heyn Wood de Candia, y de modo expreso respecto del demandado Pedro Daniel Candia Osorio, según surge del Auto Interlocutorio N° 1091 de fecha 15 de junio de 2005, glosado a fs. 18, pero el reconocimiento de la autenticidad de las firmas –y con ellas, del contenido del documento– no basta por sí solo para dotar de ejecutabilidad a un contrato. Además se debe transitar por la fase preparatoria prevista en el inc. e) del art. 443 del Cód. Proc. Civ. En efecto, tal inciso permite la ejecución de contratos bilaterales, siempre que se cite a la otra parte a reconocer que se le han cumplido –por parte de la ejecutante– las prestaciones contractuales pactadas en su favor. Es decir, que no existan pendientes prestaciones a cargo de la actora, que estén incumplidas o insatisfechas, y que por lo tanto no se halle vulnerado el sinalagma que genera toda relación contractual. Por esta vía sí sería admisible la ejecutabilidad del contrato de tarjeta de crédito. En el presente caso, se dan dos situaciones distintas frente a los dos ejecutados: por una parte el demandado Pedro Daniel Candia Osorio, a quien se le citó a reconocer “...si la parte actora ha cumplido o no con las obligaciones pactadas a su favor en el contrato presen-

tado en autos...” (fs. 15), se presentó en fecha 11 de marzo de 2005 a manifestar que no reconoce la deuda que le reclama la actora. Con ello queda cerrado para este sujeto procesal la vía ejecutiva. En cuanto a la codemandada Anselmita Hey Wood de Candia también fue citada a reconocer su firma y las prestaciones cumplidas a su favor. Al no presentarse a la citación se produce a su respecto el reconocimiento ficto de ambos requisitos.

Se concluye pues que no existiendo una ley que dé fuerza ejecutiva al extracto de cuenta de tarjeta de crédito, ni existiendo un reconocimiento judicial o extrajudicial de la cuenta, conforme con lo dispuesto en el art. 448 inc. e) y 443 inc. e) del Cód. Proc. Civil, el título presentado en esta ejecución resulta inhábil respecto del Sr. Pddro Daniel Candia Osorio. Por ende, no puede tenerse por cierta la relación sustancial –de crédito o financiación– ni las prestaciones hechas a su favor relativas a esa relación, en este caso, de una tarjeta de crédito, sin perjuicio de que se pueda debatir la mentada relación contractual en un juicio ordinario. Respecto de la codemandada, Anselmita Heyn Wood de Candia, la excepción no resulta procedente, por haber operado el reconocimiento ficto, de todas las circunstancias sobre las cuales fue citada.

Así pues, la sentencia debe ser modificada en el sentido de llevar adelante la ejecución promovida por Nexo SAECA, contra la Sra. Anselmita Heyn Wood de Candia y rechazarla respecto del Sr. Pedro Daniel Candia Osorio, a quien asiste razón en la excepción de inhabilidad opuesta por él.

En cuanto a la resolución N° 221 de fecha 25 de marzo de 2009, también apelada, que versa sobre el rechazo de la impugnación de las cesiones de créditos materializadas entre Diners Club Paraguay SA y el Citibank NA y el Citibank NA y Nexo SAECA es menester decir que resulta irrelevante trataren esta sede dicho asunto respecto de quien lo ha objetado, Sr. Pedro Daniel Candia, puesto que se ha concluido que corresponde declarar la inhabilidad del título traído a ejecución y con ella el rechazo de llevar adelante el juicio ejecutivo. Carece pues, ya de interés esta cuestión, si atendemos al sentido del antedicho juzgamiento.

Igualmente, –y meramente *óbiter*– podemos decir en primer lugar, que la notificación o comunicación exigida por el art. 528 del Cód. Civ. se ha practicado en estos autos, según cédula de notificación expedida por el Juzgado y obrante a fs. 33 de autos y por otro lado, que la falta de notificación tampoco hubiera afectado a la cesión como tal puesto que dicha exigencia es requerida al solo fin de que el deudor conozca la subrogación en los derechos y acciones que le corres-

pondían a Citibank a favor de Nexo SAECA, y con ello efectúe correctamente la *solutio*, pero en modo alguno puede tener el efecto de anular el acto de cesión mismo. Empero, como lo dijéramos, respecto del codemandado mencionado más arriba resulta fútil el análisis de esta cuestión.

En relación con la redargución de falsedad interpuesta también por el Sr. Pedro Daniel Candia no cabe sino desestimar los agravios expresados en esta sede ya que sus alegaciones no han estado acompañadas con pruebas pertinentes que logren demostrar los extremos denunciados por el impugnante. Recordemos que la mera argución de falsedad de actos judiciales no basta para invalidarlos. La necesidad de contar con pruebas es más que significativa tratándose de actuaciones que emanan de un oficial público y como tal hacen plena fe.

En consecuencia, en base a los argumentos expuestos corresponde confirmar la aclaratoria recurrida.

En cuanto a las costas, habiendo litisconsorcio voluntario, se debe distinguir la situación de cada codemandado. Respecto de la resolución N° 1254 de fecha 14 de octubre de 2008, por un lado, corresponde su imposición a la Sra. Anselmita Heyn Wood de Candia, perdidosa por el hecho de resultar hábil el título respecto de su calidad de codemandada; y respecto de los recursos interpuestos por el Sr. Pedro Daniel Candia contra la S.D. N° 221 de fecha 25 de marzo de 2009, se debe atender a que se ha revocado lo referente a la inhabilidad del título traído a ejecución y se ha confirmado lo que al rechazo de la redargución de falsedad se refiere. Es menester pues, tener en cuenta el resultado final del juicio en su totalidad para el Sr. Pedro Daniel Candia, quien salió ganancioso; las costas deben ser impuestas en relación con él a la actora, quien resultare perdidos en el resultado final de estos autos, es decir, en la pretensión ejecutiva contra éste.

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 al recurrente de su recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 1.254 de fecha 14 de octubre de 2008 como también su confirmatoria, S.D. N° 221 del 25 de marzo de 2009.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini Palumbo, Gerardo Báez Maiola,
María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: María Teresa Cañete.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 78

Cuestión debatida: *En autos se trata de un juicio ejecutivo promovido a partir de un certificado de obligación tributaria, expedido por la Municipalidad de Benjamín Aceval, indicando como sujeto obligado y deudor a la empresa La Chaqueña S.A.T.C., en base a la disposición del Art. 67 y concordantes de la Ley 620/76, Impuesto al Transporte Público de Pasajeros.*

LEY. Aplicación de la ley.

El Art. 7° del Código Civil señala, cuando se trata de dos leyes especiales que legislen sobre la misma materia, la nueva ley deroga a la anterior explícitamente cuando se refiere a ella e implícitamente, cuando por tratarse de la misma materia, dispone la derogación de las leyes anteriores que se opongan al contenido de la nueva ley.

MUNICIPALIDAD. Cobro de deudas municipales por vía judicial. TRIBUTOS. Orden de prelación de las normas tributarias.

Del estudio comparativo entre las leyes en disputa, la 620/76, art. 67, y la Ley 1.590/2000, Art. 21 inc. j), surgen que ambas normativas se refieren al mismo hecho imponible, el tributo sobre los boletos de pasajeros de las empresas de transporte terrestre. Siendo así, la nueva norma deroga a la anterior, y por ende, el sujeto activo de este tributo, es decir la persona o ente jurídico público, con derecho a percibir este tributo, ya no son las Municipalidades, sino la Dinatran, por ende el reclamo de la Municipalidad de Benjamín Aceval, que comprende los tributos del año 2004 en adelante, no es procedente, porque no es la Municipalidad la encargada de cobrar dicho tributo, sino la Dinatran, careciendo entonces la Municipalidad de Benjamín Aceval, de facultad de ser parte del juicio.

T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 05/07/11.- “Municipalidad de Benjamín Aceval c/ La Chaqueña SAIC s/ Ejecución de Resoluciones Judiciales”. (Ac y Sent. N° 78).-

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo: ¿está ajustada a derecho?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los Señores en el siguiente orden: PAREDES BORDÓN, BÁEZ MAIOLA, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

ALA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. PAREDES BORDÓN dijo: El recurrente desiste expresamente de este recurso. Realizado el análisis de la sentencia en alzada, S.D. N° 978 de fecha 22 de noviembre de 2010, se observa que la misma no ha considerado todos los puntos expuestos por el excepcionante en autos, no obstante ello y pudiendo rectificarse dicha situación por vía del recurso de apelación, voto por tener por desistido el recurso de nulidad.

A SUS TURNOS los Dres. BÁEZ MAIOLA y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. PAREDES BORDÓN prosiguió diciendo: Por la Sentencia en alzada. S.D. N° 978 de fecha 22 de noviembre de 2010, el A-quo resolvió: *“RECHAZAR CON COSTAS, la excepción de Falsedad e inhabilidad de título, opuesta por el demandado por improcedente, LLEVAR ADELANTE, la ejecución de sentencia promovida por la Municipalidad de Benjamín Aceval contra la empresa de Transporte LA CHAQUEÑA S.A.T.C. hasta que el acreedor se haga integro pago del capital reclamado, costos y costas del juicio”.*

Contra esta decisión se alza la parte demandada, que por medio de su representante convencional, expresa agravios en el escrito de fs. 98 en adelante, los cuales son contestados por el representante de la parte actora a fs. 110 de autos.

En autos se trata de un juicio ejecutivo promovido a partir de un certificado de obligación tributaria, fs. 10 de autos, expedido por la Municipalidad Benjamín Aceval, indicando como sujeto obligado y deudor a la empresa LA CHAQUEÑA S.A.T.C., en base a la disposición del Art. 67 y concordantes de la Ley 620/76, Impuesto al Transporte Público de Pasajeros.

En instancia previa, el deudor ha interpuesto las excepciones de ;edad e inhabilidad de título, fundado en que: a) no se han agotado las diligencias administrativas, por incumplimiento de la disposición del Art, 146 de la Ley 1.294/87, ya que no se han resuelto recursos interpuestos contra la liquidación en sede municipal, b) ilegitimidad del reclamo, fundado en que la norma invocada por

la actora, para formular el certificado de deuda, Art. 67 de la Ley 620/76, se halla derogada por la Ley 1590/2000, que crea la Dirección Nacional de Transporte, DINATRAN y que dentro de los recursos asignados a la misma, Art. 21 inc. j) se halla el importe de hasta tres por ciento del valor de la tarifa del pasaje, en concepto de impuesto al boleto.

Al contestar la excepción, la parte actora, dijo en primera instancia que, en cuanto a la instancia administrativa, el mismo representante de la empresa demandada, si bien presentó un recurso de reconsideración ante la Municipalidad de Benjamín Aceval, lo hizo sin acompañar el documento acreditante de su calidad de bogado o representante de la Chaqueña y habiendo sido intimado, a la presentación del instrumento, conforme al plazo del Art. 197 de la Ley 125/91, el mismo no presentó dicho instrumento, por lo que se tuvo por no presentado el escrito, y se formuló el certificado de deuda tributaria, que se ejecuta en autos. En cuanto a la ilegitimidad del reclamo, basado en la supuesta derogación del Art. 67 de la Ley 620/76, el representante de la parte actora, señala que la vía procesal adecuada es la acción de inconstitucionalidad del acto administrativo de determinación del tributo, no este juicio, que por ser ejecutivo, no se discute la causa de la obligación, como pretende la contraria.

Así trabada la litis, el A-quo, resolvió el rechazo de las excepciones, fundándose en que el certificado de deudas cumple con los requisitos formales de los Arts. 146 y 147 de la Ley 1294/87, es decir ha sido formulado con la previa declaración en mora del obligado al pago del tributo, que se le ha notificado y no ha existido oposición. Nada dijo el A-quo en su sentencia, respecto a la segunda defensa opuesta por el demandado, que él lo ha denominado ilegitimidad del reclamo, pero que por el principio iuria novit iuria, y sin modificar los hechos, se la puede considerar como una falta de acción activa, es decir, no tratarse la actora de la persona con facultad para exigir este tributo.

Con relación a la falta de agotamiento de la vía administrativa, compartimos la tesis de la actora, el representante de la demandada, en su oportunidad no ha completado la documentación necesaria para que la Municipalidad lo considere verdadero representante de la deudora, y habiendo sido intimado para hacerlo, sin cumplir dicha formalidad, la administración ha quedado facultada para emitir el certificado y proceder a su ejecución.

En cuanto a la ilegitimidad del reclamo, como decíamos, la misma constituye en otros términos en una falta de acción activa, la cual es una de las causas

en las cuales puede fundarse la excepción de inhabilidad de título, Art. 462 inc. d, aplicable al Art. 527 del CPC. Dicha excepción resulta procedente cuando el sujeto que pretende ser parte de la contienda como parte actora, no tiene el derecho a hacerlo, por no ser el sujeto o la persona a que la ley le confiere dicha facultad.

En el caso, el demandado, discute que la Municipalidad no es la persona jurídica, a quien la ley vigente le otorga la facultad de percibir el impuesto al boleto. Sostiene que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1590/2000, el sujeto activo de este tributo en particular, impuesto al boleto, paso a ser la DINATRAN, y dejó de serlo la MUNICIPALIDAD, ello por la derogación general, que se consagra en el Art. 46 de la Ley 1590/2000.

El Art. 7° del Código Civil, señala textualmente: *“Las leyes no pueden ser derogadas, en todo o parte, sino por otras leyes. Las disposiciones especiales no derogan a las generales, ni éstas a aquellas, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto, explícita o implícitamente...”*.

De la norma transcrita se infiere, lógicamente que cuando se trata de dos leyes especiales que legislen sobre la misma materia, la nueva ley deroga a la anterior explícitamente cuando se refiere a ella e implícitamente, cuando por tratarse de la misma materia, dispone la derogación de las leyes anteriores que se opongan al contenido de la nueva ley.

Del estudio comparativo entre las leyes en disputa, la 620/76, Art. 67, y la Ley 1.590/2000, Art. 21 inc. j, surge que ambas normativas se refieren al mismo hecho imponible, el tributo sobre los boletos de pasajeros de las empresas de transporte terrestre. Siendo así, la nueva norma deroga la anterior, y por ende, el sujeto activo de este tributo, es decir la persona o ente jurídico publico, con derecho a percibir este tributo, ya no son las Municipalidades, sino la DINATRAN, por ende el reclamo de la Municipalidad de Benjamín Aceval que comprende los tributos del año 2004 en adelante, no es procedente, porque no es la Municipalidad la encargada de cobrar dicho tributo, sino la DINATRAN, careciendo entonces la Municipalidad de Benjamín Aceval de facultad de ser parte del juicio.

En este punto, es necesario señalar, que la tesis del actor está equivocada, puesto que debió ser la Municipalidad, la que en todo caso accionara contra la nueva ley que le quitaba una fuente o recurso, para dársela a la entidad creada en la Ley 1590, LA DINATRAN.

JURISPRUDENCIA

Entiéndase bien, no se afirma que la empresa LA CHAQUEÑA, adeude o no los tributos reclamados sino que se esta señalando que el ente público con acción para reclamar este tributo, es la DINATRA y no la Municipalidad de Benjamín Aceval, por lo que no se estudia la causa de la obligación sino que se declara la falta de acción de la Municipalidad para reclamar este tributo.

La excepción de inhabilidad de título, debe pues prosperar, debiendo revocarse la sentencia en recurso, hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título, y rechazarse la ejecución.

Las costas a la perdedora. Es mi voto.

A SUS TURNOS los Dres. BÁEZ MAIOLA y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que se da por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

REVOCAR la S.D. N° 978 del 22 de noviembre de 2010 y, en consecuencia hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por el demandado y, rechazar la ejecución de sentencia promovida por la Municipalidad de Benjamín Aceval.

LAS COSTAS, a la perdedora.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón, María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 79

RECONOCIMIENTO DE FIRMA.

Pero resulta que, tratándose de las firmas de una de las partes y no de tercero, el reconocimiento de firma del absolvente realizada en la audiencia de absolución de posiciones es absolutamente correcto por cuanto se trata de un hecho personal del mismo ya que ni siquiera hubo impugnación ni prueba en contrario al respecto, como lo requiere el art. 307 CPC.

PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental.

El art. 307 del CPC distingue claramente las dos situaciones que pueden darse en relación a la presentación de documentos en juicio y el mecanismo de reconocimiento de firma en ambos casos: cuando se trata de documentos presentados en juicio por una de las partes, atribuidos a la otra se tienen por auténticos salvo impugnación y prueba en contrario; cuando se trate de, documentos de terceros que no son partes en el juicio deberán ser reconocidos mediante la forma de prueba testifical.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Para determinar el monto de la condena debemos manifestar que la fijación de indemnizaciones en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas, el juez no está sujeta a cánones objetivos para su determinación, quedando librada su cuantificación al prudente criterio de equidad del juez, quien cuenta para ello de una facultad discrecional, pero no arbitraria, para evaluar la gravedad de la lesión espiritual sufrida.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Entendido el daño moral como una lesión a derechos extrapatrimoniales de naturaleza objetiva que supone privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor primordial en la vida del ser humano tales como la paz, la integridad física, la libertad individual, el honor, la tranquilidad de espíritu, el ritmo normal de vida de la víctima, resulta fácil advertir la perturbación y mortificación en los sentimientos de la actora que debió producir el accionar del demandado. Su hermano, conclusión a la que se arriba con las siguientes probanzas.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

En cuanto a la cuantificación del daño moral, el resarcimiento por tal concepto tiene carácter resarcitorio y no punitorio. El quantum reparatorio no

cumple una función valorativa exacta sino de satisfacción ante el sufrimiento causado a la víctima. Posee pues un carácter ejemplarizador, inestimable en dinero por equivalencia.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Consecuentemente, siendo una cuestión de dignidad, sin entrar a considerar si la conducta del accionado ha provocado daño de carácter patrimonial o económico, al no ser esa la pretensión de la accionante sino el daño moral, cuya reparación no puede dimensionarse desde el punto de vista patrimonial o económico, su carácter no es por resarcimiento sino de compensación, dado que no hay otro medio o modo mejor de reconocimiento.

T. de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala. 06/07/11.- “Gloria Estrago Bieber c/ Esteban Estrago Bieber s/ Indemn. de Daños y Perj. por Resp. Extrac.” (Ac y Sent N° 79).

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: MARÍA SOL ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, GERARDO BAEZ MAIOLA, JUAN CARLOS PAREDES BORDON.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGADIJO: Se sostiene el recurso en que se la A quo se basó su resolución en supuestos reconocimientos efectuados por el recurrente en ocasión de absolver posiciones y que para establecer el monto de la condena no ha hecho valoración de los supuestos daños recibidos, no ha justificado los parámetros utilizados para estimar el monto de la condena por lo que esta resulta arbitraria y conlleva su nulidad por cuanto la resolución así dictada viola el principio de congruencia.

El supuesto reconocimiento al que alude el recurrente hace relación a un reconocimiento de firma realizado en ocasión de absolver posiciones el demandado quien considera que por tratarse de actos procesales diferentes debieron realizarse en forma independiente.

Pero resulta que tratándose de la firma de una de las partes y no de tercero, el reconocimiento de firma del absolvente realizada en la audiencia de absolu-

ción de posiciones es absolutamente correcto por cuanto se trata de un hecho personal del mismo ya que ni siquiera el art. 307 del CPC. Esta norma distingue claramente las dos situaciones que pueden darse en relación a la presentación de documentos en juicio y el mecanismo de reconocimiento de firma en ambos casos: cuando se trata de documentos presentados en juicio por una de las partes, atribuidos a la otra se tienen por auténticos salvo impugnación y prueba en contrario; cuando se trata de documentos de terceros que no son partes en el juicio deberán ser reconocidos mediante la forma de prueba testifical.

En cuanto, que la A-quo no ha justificado los parámetros utilizados para determinar el monto de la condena debemos manifestar que la fijación de indemnizaciones en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas, el juez no se halla sujeto a cánones objetivos para su determinación, quedando librada su cuantificación al prudente criterio de equidad del juez, quien cuenta para ello de una facultad discrecional, pero no arbitraria, para evaluar la gravedad de la lesión espiritual sufrida.

No se advierte pues violación alguna del principio de congruencia en el fallo dictado por la A quo por lo que el recurso de nulidad debe ser desestimado.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BÁEZ MAIOLA Y PAREDES BORDÓN manifiestan que adhieren al voto que antecede en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA PROSIGUIÓ DICIENDO: La sentencia apelada resolvió: “... *NO HACER LUGAR la excepción de prescripción opuesta como medio general de defensa por el demandado Esteban Estragó Bieber. TENER por confeso al accionado Sr. Esteban Estragó Bibier a tenor de las posiciones decimocuarta y decimoséptima, según lo expuesto en los considerandos precedentes. HACER LUGAR, la demanda de indemnización de daño moral promovida por la señora Gloria Estragó Bieber contra el señor Esteban Estragó Bieber, y en consecuencia, condenar al accionado a indemnizar a la actora, por importe de la suma de Guaraníes seiscientos cincuenta millones (Gs. 650.000.000), así como los intereses legales desde el primer día del año 2007, al 1.5% mensual, con el alcance mencionado en el exordio de esta resolución. IMPONER las costas a la parte demandada. ANOTAR...*”. Con relación al primer apartado que agravia al recurrente esto es, el rechazo de la excepción de prescripción, si bien la actora expresó en su demanda que el demandado comenzó su hostigamiento sistemático a partir del año 2002, infamándola injusta y dolosamente no solo de palabras sino también con agresión física, tiempo que el demandado tomó en consi-

deración para plantear prescripción de la acción, también señaló la actora que, aquel hostigamiento inicial continuó en el tiempo a través de escritos que el demandado remitió a diversas instituciones y personas con quienes ella estaba vinculada.

Y en ocasión de absolverse posiciones a fs. 146 preguntado el demandado en la decimocuarta posición: “Diga como es verdad que en el año 2006 ud. Envío copia del documento a fs. 5 al Colegio de Abogados de Encarnación, cuyo titular era entonces el Sr. Luis Eliézer Espinoza respondió: “No recuerdo ese dato, los demás sí”. Y este hecho quedó corroborado con la declaración testifical del Sr. Luis Eliézer Espinoza quien a fs. 149 dijo al responder a la tercera pregunta: “En el año 2006, a través de una encomienda en Secretaría de la Asociación en el Palacio de Justicia se recibió una encomienda dirigida a mi persona como presidente y una nota firmada por el Sr. Esteban Estragó, donde me pedía que haga público a todos los agremiados la nota que iba contra su hermana en la cual nombraba todos esos términos dichos en la pregunta”, haciendo alusión a la nota de fs. 5 que decía, que la actora padecía de locura, esquizofrenia, alteración mental, cambios de personalidad, ideas delirantes, disociación mental, etc.

La remisión de dicha nota en el año 2006 es pues un hecho que está acreditado y reconocido en autos debiendo computarse el plazo de prescripción a partir de ese momento. Habiéndose planteado la demanda en diciembre de 2007 no había transcurrido el plazo de dos años que establece el art. 663, inc. f para la prescripción de la presente acción.

La decisión de la A-quo de rechazar la excepción de prescripción se encuentra pues ajustada a derecho por lo que corresponde confirmarla.

El tercer apartado que agravia al demandado hizo lugar a la demanda de indemnización de daño moral, condenándolo a abonar a la actura la suma de Gs. 650.000.000, más los intereses a partir de la promoción de la demanda.

Sostiene que no existe explicación lógica ni jurídica para la procedencia de la acción pues no se ha probado el hecho que pueda dar pie a esta indemnización, no ha existido certeza sobre los hechos articulados sino mera suposiciones que ha dado lugar a una confiscación de su patrimonio, no se ha determinado su culpabilidad ni el supuesto daño o afectación de la demandante.

Del examen de autos surge, no obstante, todo lo contrario. Al admitir el demandado en ocasión de absolver posiciones (fs. 146) que la firma obrante al pie del documento de fs. 5 es suya y que él remitió copia de dicho documento a diversas instituciones que le fueron mencionadas tales como Facultad de Dere-

cho de la Universidad de Itapúa, Palacio de Justicia de Encarnación, Corte Suprema de Justicia, Cancillería Nacional, Embajada de España, Justicia Electoral, parientes de la familia Estragó, Colegio de Abogados de Encarnación, ha quedado plenamente demostrada la existencia del hecho antijurídico así como la culpabilidad del demandado al declarar su autoría, y por consiguiente la relación de causalidad con el daño producido a la actora cuya reparación se pretende con la demanda, dado que no cualquier sufrimiento puede admitirse como daño moral ya que debe mediar una conexión directa con el supuesto obrar antijurídico.

Entendido el daño moral como una lesión a derechos extrapatrimoniales de naturaleza subjetiva que supone privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor primordial en la vida del ser humano tales como la paz, la integridad física, la libertad individual, el honor, la tranquilidad del espíritu, el ritmo normal de la víctima, resulta fácil advertir la perturbación y mortificación en los sentimientos de la actora que debió producir el accionar del demandado, su hermano, conclusión a la que se arriba con las siguientes probanzas.

El testigo Jorge Olegario Urusoff Rodríguez que declaró a fs. 151 relató que las acusaciones vertidas contra la actora produjeron prácticamente un escándalo en la ciudad de Encarnación y que en diversas instituciones como la UNI, UCA, la masonería, ANR, el Poder Judicial y sobre todo en la prensa se hablaba del documento de fs. 5 cuya autoría, como se tiene señalado, fue reconocida por el demandado, señalando además que dicho documento fue la excusa para trabar el nombramiento de la actora como docente de la UCA y la UNI.

Así mismo se acompañó como prueba las compulsas del expediente tramitado ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados caratulado: “Asociación Nacional Republicana (ANR) c/ Abog. Gloria Estragó Bieber, Miembro del Tribunal Electoral de Itapúa s/ enjuiciamiento”, que da cuenta del pedido de enjuiciamiento que se presentó contra la actora invocando como fundamento la remoción, entre otros, el art. 15 de la Ley 1084/97 (incapacidad física o mental sobreviniente que inhabilita al magistrado para el ejercicio del cargo), acompañándose a los efectos de la prueba copia de los mismos documentos (fs. 5/7). La acusación fue rechazada in limine por el jurado por A.I. n° 42 del 26 de junio de 2007 (fs. 213) de las referidas compulsas.

Por cuanto: “Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez debería apreciar las circunstancias del hecho y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva

y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el agravio moral debe ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más mínimo de la personalidad". Jorge Bustamante Alsina, *Equitativa valuación del daño no mensurable*, La ley 1990-A, 654.

En cuanto a su cuantificación, el resarcimiento por tal concepto tiene carácter resarcitorio y no punitivo. El quantum reparatorio no cumple una función valorativa exacta sino de satisfacción ante el sufrimiento causado a la víctima. Posee pues un carácter ejemplarizador, inestimable en dinero por equivalencia.

De alguna forma hay que compensar a aquel que ha experimentado un mal espiritual. El hecho que no pueda concederse una reparación exacta, no significa que pueda concederse ninguna, pero tampoco que pueda otorgarse cualquiera. Cada situación es diferente.

Mosset Iturraspe ha elaborado diez pautas para determinar un justo resarcimiento del daño moral: 1) No, a la indemnización simbólica. 2) No, al enriquecimiento injusto. 3) No, a la tarifación con 'piso' o 'techo'. 4) No, a un porcentaje del daño patrimonial. 5) No, a la determinación sobre la base de la mera prudencia. 6) Sí, a la diferenciación según la gravedad del daño. 7) Sí, a la atención de las peculiaridades del caso. 8) Sí, a la armonización de las reparaciones en casos semejantes. 9) Sí, a los planes compensatorios. 10) Sí, a sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general 'standard' de vida. Diez reglas para la cuantificación del daño moral. Mosset Iturraspe.

A la luz de estos prudentes parámetros consideramos que la suma de Gs. 650.000.000 fijada por el Juzgado en concepto de condena por daño moral resulta muy elevada y debe ser modificada reduciéndola a Gs. 450.000.000 (guaraníes cuatrocientos cincuenta millones) teniendo en consideración que la reparación es más una pena que un estricto resarcimiento y que dicha reparación no cumple una función valorativa exacta sino que busca dar satisfacción al padecimiento crónico y espiritual ocasionado por un determinado acontecimiento. Voto pues por la confirmación de la sentencia con la modificación del monto fijado para la indemnización, con costas a la perdedora.

A SU TURNO EN PARCIAL DISIDENCIA EL MAGISTRADO GERARDO BÁEZ MAIOLA DIJO: Puntualizo expresamente mi total adhesión al voto

de la honorable Preopinante, tanto por sus motivos como por sus sólidos fundamentos, razón entonces por la que no tengo nada que agregar en complementación a la decisión de condenar al pago en concepto de daño moral.

Disiento sí, en cuanto a la modificación del monto que propone la honorable Preopinante por los siguientes argumentos:

Por el art. 235 CPC, el accionado, en su contestación tiene la obligación de pronunciarse con la misma claridad y precisión que le es exigida al demandante por el art. 215 del citado cuerpo legal.

En tal sentido, en la contestación de la demanda, f. 123 vta. El accionado se limitado a expresar “...*Niego categóricamente todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad y el valor probatorio de los documentos acompañados que se atribuyen a mi mandante...*” (sic), lo cual hace que en alzada no se puede pretender justificar y menos agregar circunstancias no alegadas oportunamente como, entre otras, está el monto que en carácter de indemnización ha pedido la accionante.

El fallo de la instancia previa ha fijado como monto la suma de Gs. 650.000.000, suma aceptada por la accionante y que, por la omisión señalada anteriormente no puede ser modificada de oficio en alzada, teniendo presente la circunstancias señalada y principalmente porque, tratándose de un juicio civil, los derechos, al ser de orden privado solamente pueden ser discutidos exclusivamente por las partes.

En resumidas cuentas, si la parte en su momento siquiera cuestionó el monto reclamado de Gs. 1.000.000.000, resulta improcedente que lo haga la alzada de oficio no solamente por lo ya señalado sino también por la limitación que se impone al tribunal por vía del art. 420 CPC.

Tal vez podría hacerlo si se tratara de una suma que por exorbitante impusiera lógica moderación, cuestión ajena a lo que decidió el A quo (guaraníes 650.000.000) por cuanto lo que básicamente está en juego es la afectación al derecho esencial de la dignidad, que por los hechos denunciados ha encontrado reconocimiento a la producción de daño moral.

En efecto, el daño moral de la accionante es, sin duda, la expresión del dolor humano, que al decir de Jorge Mosset Iturraspe, Rubizal y Culzoni en “Estudios sobre responsabilidad por daños” SCC Santa Fé, Rep. Argentina, 1980 “...*es algo apreciable y que debe considerarse al margen de las razones religiosas o espirituales que subyacen en toda idea de fortalecimiento y grandeza*”

del alma como preparación moral o hacia el más allá. La tarea del juez es realizar la justicia humana y con ello no hay enriquecimiento sin causa ni se pone en juego algún tipo de comercialización de los sentimientos como se ha pretendido. No hay lucro con esta reparación aprovechándose de ese dolor pues el concepto lucro viene de sacar ganancias o provecho y, en este caso se trata de obtener compensaciones ante un daño consumado; es un beneficio contrapuesto al daño, es el único posible para que se procure una igualación en los efectos. El dinero es un medio de obtener el equilibrio frente al desequilibrio producido por el ataque a los bienes inmateriales o extrapatrimoniales... La indemnización pues, no es ni puede ser lucrativo sino resarcitoria, a menos que se pretenda negar la posibilidad de daños extrapatrimoniales lo que ni siquiera suponen los autores que siguen la teoría de la pena ejemplar... El dinero aquí no cumple una función valorativa exacta sino una satisfacción frente al sufrimiento. Es pues un medio compensatorio, no un equivalente... pues ya no es posible reparar en especie. Dar medios de satisfacción frente al dolor no es lo mismo que tasarlo monetariamente. Decía Ihering, que el dinero puede cumplir esa función de satisfacción, la cual no es igual que la equivalencia..." (sic).

Consecuentemente, siendo una cuestión de dignidad, sin entrar a considerar si la conducta del accionado ha provocado daño de carácter patrimonial o económico, al no ser ésa la pretensión de la accionante sino el daño moral, cuya reparación no puede dimensionarse desde el punto de vista patrimonial o económico, como ya sostuve en fallos similares, su carácter no es por resarcimiento sino de compensación, dado que no hay otro medio o modo mejor de reconocimiento.

De acuerdo a lo expuesto, sostengo que la confirmación del fallo apelado tiene que incluir el monto que impone la condena del A quo. Así también voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN manifiesta que adhiere al voto que antecede por los 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, con costas, la S.D. N° 369 del 21 de mayo de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Cuarto Turno.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, María Sol Zuccolillo Garay de Vouga y Juan Carlos Paredes.

Ante mí: Abog. María Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 80

Cuestión debatida: *La demanda presente tiene por objeto el cobro de un tributo municipal, cuyo reclamo tiene que ser por la tramitación sumaria de ejecución de sentencia, tal como lo explica el honorable preopinante.*

MUNICIPALIDAD. SENTENCIA. Ejecución de sentencia.

Si bien se promueve demanda bajo el rotulo de ejecución de sentencia, en puridad no se trata de tal, puesto que no existe sentencia judicial que se ejecute, lo que la Ley 1294 establecía en sus Arts. 146 y 147 citados por la actora, constituye simplemente a la remisión al procedimiento de ejecución de sentencia, pero ello no implica que el juicio en si sea de esa naturaleza. En puridad se trata de un proceso de ejecución de una decisión administrativa.

TRIBUTO. Sujeto activo de la obligación tributaria. MUNICIPALIDAD. PATENTE MUNICIPAL.

No se cuestiona que la Municipalidad no pueda cobrar el impuesto a la patente comercial, industrial o profesional ni tampoco el monto del certificado, lo que se arguye, es que la actividad propia de la demandada, la ganadería, no está gravada por el tributo, luego no es sujeto obligado a este impuesto; luego la Municipalidad no tiene facultad para ser parte del juicio como sujeto activo, es decir carece de acción para integrar la litis.

TRIBUTO. Sujeto pasivo de la obligación tributaria. MUNICIPALIDAD.

Como el tributo que se pretende cobrar, grava la industria, el comercio o el ejercicio de una profesión, pero no la actividad productora como la que sostiene la demandada ser su actividad, por ende, la misma no es sujeto pasivo en la relación tributaria que se pretende ejecutar.

TRIBUTO. Sujeto pasivo de la obligación tributaria. MUNICIPALIDAD.

Como título ejecutivo presenta un certificado de deuda, instrumento que, si bien tiene fuerza ejecutiva cuando la ley la otorga, no obstante no tiene dicha fuerza en sí mismo, porque su origen se basa en uno anterior, en el caso, la existencia de un tributo y un sujeto incidido por él. De acuerdo a ello, a la presentación del certificado de deuda debió acompañarse la certificación de que sociedad demandada es sujeto tributario, esto es, que está inscripto como contribuyente.

T. de Apel. en lo Civ. y Com. Segunda Sala. 08/07/11.- “Municipalidad de Benjamín Aceval c/ Viradolce S.A. s/ Ejecución de Resoluciones Judiciales” (Ac y Sent N° 80).

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, BÁEZ MAIOLA, NERI E. VILLALBA F.

A LA PRIMERA CUESTIÓN el magistrado PAREDES BORDÓN DIJO: (la nulidad) el recurrente no fundamentó este recurso de manera discriminada al de apelación y no advirtiendo vicio ni violación de forma y solemnidad que de acuerdo al Art. 404 del CPC autorizaría la declaración oficiosa de nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A SUS TURNOS los magistrados Dres. BÁEZ MAIOLA Y NERI VILLALBA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el magistrado PAREDES BORDÓN prosiguió diciendo: (LA APELACIÓN) por la Sentencia apelada, S.D. N° 929 de fecha 14 de diciembre de 2010, el A-quo resolvió RECHAZAR con costas la excepción de falsedad e inhabilidad de título opuesta por la firma VIRADOLCE S.A. y en consecuencia, LLEVAR ADELANTE, la ejecución promovida por la MUNICIPALIDAD DE BENJAMÍN ACEVAL, contra VIRADOLCE S.S. hasta que cobre íntegramente la suma reclamada, que asciende a GUARANÍES NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIEN-TOS SESENTA Y SEIS (Gs. 92.464.566), más accesorios legales.

Contra lo así resuelto, la parte demandada VIRADOLCE S.A., por medio de su representante convencional, expone sus agravios a fs. 75 y sgtes., de autos,

los cuales se sintetizan en que su parte no se encuentra en la posición de sujeto obligado al tributo que pretende cobrar la municipalidad, puesto que la actividad a la que se dedica, producción agropecuaria, *110* es aplicable la exigencia o tributo de patente comercial y que el A-quo no ha hecho del principio de *iuria novit curia*, sino que por el contrario, se ha limitado a expresar la prohibición de la investigación de la causa en los juicios de esta naturaleza, ejecución de sentencia, para desestimar la excepción.

El representante de la parte actora, Municipalidad de Benjamín Aceval, no contestó el traslado que se le corriera de los agravios expuestos por el apelante, razón por la cual, el Tribunal le dio por decaído el derecho dejado de usar, por medio del A.I. N° 340 de fecha 31 de mayo de 2011.

De la revisión de autos, surge que la actora, Municipalidad de Benjamín Aceval, promueve juicio de ejecución de sentencia en base al CERTIFICADO DE OBLIGACIÓN TRIBUTARIA cuya copia obra a fs. *10* y *11* de autos, donde se consigna que la obligación tributaria surge de la falta de pago del Impuesto a la Patente Comercial, establecido en el Art. 2 y sgtes. De la Ley 620/76.

Citada a oponer excepciones, la firma demandada interpone como defensa las excepciones de falsedad e inhabilidad de título, fs. 49 de autos, excepciones autorizadas a oponerse en este tipo de juicio por el Art. 526 del CPC, argumentando que las normas invocadas por la ejecutante se refieren a la patente por actividades comerciales, industriales y profesionales, en tanto que la demandada desarrolla una actividad de producción, ganadería, que no es actividad comercial industrial ni profesional, según lo define la Ley 1034/83. Señala que en materia de cobro de impuesto rige el principio de legalidad consagrado en el Art. 179 de la Constitución Nacional y al no estar gravada por el tributo de patente comercial, la actividad ganadera no corresponde la ejecución.

La parte actora, al contestar la excepción la parte actora, señala que la demandada no objeto en sede administrativa el contenido de la liquidación ni interpuso recurso administrativo alguno contra la determinación tributaria, la cual se encuentra firme y por ende no puede ser cuestionada por los argumentos expuestos por el excepcionante y que en todo caso, debió recurrir a lo contencioso administrativo, sosteniendo que la demandada pretende introducir la discusión sobre la causa de la obligación, lo cual esta vedado en este tipo de juicio, Art. 465 del CPC.

El A-quo, en la sentencia objeto de estudio, recogió la tesis de la actora,

señalando que lo estrecho del margen probatorio de este tipo de juicio, impide el estudio de la causa de la obligación por lo que rechazo la excepción planteada.

Así planteada la cuestión, debemos referirnos en primer término a lo alegado por todas las partes y el A-quo, el tipo o la naturaleza de la presente acción. Si bien se promueve demanda bajo el rótulo de ejecución de sentencia, en puridad no se trata de tal, puesto que no existe sentencia judicial que se ejecute, lo que la Ley 1294 establecía en sus Arts. 146 y 147 citados por la actora, constituye simplemente la remisión al procedimiento de ejecución de sentencia, pero ello no implica que el juicio en si sea de esa naturaleza. En puridad se trata de un proceso de ejecución de una decisión administrativa.

Por otro lado, al autorizar el Art 526 del CPC, la interposición de las Excepciones de falsedad e inhabilidad de título, se tiene que para comprender el alcance de estas excepciones, debemos remitimos al Art. 462 inc. d, del mismo CPC, el cual señala que la falsedad sólo podrá fundarse en la adulteración material del título y la inhabilidad, en la falta de acción, pasiva o activa, o en no ser el título presentado de aquellos que traigan aparejada ejecución.

Dado los términos en que se planteó la excepción, se tiene que se ha interpuesto la inhabilidad en base a la falta de acción pasiva, es decir, en la ausencia de la calidad de sujeto obligado de la demandada.

No se cuestiona que la Municipalidad no pueda cobrar el impuesto a la patente comercial, industrial o profesional ni tampoco el monto del certificado, lo que se arguye, es que la actividad propia de la demandada, la ganadería, no esta gravada por el tributo, luego no es sujeto obligado a este impuesto; luego la Municipalidad no tiene la facultad para ser parte del juicio como sujeto activo, es decir carece de acción para integrar la litis.

Sin entrar a considerar la causa de la obligación, esto es la existencia del tributo, el proceso tiene sus condicionamientos básicos de validez y uno de los cuales es la correcta y adecuada integración de la litis, es decir, que el ejecutante pueda demandar y el ejecutado pueda ser demandado, en virtud del título presentado.

Como lo que se pretende en autos, es la ejecución de un tributo, el demandado debe ser sujeto obligado de ese tributo, la firma VIRADOLCE S.A. afirma no ser sujeto de la patente comercial, industrial o profesional, por no desarrollar ninguna de las actividades gravadas, esta afirmación fue refutada por la actora señalando que en la actividad de ganadera se efectúa, a más de la producción,

la compraventa de ganado, por lo que esta actividad cae dentro de las prescripciones de actividad comercial. Sin embargo, no acompañó prueba alguna que la demandada realice esta intermediación ganadera, para desmentir la afirmación que la actividad es la producción y no la intermediación ganadera. Esta interpretación de la actora, por otro lado, haría caer dentro de la esfera de comerciante, al agricultor por el hecho de vender su producción, es decir se estaría dando un alcance no previsto en la redacción del Art. 71 de la Ley del Comerciante.

Como el tributo que se pretende cobrar, grava la industria, el comercio o el ejercicio de una profesión, pero no la actividad productora como la que sostiene la demandada ser su actividad, por ende, la misma no es sujeto pasivo en la relación tributaria que se pretende ejecutar.

Sobre la base de lo expuesto, voto por revocar la sentencia, hacer lugar en consecuencia a la excepción de inhabilidad de título, por falta de acción pasiva, rechazar la presente ejecución, con costas a la parte actora, por aplicación de los Arts. 203 y 474 del CPC. Es mi voto.

A SU TURNO el magistrado BÁEZ MAIOLA DIJO: la demanda presente tiene por objeto el cobro de un tributo municipal, cuyo reclamo tiene que ser por la tramitación sumaria de ejecución de sentencia, tal como lo explicita el honorable preopinante.

Como título ejecutivo presenta un certificado de deuda, instrumento que, si bien tiene fuerza ejecutiva cuando la ley la otorga, no obstante no tiene dicha fuerza en sí mismo, porque su origen se basa en uno anterior, en el caso, la existencia de un tributo y un sujeto incidido por él.

De acuerdo a ello, a la presentación del certificado de deuda debió acompañarse la certificación de que VIRADOLCE S.A. es sujeto tributario, esto es, que está inscripto como contribuyente.

Como no a la Municipalidad demostrado tal calidad en la firma demandada, el certificado carece de fuerza ejecutiva contra la referida empresa y por tanto admisible la excepción de inhabilidad de título por no haber el nexo jurídico necesario para dejar establecida con fehaciencia las calidades respectivas de acreedor-deudor.

Respecto a las costas, corresponde imponerlas a la actora en ambas distancias. Así también voto.

A SU TURNO el magistrado NERI VILLALBA, manifiesta que adhiere 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.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

REVOCAR, la sentencia apelada y, en consecuencia hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título.

IMPONER LAS COSTAS a la parte actora.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Gerardo Báez Maiola, Neri E. Villalba F.

Ante mí: María Teresa Cañete, Actuaría.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 83

JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO.

El art. 462 del CPC, enumera cuales son las excepciones oponibles en el juicio ejecutivo, entre ellas cita la inhabilidad de título, señalando que la misma solo puede basarse en la falta de acción, pasiva o activa, o en no ser los documentos presentados de aquellos que traen aparejada ejecución, de los términos señalados en la sentencia y dado que no estudio la falta de acción, se tiene que hizo lugar a la excepción de inhabilidad fundada en que los documentos presentados no traen aparejada ejecución.

PAGO. Pago con subrogación.

La subrogación, que se halla legislada en los arts. 594 y sgtes. del CC, reconoce dos clases, la legal, es decir que opera de pleno derecho, a favor de las personas citadas en el Art. 594 del CC, y la convencional prevista para los casos enumerados en el Art. 595. En cualquiera de los casos sin embargo, es necesaria una declaración del acreedor original, señalando que se ha operado la subrogación a favor del nuevo acreedor, y expresando el monto pagado en caso de no ser el mismo monto que el documento donde conste el crédito. Esta manifestación del acreedor original, puede constar en el mismo título, o bien en el recibo que debe expedir por haber recibido el pago.

JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO.

La decisión de la A-quo de hacer lugar a la excepción de inhabilidad, se halla entonces ajustada a derecho, porque del análisis efectuado se tiene que no existe constancia de por cuanto se ha operado a favor del demandante la subrogación invocada, ni tampoco la fecha en que la misma opera, por ende, a falta de certeza en la cantidad liquida señalada como exigible por el actor, los pagares así presentados no tienen fuerza ejecutiva.

JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. EXCEPCIÓN DE PAGO.

Sabido es que las excepciones de inhabilidad y pago no pueden ser opuestas conjuntamente debido a que son contradictorias y excluyentes entre sí. En vistas de ello, debemos entender que ambas excepciones han sido opuestas en forma subsidiaria, la una para el caso que no resulte procedencia la otra.

JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO.

Es menester precisar que conforme con lo dispuesto por el art. 462 inc. “d” del Cod. Proc. Civil, la excepción de inhabilidad de titulo puede fundarse en la falta de acción de las partes, o en que el documento presentado no es de aquellos que traen aparejada ejecución.

JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.

El temperamento asumido por la inferior al rechazar la excepción de falta de acción bajo el pretexto de que dicha defensa no es admisible en el juicio ejecutivo es incorrecto, pues debió echar mano al principio iura novit curia y recalificar dicha defensa como correspondiere. De modo que los argumentos de los demandados atinentes a la ausencia de legitimación en cabeza de las partes deben ser considerados al examinar la excepción de inhabilidad de titulo también opuesta.

SOCIEDAD. Nombre social.

Es bien sabido que una modificación estatutaria, como el cambio de nombre o denominación de una sociedad, no afecta a la existencia de la sociedad como entidad jurídica o sujeto de derecho.

PAGO. Imputación de pago.

La acción de contribución o reembolso entre los coobligados cambiarios de

igual grado es de naturaleza extracambiaria y se rige por las normas de derecho común relativas a las obligaciones solidarias art. 591 del Cod. Civil.

PAGARÉ. Efectos del pagaré. Co-obligados cambiarios.

En relación con el ejercicio de la acción de reembolso entre obligados cambiarios pari gradu el pagare no constituye un documento constitutivo del crédito dinerario contra sus co-obligados, cumple simplemente una función probatoria junto con la relación interna o causal entre los co-firmantes que los motivara a obligarse cambiariamente, a la cual debe acudir para dirimir la atención y proporción de la repetición. En términos más sencillos, en virtud de lo dispuesto por la ley, el pagare se encuentra desprovisto de su idoneidad o aptitud como título de crédito y, en consecuencia, no documenta un crédito exigible entre los co-obligados cambiarios de igual grado.

PAGARÉ. Efectos del pagaré. Co-obligados cambiarios.

Los pagares presentados no pueden sustentar *per se* una reclamación por la vía ejecutiva, pues al no instrumentar un crédito exigible entre los co-obligados pari gradu en el título, no se ajustan a los requerimientos impuestos por los arts. 439 y 448 inc. “f” del Cod. Proc. Civil.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 18/07/11. “Petrobras Paraguay Distribución Limited c/ Ladislao Ramírez Ferreira y otros s/ Acción Prep. de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 83).

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, BUONGERMINI PALUMBO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO. El recurso no ha sido fundado, y al no advertirse la existencia de vicios o violaciones de forma y solemnidad en la sentencia recurrida, debe ser declarado desierto.

A SUS TURNOS LAS MAGISTRADAS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y BUONGERMINI PALUMBO votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DICHIENDO: Por la sentencia recurrida S.D. N° 1005 de fecha 24 de noviembre de 2008, la A-quo, resolvió: “1)HACER LUGAR con costas a la

excepción de inhabilidad de título opuesta por el abogado Martín Domínguez Fretes en nombre y representación de los señores LADISLAO RAMÍREZ y LUCÍA ALIENDRE DE RAMÍREZ, 2) RECHAZAR la demanda promovida por PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED contra LADISLAO RAMÍREZ FERREIRA y LUCÍA ALIENDRE DE RAMÍREZ por cobro de la suma de DÓLARES AMERICANOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE (47.677 U\$S) en base a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente resolución.”

Contra lo así resuelto el representante de la parte actora, expresa agravios a fs. 222 y sgtes., los cuales se pueden sintetizar en que la jueza se ha desbarrado en su interpretación al concluir que los dos pagares presentados como base de la acción, que su parte no ha justificado en forma líquida la deuda reclamada de U\$S 47.677, ni acompaña un estado de liquidación o saldo que justifique dicha deuda.

Agrega el apelante a continuación, que es sabido que los títulos traen aparejada ejecución cuando contienen una obligación exigible, de plazo vencido, no sujeta a condición y tiene una obligación de dar sumas de dinero que pueda ser líquida. Ser líquida no significa otra cosa que la cantidad requerida o exigida mediante la acción este expresada en el título.

Más adelante remarca, el monto de la obligación, como lo exige la norma se encuentra expresado en el título y sobre ello no cabe la menor duda y es lo que se adeudara ab-initio y desde luego dicho aserto no ha sido negada por la parte demandada.

Más adelante, refiriéndose a la falta de endoso o cesión, señala que la jueza no ha entendido o, lo que es peor, no ha querido entender, que mi mandante no ha ejercido su derecho en su calidad de endosatario, sino en su calidad de subrogatario de la deuda reclamada, habida cuenta que ella ha sido cancelada por la misma ante el acreedor originario, ante el cual ha asumido el rol de codeudor solidario, todo lo cual se impone en la escritura pública que se acompañara con la promoción del juicio que sirviera para integrar la ejecución. Agrega posteriormente, que no se entiende que la misma, refiriéndose a los pagarés, se encuentre en poder de mi mandante, que le fuera entregado por el banco, como es de suponer y por la sencilla razón que la deuda ha sido cancelada por ella.

Como una razón más, señala que la deuda no ha sido negada por la parte demandada, citando fallos que indican la necesidad de negar la deuda para la procedencia de la excepción de inhabilidad de título.

La parte demandada, no ha contestado la expresión de agravios, habiéndosele dado por decaído dicho derecho, por A.I. n° 38 de fecha 10 de febrero de 2010.

En autos la firma PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED, promueve, previa acción preparatoria de la vía ejecutiva, juicio ejecutivo contra los señores LADISLAO RAMÍREZ FERREIRA y LUCÍA ALIENDRE DE RAMÍREZ, reclamando el pago de U\$S 47.677,00, más intereses y costas, presentando los siguientes documentos que instrumentan el crédito reclamado, a) Un pagaré con vencimiento 7/09/2002 por U\$S 35.000, b) Un pagaré con vencimiento 15/07/2004 por U\$S 30.000, c) Escritura Pública N° 108 de fecha 28 de diciembre de 1994, d) Escritura Pública N° 21 de fecha 3 de febrero de 1995, señalando que, dichos pagares se hallan firmados por los demandados y por la demandante en calidad de codeudor, y en las dos escrituras públicas señaladas, consta que la obligación ha sido contraída exclusivamente en beneficio de los demandados.

En la etapa procesal pertinente, los demandados oponen, entre otras las excepciones de falta de acción manifiesta, defecto legal, inhabilidad de título y pago.

De estas excepciones, la jueza analizó solamente la de inhabilidad de título, argumentando que las dos primeras no se hallan previstas en el juicio ejecutivo, y al hallar viable la excepción de inhabilidad de título, ya no estudió la de pago.

El Art. 462 del CPC enumera cuáles son las excepciones oponibles en el juicio ejecutivo, entre ellas cita la inhabilidad del título, señalando que la misma solo puede basarse en la falta de acción, pasiva o activa, o en no ser los documentos presentados de aquellos que traen aparejada ejecución, de los términos señalados en la sentencia y dado que no estudió la falta de acción, se tiene que hizo lugar a la excepción de inhabilidad, fundada en que los documentos presentados no traen aparejada ejecución.

Analizados los documentos presentados, con respecto a los pagares presentados, se tiene que los mismos fueron librados a favor del CITIBANK y suscritos en calidad de codeudores solidarios por los demandados, y la demandante, en aquella época, Shell Paraguay Limited, en fecha 30 de octubre de 1997, por la suma de 35.000 U\$S, y 19 de julio de 1999 por valor de 30.000 U\$S.

Por su parte las escrituras públicas de constitución de prenda con registro y posterior ampliación fueron suscritas, la primera, N° 108 en fecha 28 de di-

ciembre de 1994, en contra garantía de la codeudoria prestada por la SHELL PARAGUAY LIMITED, a favor de LADISLAO RAMÍREZ por un préstamo bancario de U\$S 89.000,00, , según consta en el documento suscrito a favor del CITIBAK, y la segunda, ampliación de la garantía otorgada en la primera, escritura N° 21 del 3 de febrero de 1.995, también otorgada en contra garantía por la codeudoria a favor de los demandados por un préstamo de Gs. 30.000.000.

Es importante señalar que dichas escrituras de constitución de prenda con registro son directas con relación a los créditos que figuran en los mismos, es decir, no se trata de garantías flotantes o indeterminadas, que cubran todas las deudas contraídas en similares condiciones por los demandados durante el plazo de duración de la garantía, por ende solo cubren específicamente las deudas contraídas en los años de la firma de la escritura del año 1994 por el préstamo de 89.000 dólares, y la del año 1995, por el préstamo de Gs. 30.000.000, de modo que ninguna relación ni cobertura tienen con los pagares librados en 1997 y 1999, que se pretende ejecutar, surge de dichas escrituras, como aduce el demandante y a más de ello, dichas garantías se hallan caducas, por aplicación del Art. 2340 del CC, como lo reconoce el propio actor, en su escrito de responde de las excepciones a fs. 212.

Ahora con relación a los pagarés, los mismos ciertamente no contienen ni endoso a favor de la actora, por parte del acreedor original, ni constancia de pago alguno sobre dichos títulos.

El actor señala que realiza la demanda como subrogatario del acreedor original, por haber el mismo abonado dichos documentos.

Esta figura, la subrogación, que se halla legislada en los Arts. 594 y sgtes. del CC, reconoce dos clases, la legal, es decir que opera de pleno derecho, a favor de las personas citadas en el Art. 594 del CC, y la convencional prevista para los casos enumerados en el Art. 595.

En cualquiera de los casos sin embargo, es necesaria una declaración del acreedor original, señalando que se ha operado la subrogación a favor del nuevo acreedor, y expresando el monto pagado, en caso de no ser el mismo monto que el documento donde conste el crédito. Esta manifestación del acreedor original, puede constar en el mismo título, o bien en el recibo que debe expedir por haber recibido el pago.

En el caso, es esta declaración la que falta, puesto que la sola manifestación del acreedor que la deuda, que sumados los dos pagares presentados es de

U\$S 65.000,00, ahora es de solo U\$S 47.677,00, no es suficiente para constituirse en la suma líquida, por ser una expresión unilateral del mismo, sin aportación de una prueba objetiva y cierta del monto abonado y del monto que constituya el saldo deudor.

Por último es importante señalar, con respecto a la falta de negación de la deuda, como requisito para la procedencia de la excepción de inhabilidad de título, argumentada por el apelante, que dicha exigencia, si bien existe en el derecho argentino, a partir de la reforma del Art. 544 del CPC de la Nación Argentina, por medio de la Ley 22.434, la misma no está contemplada como requisito en el Art. 462 del CPC paraguayo, por ende, si bien existe una corriente jurisprudencial que se adhiere a dicha necesidad, negación de la deuda, creemos que no podemos exigir más de lo que la ley positiva paraguaya exige para la procedencia de la defensa interpuesta, por lo que a nuestro entender, de acuerdo a los términos del Art. 462 del CPC, no es necesaria la negación de la deuda para la procedencia de la excepción de inhabilidad de título, en el juicio ejecutivo.

La decisión de la A-quo de hacer lugar a la excepción de inhabilidad, se halla entonces ajustada a derecho, porque del análisis efectuado se tiene que, no existe constancia de por cuanto se ha operado a favor del demandante la subrogación invocada, ni tampoco la fecha en que la misma opera, por ende, a falta de certeza en la cantidad líquida señalada como exigible por el actor, los pagares así presentados no tienen fuerza ejecutiva.

Por tanto, voto por confirmar la sentencia, incluyendo la condena en costas a la actora en primera instancia, a las que deberán sumarse las de esta instancia por no haber prosperado el recurso, Art. 203 del CPC, siendo además a su cargo por ser perdidosa en el juicio ejecutivo, Art. 474 del CPC.

A SU TURNO LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifiesta que adhiere al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A SU TURNO LA MAGISTRADA BUONGERMINI PALUMBO DIJO. Los ejecutados, Sres. Ladislado Ramírez Ferreira y Lucía Aliendre, en la instancia inferior opusieron excepción de falta de acción, defecto legal, inhabilidad de título y pago (fs.199/206). La apelada acoge la excepción de inhabilidad de título opuesta por los demandados y rechaza la ejecución promovida por la firma PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED.

Sabido es que las excepciones de inhabilidad y pago no pueden ser opuestas conjuntamente debido a que son contradictorias y excluyentes entre sí. En

vistas de ello, debemos entender que ambas excepciones han sido opuestas en forma subsidiaria, la una para el caso que no resulte procedente la otra. Así las estudiaremos.

Principiemos examinando la excepción de inhabilidad de título opuesta al progreso de la presente ejecución.

La firma PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED, previa preparación, promueve acción ejecutiva contra los Sres. Ladislado Ramírez Ferreira y Lucía Aliendre reclamando el pago de U\$S. 47.677, más accesorios legales. Sustenta la actora su pretensión ejecutiva en distintos documentos; a saber: a) Pagaré a la orden de Citibank N.A. por la suma de US\$. 35.000 (f.12); b) Pagaré a la orden de CITIBANK N.A. por la suma de US\$. 30.000 (f.13); c) Escritura Pública N° 108 del 28 de diciembre de 1994 (fs.14/20); d) Escritura Pública N° 21 del 03 de febrero de 1995 (fs.22/29). Sostiene el ejecutante que el crédito reclamado se encuentra instrumentado en dichos documentos. En este sentido señala que los pagarés se encuentran suscritos por los demandados, así como por la propia ejecutante en calidad de codeudora solidaria, y que en las escrituras públicas presentadas “consta que la obligación ha sido contraída en interés exclusivo de los hoy demandados, en proporción del 100%”.

Primeramente es menester precisar que conforme con lo dispuesto por el art. 462 inc. “d” del Cód. Proc. Civil, la excepción de inhabilidad de título puede fundarse en la falta de acción de las partes, o en que el documento presentado no es de aquellos que traen aparejada ejecución. Por dicho motivo el temperamento asumido por la inferior al rechazar la excepción de falta de acción bajo el pretexto de que dicha defensa no es admisible en el juicio ejecutivo es incorrecto, pues debió echar mano al principio *iura novit curia* y recalificar dicha defensa como correspondiere. De modo que los argumentos de los demandados atinentes a la ausencia de legitimación en cabeza de las partes deben ser considerados al examinar la excepción de inhabilidad de título también opuesta.

Los demandados cuestionan la legitimación activa de la firma PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED aduciendo, en primer término, que la acción corresponde exclusivamente a SHELL PARAGUAY LIMITED como codeudora de los documentos base de la presente demanda, y no a PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED, pues la actora no demostró que “posee los derechos de Shell sobre este caso concreto”. Sobre el particular, es menester mencionar que a fs. 05/09 obra la Esc. Pública N° 64 del 05 de agosto

de 2006, pasada ante la Escribana Pública Gilda Krisch de Velásquez. En dicho instrumento público la fedataria dejó constancia de que "... Posteriormente, fue modificada la denominación de la Compañía, SHELL PARAGUAY LIMITED a 'PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED' conforme a la Resolución Especial, punto 9..." (sic, f.07). Se advierte, así, que la firma SHELL PARAGUAY LIMITED cambió de nombre o denominación a PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED. Es bien sabido que una modificación estatutaria, como el cambio de nombre o denominación de una sociedad, no afecta a la existencia de la sociedad como entidad jurídica o sujeto de derecho. En términos más sencillos, la firma SHELL PARAGUAY LIMITED. –antigua denominación– y PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED –actual denominación– constituyen una sola y única persona jurídica; no dos sujetos de derecho distintos e independientes, razón por la cual la ausencia de legitimación en cabeza de la actora, por el argumento antes esgrimido carece por completo de asidero.

En segundo lugar, los demandados arguyeron en la baja instancia que es el CITIBANK N.A. el beneficiario de los pagarés obrantes a fs. 12 y 13, y no la actora. Señalan que no existe cesión de crédito o endoso a favor de la actora, razón por la cual el único legitimado para reclamar las obligaciones instrumentadas en los pagarés presentados sería el CITIBANK N.A.

Ciertamente, el beneficiario de dichos títulos cambiarios es el CITIBANK N.A. y no consta en los pagarés de fs. 12 y 13 la existencia de un endoso cambiario del CITIBANK N.A. a favor de la actora; tampoco una cesión de crédito, tal como lo sostienen los demandados. Sin embargo, de la lectura del escrito inicial se desprende que ninguna de las circunstancias apuntadas anteriormente constituye la causa de la pretensión ejecutiva de la actora.

Pero antes de abordar el estudio sobre la causa de la pretensión de la actora y la procedencia de la vía ejecutiva para hacerla valer, conviene recordar que conforme con lo dispuesto por el art. 439 del Cód. Proc. Civil: "Podrá procederse ejecutivamente siempre que en virtud de un título que traiga aparejada ejecución se demande por obligación exigible de dar cantidad líquida de dinero". Entonces, constituye presupuesto necesario de procedencia de la ejecución la existencia de un título ejecutivo –art. 448 del Cód. Proc. Civil- donde conste un crédito dinerario líquido y exigible. Veamos, pues, si los documentos presentados por la actora configuran un título hábil para proceder ejecutivamente.

En primer término, analicemos los pagarés de fs. 12 y 13. Como dijimos anteriormente, el beneficiario de dichos títulos de crédito es el CITIBANK N.A. y no existe endoso a favor de la actora. Dichos pagarés se encuentran suscritos por Ladislao Ramírez, Lucía Aliendre y la firma SHELL PARAGUAY LIMITED –PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED– en carácter de co-libradores o co-creadores del título.

Debemos decir que el hecho de que la co-libradora de los títulos, la firma PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED, tenga los pagarés en su poder autoriza a suponer que el pago de los documentos ha sido realizado por ella –arts. 570 y 1353 del Cód. Civil–.

Los arts. 1350, apartado 3°, 1352 y 1353 del Cód. Civil, aplicables por remisión expresa del art. 1537 del mismo cuerpo legal, consagran la acción cambiaria de reembolso, también denominada acción de regreso por reembolso o acción de regreso interno, que es otorgada al suscriptor del documento que atendió el pago del título contra todos los que le preceden en el nexo cambiario o firmantes anteriores hasta llegar al obligado principal.

No obstante, dicha normativa deviene inaplicable a la actora, pues regula y se refiere exclusivamente a la situación de los obligados cambiarios de distinto grado. Para los obligados cambiarios de igual grado o *pari gradu* –vgr. colibradores, coavalistas, coendosantes– el art. 1358 del Cód. Civil prescribe: “Entre varios obligados que hayan asumido en la letra una posición de igual grado no tiene lugar la acción cambiaria, y sus relaciones se rigen por las normas relativas a las obligaciones solidarias”.

De manera que la acción del co-obligado cambiario de igual grado para requerir el reembolso de lo pagado contra su co-obligado en el título no es de naturaleza cambiaria. La norma antes transcripta le priva expresamente de dicho carácter. La acción de contribución o reembolso entre los coobligados cambiarios de igual grado es de naturaleza extracambiaria y se rige por las normas de derecho común relativas a las obligaciones solidarias –art.591 del Cód. Civil–.

De modo que en relación con el ejercicio de la acción de reembolso entre obligados cambiarios *pari gradu* el pagaré no constituye un documento constitutivo del crédito dinerario contra sus co-obligados, cumple simplemente una función probatoria junto con la relación interna o causal entre los co-firmantes que los motivara a obligarse cambiariamente, a la cual debe acudir para

dirimir la extensión o proporción de la repetición. En términos más sencillos, en virtud de lo dispuesto por la ley, el pagaré se encuentra desprovisto de su idoneidad o aptitud como título de crédito y, en consecuencia, no documenta un crédito exigible entre los co-obligados cambiarios de igual grado.

Así las cosas, los pagarés presentados no pueden sustentar *per se* una reclamación por la vía ejecutiva, pues al no instrumentar un crédito exigible entre los co-obligados *pari gradu* en el título, no se ajustan a los requerimientos impuestos por los arts. 439 y 448 inc. “f” del Cód. Proc. Civil.

Descartada la posibilidad de proceder ejecutivamente con los pagarés, corresponde examinar si existe otro título que habilite esta vía especial de cobro.

La actora presenta dos escrituras públicas –Escritura Pública N° 108 del 28 de diciembre de 1994 (fs.14/20), y Escritura Pública N° 21 del 03 de febrero de 1995 (fs.22/29)– según la misma para demostrar que “la obligación ha sido contraída en interés exclusivo de los hoy demandados, en proporción del 100%”.

En dichas escrituras públicas consta que el Sr. Ladislao Ramírez Ferreira procedió a gravar con derecho real de prenda con registro bienes muebles registrales a favor de la firma SHELL PARAGUAY LIMITED –PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED– en concepto de contragarantía por la codeudoría otorgada por la firma SHELL PARAGUAY LIMITED al Sr. Ladislao Ramírez Ferreira ante el CITIBANK N.A. para la obtención de un préstamo bancario cuyo monto asciende a US\$. 89.000 (fs.17/17 vlt.), y otro préstamo bancario cuyo monto asciende a G.30.000.000 (f.26). Cabe señalar que la Sra. Lucía Aliendre de Ramírez no fue parte de dicho negocio jurídico encarado entre PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED y el Sr. Ladislao Ramírez Ferreira, pues sólo compareció a prestar su consentimiento para gravar los bienes prendados. Por lo demás, las escrituras públicas dan cuenta de que el deudor de los préstamos bancarios sería exclusivamente el Sr. Ladislao Ramírez Ferreria, no así la Sra. Lucía Aliende de Ramírez.

Como puede advertirse, entre la firma PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED y el Sr. Ladislao Ramírez Ferreira existe una relación que deriva de la fianza otorgada por PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED respecto del CITIBANK N.A. garantizando el pago de los préstamos bancarios de US\$. 89.000 y G. 30.000.000, respectivamente, otorgados a favor del Sr. Ladislao Ramírez Ferreira. Ello al menos es lo que surge de las escrituras públicas obrantes en el expediente. También es importante mencio-

nar que el ejecutante no arrió los contratos de mutuo bancario a los cuales hacen alusión las escrituras públicas presentadas.

De la lectura del escrito inicial y el memorial de agravios se entiende –con un poco de esfuerzo- que el ejecutante alega haber satisfecho parte de la deuda afianzada frente al CITIBANK N.A. Consecuentemente, su pretensión para repetir el pago contra el deudor se sustenta en la subrogación –arts. 1476, 1477 y concordantes del Cód. Civil–.

Ahora bien, el fiador subrogado en los derechos del acreedor debe demostrar haber pagado la deuda garantida. Es precisamente el pago efectivo de la deuda afianzada el que origina o demuestra la existencia del crédito en cabeza del fiador, a su vez que patentiza su extensión o magnitud.

Y aquí la pretensión ejecutiva de la actora tropieza nuevamente con inconvenientes. Las escrituras públicas obrantes a fs. 14/20 y 22/29, respectivamente, hacen alusión únicamente a los mutuos bancarios afianzados. Obviamente, las mismas no prueban que el ejecutante haya atendido el pago de dichas operaciones bancarias. En términos más sencillos, en dichas escrituras públicas no consta que PETROBRAS PARAGUAY DISTRIBUCION LIMITED haya pagado, o, en su caso, cuánto pagó al CITIBANK N.A. para honrar los mutuos bancarios afianzados a los cuales hacen alusión las escrituras públicas.

Respecto de los pagarés de fs. 12 y 13, como lo apuntáramos anteriormente, su posesión por parte de la ejecutante prueba el pago de la deuda cartular emergente de los mismos. Sin embargo, es imposible vincular dichos pagarés con los mutuos bancarios afianzados, es decir, dichos pagarés no acreditan la cancelación de los mutuos bancarios objeto de afianzamiento. En primer lugar, porque los pagarés son títulos de crédito incausados, vale decir, en ellos no figura el negocio jurídico que motivó su creación. En segundo lugar, el ejecutante no arrió los contratos de mutuo bancario afianzados razón por la cual no tenemos constancia de que los pagarés hayan sido librados con motivo de dichas operaciones bancarias. En efecto, en las escrituras públicas presentadas por el ejecutante si bien se menciona la existencia de dos préstamos bancarios a favor del Sr. Ladislao Ramírez Ferreira garantidos por el ejecutante -US\$. 89.000 y G.30.000.000, respectivamente-, no se menciona el libramiento de los pagarés.

Así las cosas, las Escrituras Públicas N° 108 del 28 de diciembre de 1994 (fs.14/20), y N° 21 del 03 de febrero de 1995 (fs.22/29), no prueban la existencia de un crédito líquido contra los ejecutados.

JURISPRUDENCIA

En estas condiciones, al no existir un título hábil para proceder ejecutivamente, la excepción de inhabilidad de título fue acogida favorablemente por la inferior. La sentencia apelada debe ser confirmada.

Las costas deben ser impuestas al apelante perdedoso, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 203 y 474 del Cód. Proc. Civil.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la S.D. N° 1005 de fecha 24 de noviembre de 2008.

COSTAS en ambas instancias a la perdedosa.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini Palumbo, Juan Carlos Paredes Bordón, María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: Ma. Teresa Cañete, Actuaría.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 398

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos.

Se advierte, pues, en el caso de marras la actora se encuentra en una evidente situación de vulnerabilidad, discapacidad y consiguiente dificultad y/o imposibilidad de acceder efectivamente a la justicia por ser una mujer de avanzada edad y por las enfermedades que padece, condición que le impide firmar, caminar e incluso trasladarse con seguridad de un lugar a otro. Además, de su aparente conducta procesal, es decir, del hecho de actuar en el proceso por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, y no hacerlo a través de un representante convencional, utilizando un apoderado para los asuntos judiciales, se podría inferir una situación de desventaja económica, habida cuenta que el otorgamiento de poder para asuntos judiciales a un abogado por escritura pública, para la cual, debe recurrirse además, en el caso de marras, a la firma a ruego, en atención a la imposibilidad de firmar de la actora, implica una serie

de gastos adicionales y costos monetarios que la litigante obviamente trata de evitar.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. 100 reglas de Brasilia.

Esta circunstancia –de eliminación de recursos materiales– es congruente con las estadísticas poblacionales y económicas de conocimiento y amplia divulgación pública, que posicionan a las mujeres, y en especial a las mujeres de avanzada edad en situación de desventaja económica y precario bienestar patrimonial.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos Humanos. PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. 100 reglas de Brasilia.

En este orden de ideas resulta clara la condición de vulnerabilidad y discapacidad de la actora Así como el deber de este Tribunal, como órgano estatal, de promover condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico sea efectiva, adoptando medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad y discapacidad.

MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

En esta tesitura, esta Alzada, en uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 18 inc. c) del Cód. Proc. Civ., debe disponer los medios necesarios para la protección de los derechos de la actora, en atención a su estado de discapacidad y vulnerabilidad.

FIRMA. Firma a ruego. RECURSO DE REPOSICIÓN. Apelación en subsidio. ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD.

Esta alzada considera pertinente la constitución del actuario de este Tribunal en el domicilio real de la actora a fin de constatar la situación en que se encuentra la misma y de que ella pueda ratificar su presentación por la cual interpuso recurso de reposición y apelación en subsidio contra una resolución, en virtud del procedimiento correspondiente a la firma a ruego, todo ello a fin de otorgar garantías necesarias a su derecho de actuar dentro de un proceso tan particular como lo la acción autónoma de nulidad.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD.

La acción autónoma de nulidad constituye un remedio procesal extraordinario o residual establecido a fin de que los terceros que no han sido parte en el

juicio y habiendo existido indefensión puedan solicitar la revisión del proceso y la restitución al estado inicial de la situación en cuestión, destruyendo así los efectos de las sentencias recaídas en dicho juicio, ello en razón de que la cosa juzgada, en principio, no puede afectar a los terceros que no intervinieron en un proceso cuya consecuencias le resultaren perjudiciales.

T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 09/06/11. “Esperanza Pedrozo de Acosta c/ R.H.P. del Abog. Benjamín Echaury en el Juicio: Justo M. Acosta c/ Dionisia Martínez T. s/ Acción Autónoma de Nulidad” (A.I. N° 398).

Asunción, 09 de junio de 2011.

VISTO: El escrito presentado por la Sra. ESPERANZA PEDROZO DE ACOSTA, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, obrante a fs. 212/214 de autos, y,

CONSIDERANDO: Que la recurrente viene a darse por notificada del A.I. N° 210 de fecha 05 de abril de 2011 y a interponer los recursos de reposición y apelación en subsidio contra el mismo. Ahora bien, corresponde apuntar que en el citado escrito obra la supuesta firma a ruego de la Sra. ESPERANZA PEDROZO DE ACOSTA. En tal sentido manifiesta la recurrente que ha presentado escritos en esta instancia con la impresión digital de su pulgar derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 144 del Cód. Org. Jud., y que su incapacidad para firmar fue probada en la instancia inferior a través de la información sumaria de testigos rendida en estos autos. Así pues, solicita se tenga como válida y ajustada a derecho la impresión digital de su pulgar derecho en todas sus presentaciones en consideración a su avanzada edad y su estado de enfermedad, el cual le impide caminar e incluso trasladarse de un lugar a otro; en tal sentido adjunta copia autenticada de su cédula de identidad y del certificado médico correspondiente, obrante a fs. 212 de autos, de este último se advierte, entre otras cosas, que la recurrente padece de artrosis general y se encuentra imposibilitada de caminar.

Primeramente se debe señalar que de las constancias de autos se advierte que la Sra. ESPERANZA PEDROZO DE ACOSTA aparentemente ha actuado en estos autos por derecho propio y bajo patrocinio de abogado. Así pues, la recurrente, en sus escritos presentados en este juicio, ha utilizado la impresión digital de su pulgar derecho con la supuesta intención de exteriorizar su volun-

tad. Surge además que en la instancia inferior, en virtud del A.I. N° 1831 de fecha 28 de noviembre de 2007, se aprobó la información sumaria de testigos rendida en autos a fin de acreditar que la Sra. ESPERANZA PEDROZO DE ACOSTA no es apta para firmar.

Ahora bien, en la presente instancia, la recurrente, en virtud de sus escritos de fechas 21 de marzo (fs. 201/203) y 03 de mayo de 2011 (fs. 206/208), en apariencia habría pretendido contestar los traslados que le fueran corridos por este Tribunal por providencias de fechas 09 de diciembre de 2010 y 15 de abril de 2011. Este Tribunal, en virtud del A.I. N° 210 de fecha 05 de abril de 2011 y de la providencia de fecha 03 de mayo de 2011, ha rechazado los escritos antedichos, puesto que los mismos no reunían los requisitos necesarios para su validez de conformidad con lo dispuesto en el art. 106 del Cód. Proc. Civ. y el art. 144 del Cód. Org. Jud., específicamente, por considerar que no se siguió el procedimiento correspondiente a la firma a ruego.

Se advierte pues que esta Alzada ha rechazado los escritos antedichos prescindiendo el estudio del presente litigio en su globalidad, en especial la cuestión de fondo. Sabido es que entre los requisitos extrínsecos que deben reunir los escritos judiciales la firma del peticionante, si actúa por derecho propio, reviste la mayor relevancia en tanto comporta el único medio de exteriorizar inequívocamente la voluntad de aquél. Resulta pues la firma de la recurrente un requisito esencial para la validez de sus escritos judiciales y su ausencia torna ineficaz el acto. De allí que se haya resuelto en forma reiterada que el escrito carente de firma es un acto jurídicamente inexistente y que, en consecuencia, corresponde tenerlo por no presentado.

Ahora bien, en el presente caso se presenta una situación especial, en la cual la actora es una señora de avanzada edad -84 años-, según consta en la copia autenticada de su cédula de identidad obrante a fs. 211 de autos. La citada también padece enfermedades de gravedad como ser artrosis general, diabetes, hipertensión arterial, entre otras, y, en consecuencia, se entiende encuentre imposibilitada de caminar; además no se recomienda su traslado salvo caso de urgencia o para tratamiento médico, según consta en los certificados médicos glosados a fs. 147 y 210 del expediente.

En este orden de ideas, corresponde apuntar que la Constitución Nacional, en su art. 47, dispone: “El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los

obstáculos que la impidiesen...”. En su art. 247 establece: “El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley”.

De modo que la norma mandatoriamente ordena a la administración de justicia identificar y solventar las circunstancias de condición y situación de los usuarios y usuarias de la misma, que signifiquen un factor de exclusión de acceso a la vindicación de sus derechos ante el órgano estatal que tiene el monopolio constitucional para decidir sobre ello.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por nuestro país en virtud de la Ley N° 01/89, establece, en su artículo primero, que los Estados Partes en dicha Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otro índole, origen nacional o social, posición económicas, nacimiento o cualquier otra condición social. Así pues, en su artículo segundo, establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno en los siguientes términos: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Además, la convención en cuestión, en sus artículos 24 y 25 expresa que todas las personas son iguales ante la ley y, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Además, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de la Organización de los Estados Americanos, ratificada por nuestro país por Ley 1925/02,

expresa, en su artículo primero, que el término «discapacidad» significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social; que, el término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Así pues, en virtud de dicho convenio nuestro país se ha comprometido a adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

A este convenio se debe también agregar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, ratificada por nuestro país en virtud de la Ley 3.540/08, que tiene como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. La convención aludida dispone que los estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por este motivo. A tal fin, los Estados Partes se obligan a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Expresa además, en su artículo sexto, que los Estados partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; por último, en su artículo decimo tercero establece que los mismos asegurarán que las personas con discapacidad tengan

acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos del proceso.

Por otro lado, la Ley N° 1.215/86, Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW por sus siglas en inglés–, dispone en su artículo primero que la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Esta norma es de rango superior al Código Civil y al Código Procesal Civil, pues consiste en un Tratado internacional. Los Tratados y Convenios internacionales tienen prelación sobre la ley nacional en la Constitución Nacional de 1992, conforme lo dispone su art. 137.

Corresponde apuntar además que existe una norma de rango inferior que también cabe al caso, la Acordada N° 633/ 2010, en virtud de la cual la Excelentísima Corte Suprema de Justicia ha ratificado las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada los días 4,5 y 6 de marzo de 2008 en la ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil. Dichas reglas, conforme con lo expuesto en su capítulo primero, tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Recomiendan además que los servidores y operadores del sistema de justicia otorguen a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares y prioricen actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas. La sección segunda de las reglas aludidas, que establece los beneficiarios de las mismas, expresa que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado

físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; afirman también que la vejez puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el referido sistema. Por otro lado, la sección tercera de las reglas en cuestión establece que serán destinatarios de las mismas, entre otros, los jueces y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país.

Las reglas en cuestión, en su capítulo segundo, sección cuarta, recomiendan además la adopción de medidas para la simplificación de los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Es, pues, a la luz de las normas aludidas que debe hacerse el análisis del presente caso. Pasaremos, pues, a su estudio. Se advierte, pues, que en el caso de marras la Sra. Esperanza Pedrozo de Acosta se encuentra en una evidente situación de vulnerabilidad, discapacidad y consiguiente dificultad y/o imposibilidad de acceder efectivamente a la justicia por ser una mujer de avanzada edad y por las enfermedades que padece, condición que le impide firmar, caminar e incluso trasladarse con seguridad de un lugar a otro. Además, de su aparente conducta procesal, es decir, del hecho de actuar en el proceso por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, y no hacerlo a través de un representante convencional, utilizando un apoderado para los asuntos judiciales, se podría inferir una situación de desventaja económica, habida cuenta que el otorgamiento de poder para asuntos judiciales a un abogado por escritura pública, para la cual, debe recurrirse además, en el caso de marras, a la firma a ruego, en atención a la imposibilidad de firmar de la actora, implica una serie de gastos adicionales y costos monetarios que la litigante obviamente trata de evitar. Esta circunstancia —de limitación de recursos materiales— es congruente con las estadísticas poblacionales y económicas de conocimiento y amplia divulgación pública, que posicionan a las mujeres, y en especial a las mujeres de avanzada edad en situación de desventaja económica y precario bienestar patrimonial.

En este orden de ideas resulta clara la condición de vulnerabilidad y discapacidad de la Sra. ESPERANZA PEDROZO DE ACOSTA, así como el deber de este Tribunal, como órgano estatal, de promover condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico sea efectiva, adoptando medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad y discapacidad.

Se debe considerar que en las condiciones y circunstancias aludidas la actora ha acudido al Poder Judicial a promover acción autónoma de nulidad contra el juicio caratulado: “R.H.P. DEL ABG. BENJAMÍN ECHAURI EN EL JUICIO: JUSTO MANUELACOSTA C/DIONISIA MARTÍNEZ TANDI S/ANULACIÓN DE MATRIMONIO”. Su pretensión tuvo acogida favorable en la instancia primigenia, en virtud de la S.D. N° 98 de fecha 25 de febrero de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, contra la cual los Abgs. Benjamín Echaury y Pablo Rivarola Ledesma han interpuesto los recursos de apelación y nulidad, en razón de los cuales este Tribunal ha tomado intervención en autos. Como se ha señalado *up supra*, la incapacidad de firmar de la actora ha sido comprobada en virtud de la información sumaria de testigos rendida en la instancia inferior. La actuación de la misma en la instancia inferior del presente juicio, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, en las condiciones de expresión de su voluntad por la sola impresión digital de su pulgar derecho, ha sido consentida por la parte demandada y admitida por la *a quo*. Empero, el requisito de la firma a ruego es una exigencia formal que no es vana, sino que tiene una función esencial: comprobar la paternidad del instrumento—en este caso del escrito judicial—y de la correspondencia de la voluntad real con la voluntad declarada en el instrumento. Ello, habida cuenta que la sola impresión dígitopulgar es harto dudosa para cumplir este requisito; puede ser obtenida hasta de una persona que se halle en estado de inconsciencia. Es por ello que la firma a ruego, que se hace siempre con la intervención de un fedatario—el escribano público o algún funcionario con facultades de fe pública—es una exigencia que en verdad es tuitiva de los derechos de las personas y de la salvaguarda de sus voluntades, y no puede ser obviada. Sin embargo, como ya se dijera, el Tribunal debe arbitrar los medios para que estas finalidades queden igualmente cumplimentadas: el acceso a la justicia y la seguridad jurídica.

En esta tesitura, esta Alzada, en uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 inc. c) del Cód. Proc.

Civ., debe disponer los medios necesarios para la protección de los derechos de la actora, en atención a su estado de discapacidad y vulnerabilidad. Así pues, se debe señalar que si bien el procedimiento establecido en el art. 324 del Cód. Proc. Civ., que reza: “Si alguno de los testigos se hallare imposibilitado de comparecer al juzgado o tuviere alguna otra razón atendible a criterio del juez para no hacerlo, será examinado en su domicilio, o en el lugar donde se encontrare, presentes o no las partes, según las circunstancias”, hace referencia exclusiva al diligenciamiento de la prueba testimonial, el mismo podría aplicarse por analogía al presente caso, en el cual la Sra. ESPERANZA PEDROZO DE ACOSTA se encuentra imposibilitada de acudir a la secretaria de este Tribunal a fin de realizar las actuaciones procesales que considere necesarias para salvaguardar sus derechos e intereses; actuaciones que necesariamente deben ser efectuadas en presencia del Secretario de este Tribunal en virtud del procedimiento de la firma a ruego, en atención a que la Sra. ESPERANZA PEDROZO DE ACOSTA actúa en el presente juicio por derecho propio y bajo patrocinio de abogado y a su imposibilidad de firmar. En este orden de ideas esta Alzada considera pertinente la constitución del Actuario de este Tribunal en el domicilio real de la actora a fin de constatar la situación en que se encuentra la misma y de que ella pueda ratificar su presentación de fecha 11 de mayo de 2011 – interposición de recursos de reposición y apelación en subsidio contra el A.I. N° 210 de fecha 05 de abril de 2011– en virtud del procedimiento correspondiente a la firma a ruego, todo ello a fin de otorgar garantías necesarias a su derecho de actuar dentro de un proceso tan particular como lo es el de la acción autónoma de nulidad, el cual, es sabido, constituye un remedio procesal extraordinario o residual establecido a fin de que los terceros que no han sido partes en un juicio y habiendo existido indefensión puedan solicitar la revisión del proceso y la restitución al estado inicial de la situación en cuestión, destruyendo así los efectos de las sentencias recaídas en dicho juicio, ello en razón de que la cosa juzgada, en principio, no puede afectar a los terceros que no intervinieron en un proceso cuyas consecuencias le resultaren perjudiciales.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,
RESUELVE:

ORDENAR la constitución del Actuario de este Tribunal en el domicilio real de la Sra. ESPERANZA PEDROZO DE ACOSTA a los efectos de constatar la situación en que se encuentra la misma y de que ella pueda ratificar su

presentación de fecha 11 de mayo de 2011 –interposición de recursos de reposición y apelación en subsidio contra el A.I. N° 210 de fecha 05 de abril de 2011– en virtud del procedimiento correspondiente a la firma a ruego, de conformidad con los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Constantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 412

Cuestión debatida: *Se trata de establecer la procedencia de un auto interlocutorio que revoca la admisión de prueba instrumental y el libramiento de oficios para traerla a juicio, basado en la extemporaneidad del ofrecimiento.*

PRUEBA DOCUMENTAL. Ofrecimiento y producción de la prueba documental.

En el caso de la prueba documental normalmente el ofrecimiento y el diligenciamiento coinciden temporalmente. Pero ello no necesariamente debe ser así. Es por ello que el Art. 219 en su segunda parte agrega que si no se dispusiere –materialmente– del documento, se lo individualizara, señalando la oficina en que se encuentra. Con ello queda efectuado el ofrecimiento. Luego se produce el diligenciamiento, por el cual se puede traer a la vista el documento en cuestión, aunque ello no es una exigencia de la ley procesal.

PRUEBA DOCUMENTAL. Ofrecimiento y producción de la prueba documental.

El Art. 219 no exige que también se solicite el libramiento de oficios en vistas a su incorporación al juicio, y que la forma de ofrecimiento, no es sacramental, de hecho, además de la oportunidad, la ley procesal solo exige que el ofrecimiento sea escrito y se individualice correctamente el documento y su locación.

T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 14/06/11.- “Juana María Silvia Otto Vda. De Sosa c/ Abelardo Piñeiro Faliveni s/ Acción de Indignidad”. (A. I. N° 412).

Asunción, 14 de junio de 2.011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos, que fueran concedidos por A.I. N° 1.096 de fecha 24 de diciembre de 2010, en la queja por apelación denegada interpuesta por Miryam Torres, contra el A.I. N° 1.907 de fecha 01 de diciembre de 2010, dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, y

CONSIDERANDO: Que por el referido auto interlocutorio N° 1.907 de fecha 01 de diciembre de 2010 el *a quo* resolvió: “HACER LUGAR al recurso de reposición interpuesto por el representante de la parte demandada, Abogado Rubén Caballero Laterza; y en consecuencia REVOCAR el proveído de fecha 19 de octubre de 2010. DESESTIMAR el recurso apelación interpuesto en forma subsidiaria por haber sido estudiada la reposición. Anotar...” (fs. 80).

En cuanto al recurso de:

NULIDAD: No se han expresado agravios concretos con relación a la nulidad; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a pronunciarse de oficio la nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

APELACIÓN: La abogada Miryam Torres se agravia de la resolución del inferior en cuanto hace lugar al recurso de reposición revocando el proveído de fecha 19 de octubre del 2.010. Manifiesta que el *a quo* hace lugar al recurso de reposición con el argumento de que la prueba instrumental, expediente tramitado en otro juzgado, no fue ofrecido con el escrito de iniciación de demanda, ni indicado el lugar donde se encuentra. Arguye que este argumento es totalmente errado pues del escrito inicial de demanda se desprende que se ha ofrecido como prueba e indicado el lugar donde se encuentra, solicitando se oficie a esa dependencia para que sea traído a la vista. Arguye además que las pruebas ofrecidas, incluyendo la debatida, han sido admitidas inicialmente por proveído del 19 de octubre de 2010, para que posteriormente por el auto apelado se deje sin efecto el libramiento del oficio. Manifiesta finalmente se haga lugar a su pedido, y se ordene el diligenciamiento, remitiendo oficio a la oficina de archivo de los tribunales.

La parte contraria contesta el memorial, y expone los argumentos señalados a continuación. En primer lugar manifiesta que en tiempo oportuno advirtió, en la contestación del traslado de la demanda, el incumplimiento de la parte

actora referente a la prueba en cuestión. Manifiesta que la parte actora no invocó a tiempo aquellas instrumentales, contrariando lo establecido en el art. 219 del Cód. Proc. Civ. finalmente manifiesta que el pedido de la actora a fs. 46, es un ofrecimiento tardío y por demás extemporáneo.

Se trata de establecer la procedencia de un auto interlocutorio que revoca la admisión de prueba instrumental y el libramiento de oficios para traerla a juicio, basado en la extemporaneidad del ofrecimiento.

El art. 219 del Cód. Proc. Civ. expresa: *“Agregación de la prueba documental. El actor deberá acompañar con la demanda la prueba documental que tuviere en su poder. Si no la tuviere a su disposición, la individualizará indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentre”*.

Es necesario distinguir entre el ofrecimiento de la prueba, su diligenciamiento o producción y su agregación.

En el caso de la prueba documental normalmente el ofrecimiento y el diligenciamiento coinciden temporalmente. Pero ello no necesariamente debe ser así. Es por ello que el art. 219 en su segunda parte agrega que si no se dispusiere –materialmente– del documento, se lo individualizará, señalando la oficina en que se encuentra. Con ello queda efectuado el ofrecimiento. Luego se produce el diligenciamiento, por el cual se puede traer a la vista el documento en cuestión, aunque ello no es una exigencia de la ley procesal.

En estos autos la demandante, en el escrito de demanda – 6º párrafo, fs. 25– ha hecho expresa referencia a la causa “Lidia Gabriela Sosa Otto c/ Abelardo Piñeiro Faliveni s/ Divorcio.”, indicando el juzgado y la secretaría donde se encuentra, y solicitando también sea traída a la vista. En cuanto a la causa “Lidia Gabriela Sosa Otto c/ Abelardo Piñeiro Faliveni s/ disolución y liquidación de la comunidad conyugal.”, también ha sido mencionada expresamente en el escrito de demanda –5º párrafo, fs. 25–, indicando el juzgado y la secretaría donde radica. Si bien no ha solicitado que sea traída a la vista, la mención del documento y su identificación es suficiente como ofrecimiento. Recordemos que el art. 219 no exige que también se solicite el libramiento de oficios en vistas a su incorporación al juicio, y que la forma de ofrecimiento, no es sacramental; de hecho, además de la oportunidad, ley procesal solo exige que el ofrecimiento sea escrito y se individualice correctamente el documento y su locación.

De modo que podemos concluir que el ofrecimiento de estas instrumentales ha sido oportuno. En cuanto a la solicitud posterior de libramiento de oficio,

no podemos decir que es extemporánea, ya que el art. 219 presupone que los oficios se librarán con posterioridad, si la parte tiene interés en que se agregue materialmente la instrumental –lo que, como vimos *supra*, no es estrictamente necesario, máxime si se trata de un documento que tiene accesibilidad pública, como lo son los expedientes judiciales–. En este sentido también se ha expedido la doctrina: “...*En cuanto a las razones de índole práctica destaca que la prueba instrumental (Montero) se agota, normalmente, con la presentación del documento. Es decir, salvo en los supuestos de que el documento se encuentre en poder de un tercero, o salvo que sea preciso (en los casos en que se admita) obtener una copia auténtica de un protocolo, de un archivo público o de unas actuaciones judiciales, las parte suelen tener en su poder la fundamentación de las alegaciones de hecho de su pretensión, y estas suelen plasmarse en un documento...*”. (Escribano Mora, Fernández, Monografía “La prueba en el Proceso Civil”, Edic. 2001, San Salvador, Pág. 125)

“*El CPCN, 333, párrafo 2º y normas análogas suponen la existencia de una imposibilidad de hecho que se oponga a la agregación de la prueba documental no siendo por lo tanto aplicable si ésta pudo ser obtenida mediante gestiones privadas o a través de alguna diligencia judicial preliminar...*”. (Palacio, Lino Enrique; Velloso, Adolfo Alvarado, “Codigo Procesal Civil de la Nación”, Tomo 7, Edit. Rubinzal-Culzoni, págs. 265/266).

“...*El actor que en su demanda no agregó el documento en que se funda su derecho, puede presentarlo ulteriormente si en dicho escrito lo individualizó y manifestó que la copia fotográfica figuraba en un juicio sucesorio que tramita ante la secretaría actuaría, transcribiendo su Contenido y agregando que el original estaba en Europa en poder de su mandante, quien lo remitirá a la mayor brevedad. -CAP CNCiv. B. 24. 1º.38. JA, 64-242-...*”. (Palacio, Lino Enrique; Velloso, Adolfo Alvarado, “Codigo Procesal Civil de la Nación”, Tomo 7, Edit. Rubinzal-Culzoni, págs. 265/266).

“...*La interpretación de las excepciones al principio legal debe hacerse empero con criterio flexible, favorable a la admisión de la prueba y con miras a evitar la consagración de soluciones excesivamente rituales...*”. (Palacio, Lino Enrique; Velloso, Adolfo Alvarado, “Codigo Procesal Civil de la Nación”, Tomo 7, Edit. Rubinzal-Culzoni, págs. 265/266).

Así pues, se concluye que la prueba documental consistente en los expedientes: “Lidia Gabriela Sosa Otto c/ Abelardo Piñeiro Faliveni s/ Divorcio.” y

“Lidia Gabriela Sosa Otto c/ Abelardo Piñeiro Faliveni s/ disolución y liquidación de la comunidad conyugal” han sido oportunamente ofrecida. El auto recurrido debe ser revocado en consecuencia.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdidosa, de conformidad con lo establecido en el art. 203 y concordantes del Cód. Proc. Civ.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

REVOCAR el A.I. N° 1.907 de fecha 01 de diciembre de 2010.

IMPONER las costas a la perdidosa en esta instancia.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 465

Cuestión debatida: *El presente caso se centra en torno a la procedencia de la declaración de caducidad de instancia.*

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

A partir de la fecha del dictamiento del auto interlocutorio que aprueba la pericia realizada el caso ha quedado en estado de resolución no correspondiendo la declaración de caducidad conforme lo dicta el art. 176 inc. c) del CPC.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

Es sabido que la caducidad de la instancia es un modo de terminación de los procesos que opera de pleno derecho y se basa en la inactiva injustificada de la parte a quien corresponde impulsar un trámite, que en este caso es el actor, tratándose de la caducidad de todo el litigio. Ahora bien, siendo un modo anormal de terminación del proceso, se ha establecido que las normas que lo rigen son de interpretación restringida, y que en caso de duda debe estarse por la continuación del proceso y no por su extinción.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Declaración de oficio de la caducidad de instancia.

La caducidad no se podrá purgar por convenio de las partes, ni por actuaciones subsiguientes consentidas. La caducidad opera de pleno derecho y debe ser declarada de oficio. En ese punto se apartó nuestro código de su fuente el CPC de la Nación Argentina, el cual sí admite la purga de la caducidad por acuerdo de partes. Por tanto las actuaciones realizadas luego de que ya se opere la caducidad, no pueden tener la virtualidad de purgarla o subsanarla.

T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 24/06/11. “R.H.P. del abog. Romilio Jara en el Exp.: Toribia Fleitas de Ojeda c/ Alberto Ojeda y Otros s/ Nulidad de Acto Jurídico” (A. I. N° 465).

Asunción, 24 de junio de 2011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuesto por la señora TORIBIA FLEITAS con patrocinio de abogado, en contra del A.I. N° 1013 de fecha 25 de junio de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno; y,

CONSIDERANDO:

QUE, en primer orden, en el citado auto interlocutorio el Juzgado resolvió: “I. NO HACER LUGAR, con costas, al pedido de caducidad de instancia deducido por el Abogado FLORENCIO PEDRO GAUTO GIMENEZ, en nombre y representación de la Señora TORIBIA FLEITAS DE OJEDA, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. II. ANOTAR...”.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO, NULIDAD: La recurrente al no haber fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por la misma en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, NULIDAD: El recurrente ha desistido del presente recurso. Por lo demás, y dado que no se advierten en el auto recurrido vicios o defectos que

autoricen a este Tribunal declarar una nulidad de oficio, corresponde tener por desistido al recurrente del presente recurso.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto precedente.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO, APELACIÓN: La apelante al fundar el recurso de fs. 29, manifiesta su alegación agraviándose de la resolución dictada por la a quo. Dice, que se ha operado la caducidad de instancia conforme lo establece la legislación procesal, cumpliéndose el plazo de seis meses. Culmina su exposición solicitando la revocación de la resolución apelada.

En el sentido expuesto en la apelación interpuesta y corrido el respectivo traslado la contraparte contesta a fs. 32 de autos, rechazando las alegaciones expuestas por la recurrente reafirmando que la resolución apelada fue dictada correctamente. Manifiesta, que en el presente proceso no es procedente la caducidad de la instancia por cuanto se configura la excepción prevista en el Art. 176 inc. b) del CPC. 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 declaración de caducidad de la instancia inferior.

Es así, que la parte recurrente ha presentado su pedido de caducidad en fecha 13 de agosto de 2009, siendo la última actuación tendiente a la prosecución del juicio en fecha 22 de julio de 2009 en el A.I. N° 1.217, que aprueba la pericia evaluadora practicada por el profesional designado, conforme así lo prevé el trámite consignado en el Art. 26 inc. c) de la Ley 1.376/88.

Siendo así, ha partir de la fecha del dictamiento del auto interlocutorio que aprueba la pericia realizada el caso ha quedado en estado de resolución no correspondiendo la declaración de caducidad conforme lo dicta el Art. 176 inc. c) del Código Procesal Civil.

Por todos los elementos analizados es evidente que la resolución recurrida debe ser confirmada en todas sus partes.

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la perdidosa de conformidad a lo establecido en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, APELACIÓN: El presente caso se centra en torno a la procedencia de la declaración de caducidad de instancia. La petición de caducidad en baja

instancia se basó en que entre el proveído de fecha 27 de septiembre de 2007 y el escrito de fecha 14 de octubre de 2008 ha transcurrido el plazo de seis meses previsto en la ley procesal.

Es sabido que la caducidad de la instancia es un modo de terminación de los procesos que opera de pleno derecho y se basa en la inactividad injustificada de la parte a quien corresponde impulsar el trámite, que en este caso es el actor, tratándose de la caducidad de todo el litigio. Ahora bien, siendo un modo anormal de terminación del proceso, se ha establecido que las normas que lo rigen son de interpretación restringida, y que en caso de duda debe estarse por la continuación del proceso y no por su extinción.

En atención a esto, corresponde estudiar si se dan los requisitos para que la caducidad sea declarada respecto del actor de la demanda, es decir, si las partes han dejado de instar el curso del proceso por el plazo de seis meses establecido en el art. 172 del Cód. Proc. Civ.

Analizadas las constancias de autos tenemos que en fecha 17 de septiembre de 2007 la señora Toribia Fleitas, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, solicitó la suspensión del plazo para contestar el traslado (fs. 4). Este pedido fue rechazado por providencia de fecha 17 de septiembre de 2007. El siguiente acto procesal tendiente a impulsar el proceso fue el pedido de designación de perito en fecha 14 de octubre de 2008. Se advierte entonces que durante dicho lapso ha transcurrido en exceso el plazo de seis meses para que opere la caducidad de instancia.

Es importante mencionar la posible validez jurídica que se pudiera atribuir a las actuaciones obrantes a fs. 6/17, posteriores al pedido de designación de perito (fs. 5). En tal sentido, el Art. 174 del Cód. Proc. Civ. es muy claro al respecto, cuando dice que la caducidad no se podrá purgar por convenio de las partes, ni por actuaciones subsiguientes consentidas. La caducidad opera de pleno derecho y debe ser declarada de oficio. En ese punto se apartó nuestro código de su fuente el Cód. Proc. Civ. de la Nación Argentina, el cual sí admite la purga de la caducidad por acuerdo de partes. Por tanto, dichas actuaciones, realizados luego de que ya se operase la caducidad, no pueden tener la virtualidad de purgarla o subsanarla.

Así las cosas, y no existiendo en autos otras actuaciones interruptivas de la caducidad durante el plazo establecido en el art. 172 del Código de Ritos, corresponde declarar operada la caducidad en estos autos.

En esta tesitura, corresponde revocar la resolución recurrida.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTINEZ PRIETO, MANIFESTÓ: Que se adhiere al voto de la magistrada que antecede.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, RESUELVE:

TENER POR DESISTIDA a la recurrente del recurso de nulidad.

REVOCAR la resolución recurrida, en consecuencia DECLARAR operada la caducidad de instancia en estos autos, por haber transcurrido el término establecido en el art. 172 del Cód. Proc. Civ.

IMPONER las costas a la perdedora.

ANOTAR, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Boungermini Palumbo, Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 468

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Improcedencia de la regulación de honorarios.

No corresponde regular los honorarios del Abogado interviniente por causa de una anterior regulación de honorarios. Es decir, no corresponde la regulación de honorarios de la regulación. Es por ello, que la resolución dictada por la a-quo deviene improcedente y violenta principios del derecho procesal como también de la Ley 1376/88, causando así la nulidad de la resolución recurrida.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Improcedencia de la regulación de honorarios.

No es procedente que se regulen honorarios profesionales por trabajos realizados en un juicio de honorarios profesionales, de modo de evitar que se generen honorarios de honorarios en progresión geométrica encareciendo así exacerbadamente el costo de los procesos judiciales, lo cual es de todo punto de vista contrario al principio de justicia pronta y barata.

T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 04/06/11.- “R.H.P. del Abog. Adán Héctor Capurro en el juicio: Judith Camila Román c/ Alcira Irma Chamorro de Mereles s/ Nulidad” (A. I. N° 468).

Asunción, 24 de junio de 2010.

VISTOS: Los recursos de Apelación y Nulidad interpuesto por el Abogado ADÁN HÉCTOR CAPURRO, en contra del A.I. No 1765 de fecha 08 de noviembre de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno; y,

CONSIDERANDO:

QUE, en primer orden, en el citado auto interlocutorio el Juzgado resolvió: “REGULAR complementariamente los honorarios profesionales del Abogado ADÁN HÉCTOR CAPURRO, por los trabajos realizados en la ejecución de sus honorarios en los autos: “REG. HON. PROF. DEL ABOG. ADÁN HÉCTOR CAPURRO EN EL JUICIO: JUDITH CAMELIA ROMÁN DE PÉREZ C/ALCIRA IRMA CHAMORRO VDA. DE MERELES S/ NULIDAD”. (AÑO: 2007, N° 677, SRÍA. 1), dejándolo establecida en la suma de GUARANÍES UN MILLÓN DOSCIENTOS TREINTAY SIETE MIL QUINIENTOS (Gs. 1.237.500), más la suma de GUARANÍES CIENTO VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS CINCUENTA (Gs. 123.750) en concepto de IVA. ANOTAR”.

OPINIÓN DEL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: NULIDAD: Que, la parte recurrente argumenta este recurso y solicita la declaración de nulidad de la resolución. Pero, al respecto de la nulidad ésta representación ha venido pronunciándose repetidas veces, sobre este efecto jurídico consecuencia del vicio incurrido en un acto procesal –como en este caso, de decisión–, y a fin de reforzar el criterio de este Miembro cabe hacer la siguiente reflexión. Así, cuando el Juzgador, en el acto procesal de decisión, violenta los principios doctrinales y cae en vicios *In Procedendo o In Iudicando*, dicha acción u omisión afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva o que es decir, al derecho a la defensa. Siendo entonces, la indefensión el efecto que produce el deficiente ejercicio del acto procesal de decisión, tal violación del derecho a la defensa debe ser, además de formal, material. Es decir: a) que produzca un perjuicio a la parte que lo sufre; b) que tal situación no haya sido producida por culpa imputable a la misma; c) que haya sido denunciada y; d) que no haya sido

la parte damnificada repuesta en su derecho vulnerado. La doctrina advierte sobre los actos nulos, diciendo que “*no existe la nulidad por la nulidad misma...*”, es decir, que el acto para ser declarada su nulidad debe afectar necesariamente el derecho a la defensa –causar indefensión–, allí donde existe indefensión, existe nulidad y viceversa.

En este caso, la instancia inferior ha regulado los honorarios del profesional afectado en la regulación de sus honorarios, aduciendo que la regulación se debe al juicio de ejecución.

Al respecto, es bien sabido que no corresponde regular los honorarios del Abogado interviniente por causa de una anterior regulación de honorarios. Es decir, no corresponde la regulación de honorarios de la regulación. Es por ello, que la resolución dictada por la a quo deviene improcedente y violenta principios del derecho procesal como también de la Ley 1.376/88, causando así la nulidad de la resolución recurrida.

En conclusión, es criterio de éste Miembro que la resolución recurrida debe ser declarada su nulidad por los vicios insanables apuntados precedentemente.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO; DIJO, NULIDAD: El Abog. Adán Héctor Capurro expresa agravios a fs. 8/9 y manifiesta que la jueza inferior ha fundamentado de manera confusa y totalmente contradictoria los honorarios complementarios sobre los honorarios regulados. Consecuentemente, sostiene que la regulación es nula.

Por su parte, el Tribunal dio por decaído a la adversa el derecho que tenía de realizar su correspondiente contestación del traslado, por A.I. N° 113 del 11 de marzo de 2011 (fs. 11).

Queda, pues, concretado el agravio en la presunta nulidad por falta de fundamentación suficiente de la resolución recurrida. Sin embargo, basta una mirada a la resolución apelada (fs. 3 y vlt.), para apreciar que la misma se halla fundada, y en ella se indica claramente el razonamiento que siguió la inferior para justipreciar los honorarios pedidos. La *a quo* tiene en cuenta el doble carácter, el modo de cálculo y los artículos en los cuales se basa el justiprecio.

Existe, pues, fundamentación suficiente, con lo que el requisito establecido por el art. 158 inc. b) del Cód. Proc. Civ. se halla cumplido. La cuestión relativa a la corrección o no del razonamiento ya no es materia de este recurso, sino del de apelación también interpuesto; con lo que todos los restantes agravios habrán de ser atendidos en dicha sede. Se deduce así que la nulidad debe ser desestimada.

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ:
Adherirse al voto precedente.

OPINIÓN DE LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: APELACIÓN: El Abog. Adán Héctor Capurro, en el escrito obrante a fs. 8/9, se agravia de la resolución del inferior y manifiesta que sus honorarios complementarios deben ser retasados a la suma de G. 3.380.000. Sostiene que la jueza del inferior estableció honorarios complementarios sólo por el cumplimiento de sentencia de remate al 7,5% del monto de la liquidación de G. 20.283.368.

Por A.I. N° 113 de fecha 11 de marzo de 2011 se da por decaído el derecho que ha dejado de usar la Sra. Judith Camelia Román de Pérez para contestar el traslado corrídole.

A pesar de lo confuso del escrito de expresión de agravios, puede colegirse del mismo que el recurrente se agravia, fundamentalmente, en que la *a quo* reguló únicamente en la etapa de cumplimiento de sentencia, es decir, la posterior a la sentencia de remate, por lo que solicita los honorarios por el juicio de ejecución de sentencia, pidiendo que el monto base utilizado sea el fijado en la liquidación –A.I. N° 1505 de fecha 27 de setiembre de 2010– que asciende a G. 20.283.368. Si bien no solicita un porcentaje específico en el cual quieren que se justiprecien sus honorarios, solicita se retasen en la suma de G. 3.380.000, por lo que de un simple cálculo aritmético se infiere que constituye el 16,663%. Consecuentemente, tenemos que los agravios de refieren, fundamentalmente, tanto al monto base como al porcentaje utilizado por el inferior.

Respecto del primer agravio, se aprecia que, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, el inferior tomó como monto base la suma por la cual se promovió la acción –y no la de la liquidación– y que, conforme la S.D. N° 835 de fecha 08 de octubre de 2009 que llevó adelante la ejecución, el monto de G. 16.500.000 fue establecido solamente como capital. Conforme el A.I. N° 1.505 de fecha 27 de setiembre de 2010, la *a quo* procedió a regular los honorarios en la etapa de cumplimiento de sentencia aplicando el 7,5% en el doble carácter sobre el capital reclamado, conforme lo establece la segunda parte del art. 34 de la Ley 1.376/88, y que asciende a G. 1.237.500. Dicha resolución no especifica que la misma es una regulación provisional, es más, en ningún momento se aplica la reducción del 50% establecida en el art. 28 de la Ley N° 1376/88, por lo que en realidad los honorarios que se regularon en el A.I. N° 1762 de fecha 08 de no-

viembre de 2010 –hoy recurrida– no constituyen una regulación complementaria de la anterior, sino muy por el contrario, constituyen una regulación totalmente diferente, que justiprecia los honorarios dentro de la ejecución de sentencia iniciado para el cobro de honorarios, para las etapas propiamente ejecutiva que incluye la iniciación, la oposición de excepciones y que concluye con una sentencia de remate, conforme el art. 519 del Cód. Proc. Civ., mientras que en el A.I. N° 1505 de fecha 27 de setiembre de 2010 se justiprecian los trabajos en el cumplimiento de sentencia de remate, es decir, posterior al procedimiento ejecutivo, etapa claramente diferenciada en el art. 475 del Cód. Proc. Civ. El art. 34 de la ley 1376/88 hace alusión a estas etapas de forma diferenciada, y así es también como debe procederse en el justiprecio. Resulta claro pues, que no puede hacerse una llana remisión al 50% provisional. El interlocutorio que estableció la liquidación tampoco adoptó dicho criterio y dicha resolución que no fue objeto de agravios, se encuentra también firme y pasada en autoridad de cosa juzgada. Así pues, debemos concluir que el interlocutorio recurrido no constituye una regulación complementaria en el sentido del art. 28 de la ley arancelaria, sino la regulación de una etapa; por lo que resultan inaplicables los parámetros allí establecidos.

Ahora corresponde analizar cuál es el monto base aplicable para la determinación de los honorarios en la etapa aún pendiente. Sabido es que la liquidación establece la suma total comprensiva de todos los rubros de la condena, tanto del capital como de los intereses y costas. Al existir una liquidación aprobada en juicio, el monto total del juicio ha quedado determinado y asciende a G. 20.283.368, conforme el A.I. N° 1050 de fecha 27 de noviembre de 2010. Ahora bien, en dicho total se ha incluido los honorarios fijados para el cumplimiento de sentencia. Reiteradamente se ha puesto de manifiesto que no es procedente que se regulen honorarios profesionales por trabajos realizados en un juicio de honorarios profesionales, de modo de evitar que se generen honorarios de honorarios en progresión geométrica encareciendo así exacerbadamente el costo de los procesos judiciales, lo cual es de todo punto de vista contrario al principio de justicia pronta y barata. En consecuencia, del monto establecido en la liquidación debemos restar la suma ya establecida como honorarios profesionales en el A.I. N° 1050, esto de G. 1.237.500, para obtener el monto base del justiprecio. El agravio del apelante debe ser admitido parcialmente en cuanto a esto, y debe establecerse como base de cálculo el remanente, esto es la suma de G. 19.045.868.

Seguidamente, y sobre dicha base, se pasará a justipreciar los trabajos realizados por el solicitante y concluidos con la sentencia de remate –S.D. N° 835 de fecha 08 de octubre de 2009 (fs. 58)–. La mencionada resolución fue dictada en el marco del proceso de ejecución de sentencia donde se ejecutaron los honorarios generados en el marco del juicio principal “JUDITH CAMELIA ROMÁN DE PÉREZ C/ALCIRA IRMA CHAMORRO VDA. DE MERELES S/NULIDAD DE ACTO JURÍDICO” y fijados por A.I. N° 795 de fecha 02 de julio de 2008 y A.I. N° 959 de fecha 31 de julio de 2008. Como establecimos previamente, la base asciende a G. 19.045.868. Sobre dicho monto corresponde aplicar el porcentaje mínimo establecido en el art. 34 de la ley arancelaria al no haberse opuesto excepciones (fs. 57 vlta. de los autos principales), esto es, del 8% como patrocinante, más el 50% del mismo para el procurador, de conformidad al Art. 25 de la misma ley. Ello arroja la suma G. 2.285.504, monto en el que deben ser retasados los honorarios del Abog. Adán Héctor Capurro.

En cumplimiento de la Acordada N° 337, de fecha veinticuatro de noviembre de 2004, dictada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, debe adicionarse el importe del Impuesto al Valor Agregado –IVA–, que de conformidad con la legislación tributaria vigente en el tema, la ley 2.421/04, es el 10% sobre el monto base, que en este caso es la suma regulada, conforme lo dispone la Acordada de referencia.

Atendiendo a los puntos indicados, a la calidad de abogado de la parte gananciosa y de conformidad con los Arts. 21, 25, 26, 32, 33 y concordantes de la ley 1.376/88 corresponde regular los Honorarios del Abogado Adán Héctor Capurro en la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTAY CINCO MIL QUINIENTOS CUATRO GUARANÍES (G. 2.285.504), en el carácter de abogado patrocinante y procurador ganancioso en causa propia, fijando el monto del Impuesto al Valor Agregado en la suma de DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA GUARANÍES (G. 228.550).

A SU TURNO EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, MANIFESTÓ:
Que se adhiere a la opinión de la magistrada que antecede.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto por el recurrente.

RETASAR los honorarios del Abog. Adán Héctor Capurro por los trabajos realizados en el juicio de ejecución de sentencia y concluidos con la S.D. N° 835

de fecha 08 de octubre de 2009 en carácter de abogado procurador y patrocinante ganancioso en causa propia, en la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUATRO GUARANÍES (G. 2.285.504), fijando el Impuesto al Valor Agregado –IVA– en la suma de DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA GUARANÍES (G. 228.550). ANOTAR, registrar, y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Boungermini Palumbo, Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Constantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 475

Cuestión debatida: *Se trata de establecer la procedencia del auto interlocutorio que ordena el practicamiento de pruebas en unas excepciones opuestas por la demandada, y que, en definitiva, se deben ver si se encuentran o no contestes con el plazo probatorio común, que es perentorio.*

PRUEBA. Carga de la prueba. Ofrecimiento y producción de la prueba.

Es carga de la parte producir la actividad procesal idónea y oportuna a la producción de pruebas y todo lo que ello conlleva: la admisión, la fijación de la diligencia y el efectivo suceso. No haciéndolo así, la parte interesada no puede beneficiarse con su producción fuera del periodo corriente.

PRUEBA. Carga de la prueba. Ofrecimiento y producción de la prueba.

La conducta de la parte oferente –hoy recurrida– no fue lo suficientemente diligente como para provocar actividad probatoria post lapso probatorio, y por ende la decisión contenida en el apartado primero del auto recurrido “Hacer lugar a las manifestaciones formuladas para que en el plazo de 10 días se diligencien las pruebas ofrecidas por la excepcionante...” no se ajusta a derecho y debe ser revocada.

T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 24/06/11.- “Queja por Recurso Denegado Interpuesta por Mario Cazal Gómez en: Juan Manuel Pineda Leith

y Otros c/ Del Pilar Eugenia Miers Portelli s/ Reindición de Cuentas” (A. I. N° 475).

Asunción, 24 de junio de 2011.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abg. Mario Casal Gómez contra el A.I. N° 2110 de fecha 30 de diciembre de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, y,

CONSIDERANDO: Que por el referido auto interlocutorio el *a quo* resolvió: “HACER LUGAR, a las manifestaciones formuladas por la Sra. DEL PILAR E. MIERS PORTELLI, para que en el plazo de diez (10) días se diligencien las pruebas ofrecidas por la excepcionante y en consecuencia señalar las audiencias los días 10, 10, 10 del mes de 1) febrero; 2) febrero; 3) febrero del cte. año, a las 1) 08:00; 2) 09:00; 3) 10:00 horas, a fin de que los Señores 1) EMILIO PINEDA DIAZ; 2) JUAN MANUEL PINEDA LEITH, 3) DIMA ELIZABETH PINEDA LEITH, comparezcan ante el Juzgado a objeto de absolver posiciones a tenor del pliego a ser agregado en su oportunidad, bajo apercibimiento de lo dispuesto en los ars. 282 y 302 primera parte del CPC. II. REQUERIR, Informes: Del Centro de Emergencias Médicas, 2) Del Sanatorio Americano, 3) De la Dirección General de los Registros Públicos, 4) Sección Poderes y Buques, en la forma y los efectos solicitados. III. IMPONER las costas en el orden causado...” (f. 73).

En cuanto al recurso de:

NULIDAD: El recurrente desiste expresamente del recurso de nulidad por el interpuesto; y dado que no se advierte en el auto recurrido vicios o defectos que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad, corresponde tenerlo por desistido.

APELACIÓN: El Abg. Mario Casal Gómez, en el escrito obrante a fs. 48/56 se agravia de la resolución del inferior y manifiesta que la decisión no se halla ajustada a derecho. Dice que la resolución apelada fue dictada durante la tramitación del periodo probatorio de las excepciones opuestas por la demandada. Arguye que el periodo probatorio para las excepciones deducidas es de diez (10) días –art. 186 Cód. del Proc. Civ.– y que dicho plazo había vencido el 01 de noviembre de 2010, en razón de que principió el referido plazo el día 19 de

octubre del mismo año. Señala que la providencia dictada por el Juzgado el 03 de noviembre de 2010 admitiendo las pruebas de la excepcionante se encuentra desajustada a derecho, debido a la extemporaneidad del ofrecimiento. Manifiesta que la parte demandada no se ha preocupado en instar y urgir oportunamente el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas motivo por el cual no procede la suspensión de la etapa procesal siguiente. Termina solicitando la revocación del auto apelado.

La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 19/26, y expone los argumentos señalados a continuación. Manifiesta que la decisión adoptada por el inferior se encuentra ajustada a derecho en razón de que el recurrente en fecha 04 de noviembre de 2010 ha solicitado en forma maliciosa, improcedente y extemporánea el cierre del periodo probatorio y el llamamiento de autos para resolver, no pudiéndose realizar acto procesal alguno desde dicho pedido y fecha hasta la presentación del escrito de “ratificación probatoria” obrante a fs. 64. Arguye que al momento del dictado del auto apelado ya había vencido con creces el plazo probatorio de las excepciones, no existiendo tramitación de diligencia alguna dentro del periodo probatorio como pretende hacer creer el recurrente por la simple razón de que el 04 de noviembre de 2010 solicitó el cierre del periodo probatorio, suspendiéndose así todo trámite dentro del periodo probatorio. Afirma que desde el pedido de cierre del periodo probatorio “ha quedado pendiente el periodo probatorio” obligando al Juzgado a resolver si correspondía o no la apertura de un nuevo plazo probatorio para diligenciar las pruebas ofrecidas y admitidas oportunamente por su parte. En relación con el principio o *dies a quo* del plazo probatorio de las excepciones señala que hasta que el juez no determine cuáles son las pruebas admitidas el plazo del periodo probatorio no puede computarse y menos iniciarse el diligenciamiento de prueba alguna, pues no se puede determinar cuáles son las pruebas admitidas hasta tanto haya resolución. Señala que bajo ningún punto de vista se puede considerar el inicio del periodo probatorio la comunicación de la apertura de la causa a prueba, sino que el mismo es solo al efecto de informar que el Juzgado considera que existen hechos controvertidos y que se procederá a la admisión o no de las pruebas ofrecidas oportunamente. Sostiene que la apertura de las excepciones a prueba no determina cuales son las pruebas a ser diligenciadas. Afirma que la providencia que admite las pruebas de su parte es consecuencia del ofrecimiento en tiempo y forma, y no extemporánea como lo

sostiene el recurrente. Manifiesta que urgíó legal y oportunamente el diligenciamiento de sus pruebas mediante el escrito presentado a fs. 69. Señala que a fs. 55 obra la providencia que ordena la apertura a prueba de las excepciones, la cual quedó firme el 19 de octubre de 2010, quedando pendiente de resolución la admisión o rechazo de las pruebas ofrecidas oportunamente. Sostiene que la resolución apelada es consecuencia del urgimiento realizado por su parte como derivación del pedido de cierre del periodo probatorio realizado por el recurrente en pleno inicio del periodo probatorio decretado por el Juzgado el 03 de noviembre de 2010, en el cual se admiten las pruebas. Afirma que a fs. 69 ha formulado manifestaciones y urgido el diligenciamiento de las pruebas admitidas, como consecuencia del pedido del cierre del periodo probatorio solicitado por la adversa, ordenando el Juzgado que se corra traslado de su escrito, que fue contestado por la adversa. Arguye que como consecuencia del pedido de cierre del periodo probatorio formulado el 04 de noviembre de 2010 (f.68), el respectivo urgimiento de pruebas (f.69), y la respectiva contestación del incidente por el Abg. Casal Gómez (fs.70/71), el Juzgado ha dictado el auto apelado como resultado de su oportuno urgimiento del 11 de noviembre de 2010 y la inoportuna solicitud del cierre probatorio del recurrente. Termina señalando que conforme lo dispuesto por el art. 251 del Cód. Proc. Civ. son inapelables las resoluciones que ordenan diligencias de prueba dentro del periodo respectivo.

Se trata de establecer la procedencia del auto interlocutorio que ordena el practicamiento de pruebas en unas excepciones opuestas por la demandada, y que, en definitiva, se deben ver si se encuentran o no contestes con el plazo probatorio común, que es perentorio. En efecto, como ya se dijera en el A.I N° 126 de fecha 16 de marzo de 2011, dictado por este mismo Tribunal, el auto recurrido ha ordenado el diligenciamiento de pruebas estando pendiente un pedido de cierre del plazo probatorio, por lo que, en esencia, ha de verse si el plazo venció o no, y, en su caso, si procede la suspensión de la etapa procesal siguiente –de decisorio– para practicar las pruebas pendientes. A este efecto debemos determinar primeramente el decurso del plazo y luego la conducta procesal del oferente de la prueba, de modo de establecer si encuadra en las exigencias del art. 267 del Cód. Proc. Civ.

Por providencia de fecha 20 de septiembre de 2010 (fs. 55) se ordenó la apertura de las excepciones a prueba. Luego este proveído fue revocado por providencia de fecha 07 de octubre de 2010 (fs.55). Las partes se notificaron de

la primera providencia de apertura en fecha 27 de septiembre de 2010, personalmente la Sra. Del Pilar E. Miers de Portelli (fs. 56/57) y en fecha 01 de octubre de 2010, por cédula el Sr. Mario Cazal Gómez (fs.58). Ahora bien, como el proveído notificado se encontraba revocado, el anoticiamiento desde luego no puede tener el efecto de iniciar el decurso del plazo probatorio. Recién cuando las partes se notifican del segundo proveído, en fecha 14 de octubre de 2010 (fs. 62/63) personalmente la Sra. Del Pilar E. Miers de Portelli y en fecha 18 de octubre de 2010 por cédula el Sr. Mario Cazal Gómez (f. 66), es que empieza a correr el plazo. Así pues, el cómputo de diez días debe iniciarse a partir del 19 de octubre; lo que implica que el plazo probatorio se cumplió en fecha 2 de noviembre de 2010. Así pues, los escritos anteriores y posteriores a dicho lapso presentados por la parte demandada y excepcionante carecen de entidad para procurar efectivamente el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas –vgr las presentaciones de fs.62/63 y 69–. Cuando en fecha 3 de noviembre de 2010 el juzgado finalmente admite las pruebas y fija las diligencias, el plazo ya se encontraba vencido. Es carga de la parte producir la actividad procesal idónea y oportuna a la producción de pruebas y todo lo que ello conlleva: la admisión, la fijación de la diligencia y el efectivo suceso. No haciéndolo así, la parte interesada no puede beneficiarse con su producción fuera del período corriente.

Así pues, se concluye que la conducta de la parte oferente –hoy recurrida– no fue lo suficientemente diligente como para provocar actividad probatoria post lapso probatorio, y por ende la decisión contenida en el apartado primero del auto recurrido no se ajusta a derecho y debe ser revocada. Como los apartados segundo y tercero, dependen del primero, la revocación de éste produce efectos en aquéllos dos, que por vía de consecuencia vienen a quedar inanes.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición, en ambas instancias, a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,
RESUELVE:

TENER por desistido al recurrente del recurso de nulidad por él interpuesto.

REVOCAR el auto apelado.

IMPONER costas, en ambas instancias, a la perdedora.

ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Maria Mercedes Boungermini Palumbo, Neri E. Villalba F.
y Arnaldo Martinez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 34

Cuestión debatida: *Se analiza si nos encontramos ante una acción de ejecución hipotecaria, que clase de contrato hipotecario y si los pagares presentados deben encontrarse inscriptos en la Dirección General de los Registros Públicos, en virtud de lo dispuesto en el Art. 2371 del Código Civil Paraguayo. Se trata de establecer la procedencia de una ejecución con garantía real en la cual se han presentado a requerimiento unos títulos de crédito en la forma de pagares.*

HIPOTECA. Hipoteca Flotante. PAGARÉ.

La hipoteca flotante que se encuentra normada en el Art. 2359 del Código Civil Paraguayo, que es relevante para poder determinar si los pagares presentados deben tener o no el requisito de su inscripción en los registros públicos, tal y como lo establece el Art. 2371 del mismo cuerpo mencionado.

HIPOTECA. Hipoteca Flotante. PAGARÉ.

Si bien es requisito condicionante la inscripción del pagare en los registros públicos, conforme lo establece la ley de fondo, esta exigencia solo está dada para el caso de tratarse de un contrato hipotecario del tipo cerrado. Lo cual, no se da en este caso, que nos encontramos ante una hipoteca flotante. Siendo entonces, los pagares presentados accesorios del contrato de hipoteca que reúne todos los requisitos para proceder a su ejecución.

HIPOTECA. Hipoteca Flotante. PAGARÉ

Siendo pagarés no hipotecarios, no precisan ni el relacionamiento con la escritura hipotecaria, ni la inscripción registral del art. 2371 del C.C.. Si precisan ser reconocidos judicialmente en sus firmas, dado que no forman parte de la escritura y por ende la fedación de esta no le alcanza. Los pagares aludidos no han sido sometidos al procedimiento de reconocimiento, propio del inc. del art. 443 del Cód. Proc. Civ., y la constancia contenida en su reverso de que “corresponde a la escritura de Préstamo c/ Garantía Hipotecaria, formalizada por

Escritura N° 491, de fecha 15 de noviembre de 2002...” no es suficiente para la autenticidad de las firmas, ya que no se dice allí ni que fueron puestas en presencia del notario ni que coinciden con el libro de registro de firmas.

HIPOTECA. Hipoteca Flotante. PAGARÉ. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

A lo largo del procedimiento ejecutivo los demandados no han negado sus firmas. Se han limitado a sostener la inejecutabilidad de los documentos por aspectos formales –falta de inscripción registral- más no por aspectos sustanciales relativos a la paternidad del título y de ser su librador. De modo pues, que la falta de reconocimiento queda así salvado.

T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/11. “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Jorge Faustino Laran Piñanez c/ Sun Won Kim y Kil Soon Kim s/ Ejecución Hipotecaria” (Ac y Sent N° 34).

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: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO E YNSFRÁN SALDÍVAR .

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: La parte recurrente al haber desistido expresamente de este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por los mismos en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, NULIDAD: El Abog. Onofre González Lagraña, en su presentación de fs. 58/60, desistió expresamente del recurso de nulidad por él interpuesto, y dado que no se advierten en la resolución recurrida vicios o defectos que autoricen a la declaración *ex officio* de la nulidad, corresponde tenerlo por desistido del recurso de nulidad.

A SU TURNO EL DR. YNSFRÁN SALDÍVAR, MANIFIESTA: Que se adhiere al voto precedente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ PROSIGUIÓ DICHIENDO: Por la sentencia apelada N° 164 de fecha 24 de marzo de 2.004, la instancia anterior resolvió: “1.- RECHAZAR, la excepción de inhabilidad de título interpuesta por el representante convencional de los demandados SUN WON KIM y KIL SOON KIM, por improcedente, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. IMPONER las costas a la parte perdedora. LLEVAR adelante la presente ejecución promovida por el Sr. JORGE FAUSTINO LARAN P., contra los Señores SUN WON KIM y KIL SOON KIM, hasta que los deudores hagan íntegro pago de las sumas reclamadas y más sus intereses, costos y costas del juicio. ANOTAR...” (fs. 51/53, de los autos principales).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 58/60, de los autos principales, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por el a-quo. Contra ella argumenta, que la escritura del contrato hipotecario es un accesorio y lo principal de la obligación son los pagares presentados que no reúnen los requisitos para constituir títulos con fuerza ejecutiva al faltarles la inscripción en los registros públicos. Términa su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte, contesta el traslado de los agravios de la parte actora fundando la defensa de la sentencia recurrida en los siguientes argumentos. Rechaza los agravios de la apelante, por cuanto considera, que la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada es improcedente desde el momento que no ha negado la deuda y ha reconocido que la certificación del escribano de los pagarés se refieren a la escritura hipotecaria. Alega además, que el mismo contrato hipotecario determina la naturaleza del crédito que acredita la ejecución hipotecaria. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis si nos encontramos ante una acción de ejecución hipotecaria, que clase de contrato hipotecario y si los pagarés presentados deben encontrarse inscriptos en la Dirección General de los Registros Públicos, en virtud de lo dispuesto en el Art. 2371 del Código Civil Paraguayo.

En primer orden, de la lectura del escrito de presentación de la acción se lee expresamente que la parte actora ha promovido una acción de ejecución del contrato hipotecario celebrado con la parte demandada. Así también, se consta-

ta en el proveído de fecha 03 de abril de 2003 (fs.16). Y, del mismo escrito presentado por la parte demandada, siendo que, la excepción opuesta se basa sobre un defecto formal de los pagarés presentados y no precisamente sobre el contrato hipotecario. Concluyéndose que nos encontramos ante una acción de ejecución hipotecaria.

En segundo orden, referido a la clase de hipoteca que se trata, es fundamental analizar las cláusulas del contrato expuestas en la Escritura Hipotecaria de fs. 07/13 de los autos principales. En ese sentido, es relevante lo contenido en la Cláusula Sexta que dice: “Esta hipoteca cubre y garantiza hasta un monto máximo en concepto de capital e intereses de (US\$.171.048,00) DÓLARES AMERICANOS CIENTO SETENTA Y UN MIL CUARENTA Y OCHO, las siguientes obligaciones que los deudores hayan contraído o contraigan en el futuro con el acreedor...”. De la lectura de la referida cláusula contractual se concluye que nos encontramos ante una clase de hipoteca llamada flotante que se encuentra normada en el Art. 2359 del Código Civil Paraguayo. Que, es relevante para poder determinar si los pagarés presentados deben o no tener el requisito de su inscripción en los registros públicos, tal y como lo establece el Art. 2371 del mismo cuerpo legal mencionado.

Al respecto, si bien es requisito condicionante la inscripción del pagaré en los registros públicos, conforme lo establece la ley de fondo, esta exigencia solo está dada para el caso de tratarse de un contrato hipotecario del tipo cerrado. Lo cual, no se da en este caso, que nos encontramos ante una hipoteca flotante. Siendo entonces, los pagarés presentados accesorios del contrato de hipoteca que reúne todos los requisitos para proceder a su ejecución.

En conclusión, de todo el criterio expuesto precedentemente por este Miembro corresponde sea confirmada íntegramente la sentencia apelada.

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas a la parte perdidosa de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, DE LA APPELACIÓN: Se trata de establecer la procedencia de una ejecución con garantía real en la cual se han presentado a requerimiento unos títulos de crédito en la forma de pagarés.

La principal alegación para la improcedencia de la demanda, que esgrime el demandado, es la naturaleza de los pagarés presentados a ejecución, que él aduce son pagarés hipotecarios regidos por el art. 2371 del Cód. Civ.

Sabido es que los pagarés hipotecarios tienen un régimen formal y registral específico para su ejecución. Fuera de esto, los títulos de crédito también pueden ser amparados por una garantía real flotante o abierta, en cuyo caso no están sujetos a las disposiciones formales antes citadas.

Clave para desentrañar el hilo de solución de este asunto es, pues, la determinación del tipo de hipoteca que las partes pactaron: una de deuda cierta, o una abierta o flotante. Una primera lectura superficial del contrato de préstamo hipotecario (fs.07/12) podría inducir a error, ya que en su cláusula primera se expresa que se otorga un préstamo con garantía hipotecaria, lo cual parecería indicar que la garantía se concertó solo respecto del mutuo también pactado en el mismo instrumento. Ahora bien, es en la cláusula sexta que se establece concretamente qué cobertura tendrá la garantía y por ende cuál es su naturaleza. En efecto en dicha cláusula se establece que "...Esta Hipoteca cubre y garantiza hasta un monto máximo en concepto de capital e intereses de (US\$.171.048,00) DÓLARES AMERICANOS CIENTO SETENTA Y UN MIL CUARENTA Y OCHO, las siguientes obligaciones que los DEUDORES hayan contraído o contraigan en el futuro con el ACREEDOR...". (sic, f.10 vlt.).

Con ello resulta claro que estamos ante una garantía flotante, en la cual el ámbito objetivo de la garantía —esto es, qué créditos cubre— tiene un gran espectro. Se incluyen en ella tanto el mutuo concertado en la cláusula primera, como toda obligación futura nacida entre las partes, incluso aquéllas que se estipulen en un pagaré.

Los pagarés de fs. 02, presentados a ejecución, entrarían en el marco objetivo de la garantía así concertada.

Ahora bien, siendo pagarés no hipotecarios, no precisan ni el relacionamiento con la escritura hipotecaria, ni la inscripción registral del art. 2371. Si precisan ser reconocidos judicialmente en sus firmas, dado que no forman parte de la escritura y por ende la fedación de ésta no le alcanza. Los pagarés aludidos no han sido sometidos al procedimiento de reconocimiento, propio del inc. del art. 443 del Cód. Proc. Civ., y la constancia contenida en su reverso de que "corresponde a la Escritura de Préstamo c/ Garantía Hipotecaria, formalizada por Escritura N° 491, de fecha 15 de Noviembre de 2002..." no es suficiente para la autenticidad de las firmas, ya que no se dice allí ni que fueron puestas en presencia del notario ni que coinciden con el libro de registro de firmas. Empero, a lo largo del procedimiento ejecutivo los demandados no ha negado su firma. Se

ha limitado a sostener la inejecutabilidad de los documentos por aspectos formales –falta de inscripción registral- más no por aspectos sustanciales relativos a la paternidad del título y de ser su librador. De modo pues, que la falta de reconocimiento queda así salvada.

Con estas conclusiones resulta irrelevante si se está ejecutando el mutuo –claramente amparado por la garantía y contenido formalmente en la escritura presentada por el actor–.

o si se están ejecutando los pagarés, también, como vimos, amparados por la garantía. Y también resulta irrelevante, a los efectos de este procedimiento, indagar si los pagarés fueron librados en concepto de garantía del mutuo o si son completamente autónomos.

Por último ha de decirse que la hipoteca flotante además ha cumplido con el requisito de establecer el monto máximo de afectación del bien, determinado en la cláusula sexta, hasta la suma total de US\$.171.048,00, incluidos todos los accesorios.

De esta forma se concluye que la excepción opuesta no es admisible y que la demanda ejecutiva resulta procedente. La sentencia de primera instancia que así lo decide debe ser confirmada.

Las costas se deben imponer a la perdidosa, en ambas instancias, por aplicación de los arts. 192 y 203 del Cód. Proc. Civ.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO DR. YNSFRÁN SALDÍVAR, DIJO: Debo expresar que me adhiero a las opiniones de los colegas Neri Villalba y María Mercedes Buongermini Palumbo por 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.

RESUELVE:

TENER por desistido al recurrente del recurso de nulidad.

CONFIRMAR la sentencia apelada.

IMPONER las costas, en ambas instancias, a la perdidosa.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Boungermini Palumbo, Neri E. Villalba F. y Linneo Insfrán Saldívar.

Ante mí: Abg. Letizia Pereira. Actuarial Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 35

Cuestión debatida: *En autos se discute la excepción de inhabilidad de título y nulidad opuesta por el demandado a modo de enervar la pretensión de la parte actora.*

CHEQUE. Rechazo del cheque. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

Los cheques presentados a cobro y cuyo pago han sido rechazado por el banco girado, con la atestación correspondiente, tienen fuerza ejecutiva conforme con el art. 1752 del Cód. Civ. Concordantes con el Art. 448 inc. f) del Cód. Proc. Civ.

CHEQUE. Rechazo del cheque. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

El art. 1752 del código civil, si bien condiciona la acción ejecutiva directa—que no exige preparación— a la presentación del cheque ante el banco girado en tiempo útil, no excluye la posibilidad de que el titular de un cheque no presentado en tiempo propio pueda preparar la acción ejecutiva o iniciar la acción ordinaria correspondiente contra el librador del cheque para hacer valer sus derechos en los términos del art. 1752 del código civil, que no es derogado sino complementado, en cuenta a la acción ejecutiva directa.

EXCEPCIÓN DE NULIDAD. Admisibilidad de la excepción de nulidad.

La excepción de nulidad es un modo específico, en el juicio ejecutivo, de hacer valer deficiencias o vicios procedimentales. Es decir, es una subespecie de las nulidades procesales. Como tal, debe reunir los mismos requerimientos de toda nulidad procesal: la existencia de un vicio no convalidado y de un perjuicio.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

Aquí debemos también recordar que el perjuicio, en tratándose de juicio ejecutivos, esta también expresamente tasado y definido en el Art. 463 del Cód. Proc. Civ. Esto es, tratándose de vicios en la preparación ejecutiva o la intimación de pago, debe negarse la firma o la deuda, o bien debe hacerse depósito de lo reclamado.

T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 04/05/11. “Anónima de Mandatos c/ Eduardo María Ibarra de Barros Barreto s/ Acción Ejecutiva”. (Ac y Sent. N° 35).

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, VILLALBA FERNÁNDEZ, y BUONGERMINI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, DIJO: El recurrente no ha fundado el presente recurso. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, el mismo debe ser declarado desierto.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Buongermini, manifestaron que votan en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. MARTÍNEZ PRIETO PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 795 de fecha 05 de octubre de 2010 el *a quo* resolvió: “1. DESESTIMAR, con costas, la excepción de inhabilidad de título y nulidad opuesta por la parte demandada EDUARDO MARIA IBARRA DE BARROS BARRETO, por improcedente. 2. LLEVAR ADELANTE la ejecución promovida por ATLÁNTICO SOCIEDAD ANÓNIMA DE MANDATOS contra EDUARDO MARÍA IBARRA DE BARROS BARRETO, por el cobro de la suma de GUARANÍES NOVECIENTOS CATORCE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL (Gs. 914.370.000), hasta que el acreedor se haga íntegro cobro del capital reclamado, intereses y costas del juicio. 3. ANOTAR,...”. (sic.) (fs. 82 vlta.).

El recurrente en su escrito de fundamentación de agravios a fs. 90/92 manifiesta que los cheques objeto de la presente acción no reúnen calidad de títulos ejecutivos. Sostiene que si bien los cheques tienen el motivo de rechazo, ni su parte ni el juzgado pueden determinar si la firma del responsable del banco está autorizada. Arguye que los cheques no tienen el sello de la cámara compensadora por lo que no tienen calidad de títulos ejecutivos. Aduce que la intimación no fue correctamente diligenciada por lo que también ello obsta a la procedencia de la ejecución. Solicita se revoque la resolución recurrida y se haga lugar a la excepción de inhabilidad de título.

Corrido traslado a la adversa la misma contesta en su escrito a fs. 93/95 manifestando que todos los cheques fueron debidamente presentados para su cobro y que todos fueron rechazados por insuficiencia de fondos y por cuenta cancelada. Sostiene que de dichas constancias se desprenden perfectamente las

firmas de los responsables bancarios e incluso de la cámara compensadora, por lo que los documentos constituyen títulos ejecutivos. Arguye que al no realizar ningún pago el demandado en oportunidad de oponer la excepción de nulidad, no sufrió perjuicio alguno, por lo que tampoco puede argüir la defectuosa intimación a los efectos de frenar la presente ejecución, por lo que solicita se confirme la sentencia recurrida.

En autos se discute la excepción de inhabilidad de título y nulidad opuesta por el demandado a modo de enervar la pretensión de la parte actora.

El recurrente sostiene que el cheque que sirve de base a la presente ejecución es inhábil porque no ha sido debidamente preparado. De las constancias de autos (fs. 9/15) surge que los cheques N° 00511202, 00511197, 00511212, 35003464, 35003465, 35003467 y 00038457 fueron presentados al cobro pero devuelto por falta de fondos. Esta es la “comprobación equivalente al protesto” a la que refiere el art. 1742 inc. b) del Código Civil.

Ahora bien, este tribunal ya ha establecido en fallos anteriores que los cheques presentados a cobro y cuyo pago ha sido rechazado por el banco girado, con la atestación correspondiente, tienen fuerza ejecutiva conforme con el art. 1752 del Cód. Civ. concordante con el art. 448 inc. f) del Cód. Proc. Civ.

En efecto, el art. 1752 del Código Civil establece: “El cheque bancario que, presentado en tiempo útil, no fuese pagado y cuya negativa de pago se acredite conforme a lo dispuesto en el artículo 1742 tendrá fuerza ejecutiva por el capital y sus accesorios”; ello en efecto, si bien condiciona la acción ejecutiva directa – que no exige preparación– a la presentación del cheque ante el banco girado en tiempo útil, no excluye la posibilidad de que el titular de un cheque no presentado en tiempo propio pueda preparar la acción ejecutiva o iniciar la acción ordinaria correspondiente contra el librador del cheque para hacer valer sus derechos en los términos del art. 1752 del Código Civil, que no es derogado sino complementado, en cuanto a la acción ejecutiva directa.

Por otra parte, el Art. 448 del Código Procesal Civil también complementa la disposición contenida en el artículo citado, en los siguientes términos: “Los títulos que traen aparejada ejecución, de conformidad con el Art. 439 del mismo Código son los siguientes: f) la letra de cambio, factura conformada, vale o pagaré y el cheque rechazado por el banco girado, protestados de conformidad con la ley, cuando correspondiera, o en su defecto, reconocidos en juicio”.

Por consiguiente, y de acuerdo al referido artículo 448 del Código Procesal Civil en concordancia con el Art. 1752 del Código Civil, como los cheques N°

00511202, 00511197, 00511212, 35003464, 35003465, 35003467 y 00038457 fueron presentados al banco para ser depositado en una cuenta en tiempo útil y fue rechazado por el mismo por falta de fondos, se está en presencia de un título que trae aparejada la ejecución directa.

Luego, en cuanto a la excepción de nulidad, la misma es un modo específico, en el juicio ejecutivo, de hacer valer deficiencias o vicios procedimentales. Es decir, es una subespecie de las nulidades procesales. Como tal, debe reunir los mismos requerimientos de toda nulidad procesal: la existencia de un vicio no convalidado y de un perjuicio. Aquí debemos también recordar que el perjuicio, en tratándose de juicios ejecutivos, está también expresamente tasado y definido en el art. 463 del Cód. Proc. Civ. Esto es, tratándose de vicios en la preparación ejecutiva o la intimación de pago, debe negarse la firma o la deuda, o bien debe hacerse depósito de lo reclamado. En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia en cuanto a este punto y llevar adelante la ejecución. En el caso de autos, la parte demandada arguye que la intimación de pago fue realizada a una persona distinta. Del acta de diligenciamiento de la intimación de pago surge que el demandado no se encontraba en su domicilio en ese momento, por lo que el vicio se encuentra configurado. Sin embargo, como al momento de oponer la excepción no realizó el depósito de lo reclamado, el perjuicio no se configura por lo que también esta excepción es improcedente.

En consecuencia, corresponde confirmar la resolución recurrida.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ. Voto en tal sentido.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Buongermini, manifestaron que votan en el mismo sentido.

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.

RESUELVE:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la resolución recurrida.

IMPONER las costas a la parte perdedora.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excm. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini P., Arnaldo Martínez Prieto y Neri Villalba.

Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 41

Cuestión debatida: *Se discute la procedencia de una demanda de colación de sumas de dinero depositadas en cuentas bancarias.*

SENTENCIA. Nulidad de la sentencia.

Dado que la nulidad se pronunció por deficiencias en la integración de la litis y que existen etapas procesales que deben ser cumplidas en la instancia inferior, a este Tribunal le resulta imposible expedirse, sin incurrir en idéntico defecto, sobre la cuestión de fondo (art. 406 del Cód. Proc. Civ.).

COSTAS.

Las costas correspondientes a la demanda de cobro de mejoras interpuestas por la actora, deben ser impuestas a la misma, dado que el vicio no es imputable en modo alguno al juez sino a la defectuosa integración de la litis encarada por aquella.

SENTENCIA. Nulidad de la sentencia.

La sentencia recurrida es incongruente, ya que la a-quo fallo citra petita, esto es, omitió expedirse sobre la pretensión de colación de sumas de dinero incoada por la actora contra los demandados. En estas condiciones, no queda otra alternativa más que pronunciar la nulidad de la resolución recurrida respecto de la omisión de pronunciamiento incurrida por la jueza inferior.

SUCESIÓN. Bienes colacionables.

La acción de colación tiene un objeto bien definido: traer a la masa hereditaria el valor de los bienes salidos de ella en virtud de un acto de liberalidad efectuado en vida por el causante a favor de un heredero forzoso, conforme con el art. 2544 y sgts. del Cód. Civ.

SUCESIÓN. Bienes colacionables.

En el caso, la única titular nominal de las cuentas abiertas en el Banco es la esposa del causante y no existe la co-titularidad nominal entre mismos, como lo sostuvo la actora en el escrito de demanda. Sin embargo, esto no requiere

decir que las sumas de dinero depositadas en ambas cuentas bancarias no sean bienes hereditarios, al menos parcialmente.

SUCESIÓN. Bienes colacionables.

Disuelta la comunidad de gananciales por la muerte de uno de los esposos, la liquidación y partición de los bienes que integra la comunidad tiene lugar en el proceso sucesorio, donde corresponde la determinación del carácter propio o ganancial de los bienes, a los efectos sucesorios pertinentes (arts. 2586, 2588 y sgtes. del Cód. Civ.).

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

El art. 36 de la Ley N° 1/92 consagra la presunción iuris tantum de carácter ganancial de los bienes existentes al terminar la comunidad. Por su parte, el art. 56 de la Ley N° 1/92 establece que, una vez terminada la comunidad, los gananciales se dividirán entre los cónyuges por partes iguales. Dicha disposición normativa se complementa, por otra parte, con la norma contenida en el art. 2.588 del Cód. Civ., según la cual el cónyuge que concurra con ascendientes o descendientes no tendrá parte a título de herencia en los bienes gananciales que hubieren correspondido al causante.

PRUEBA DE CONFESIÓN. Efectos de la prueba de confesión.

La norma contenida en el art. 291 del Cód. Proc. Civ. Está concebida en términos imperativos, sin margen de discrecionalidad al juzgador, como lo hacen, por ejemplo, las disposiciones normativas contenidas en los arts. 282, 287, 288, 292 y 293 del Cód. Proc. Civ., en el sentido de que estas últimas establecen que el absolvente podrá ser tenido por confeso al momento de dictarse sentencia definitiva.

PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta.

Debemos hacer una precisión respecto del alcance de la confesión ficta, particularmente en estos casos –enfermedad del absolvente–. En efecto, apriorísticamente se podría concluir que la norma contenida en el art. 291 del Cód. Proc. Civ., otorga el valor de plena prueba –en el sentido de que irremisiblemente deben tenerse por ciertas las afirmaciones efectuadas en el pliego por el ponente– a la confesión ficta cuando acaecen la circunstancia que caen bajo su imperio. Sin embargo, esta conclusión es más aparente que real, pues no resiste un análisis a la luz de una interpretación sistemática de las disposiciones normativas referentes a la prueba confesoria contenidas en el Libro II, Título II, Capítulo II del Código Procesal Civil.

PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta.

En efecto, la norma contenida en el art. 291 del Cód. Proc. Civ., debe necesariamente ser integrada con lo dispuesto por el art. 302 del Cód. Proc. Civ., que regula el “valor de la confesión”. En virtud de lo dispuesto por el art. 302 del Cód. Proc. Civ., y en lo que nos interesa, la confesión ficta debe ser apreciada por el juez justamente con las demás pruebas, y de acuerdo con los principios de la sana crítica.

PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión espontánea.

El art. 291 in fine del Cod. Proc. Civ., establece que solo y exclusivamente la “confesión espontánea” –que es la surge de los escritos de demanda, contestación de demanda, etc.– hace plena prueba.

PRUEBA DE CONFESIÓN. Confesión ficta. PRUEBA. Sana Crítica.

La confesión provocada fictamente debe ser interpretada, siempre, conjuntamente, con las demás probanzas y de acuerdo a la sana crítica, lo que significa que ella pueda quedar desvirtuada mediante otras probanzas que la neutralicen o cuando ella contenga proposiciones fácticas desajustadas a los máximos de la experiencia y reglas de la lógica.

MEJORAS.

Así, de las constancias de autos, no existe ningún instrumento que acredite que el dinero invertido en la construcción pertenece al causante. De ahí, que las constancias de las extracciones bancarias realizadas no prueban el destino del dinero extraído. El informe pericial es inconducente para este caso. Tampoco los testigos han manifestado su conocimiento cierto que la construcción fue realizada con el dinero del causante. El informe de los registros públicos donde consta un contrato de hipoteca no acredita el objeto del contrato ni se ha presentado la escritura hipotecaria.

SUCESION. Bienes colacionables.

Al respecto, pueda la colación de bienes hereditarios, estos deben estar acreditados con instrumentos donde consten que en vida el heredero ha recibido del causante bienes por donación u otro título gratuito que posteriormente deba traer a la masa hereditaria. Lo cual, en este proceso no se ha acreditado, siendo insuficiente elementos subjetivos que pudieran avalar la colación del bien demandado

T. de Apel. en lo Civ. y Com. Tercera Sala. 09/05/11. “Carolina Kennedy de

Centurión c/ Felipa Pereira Vda. De Kennedy y Otros s/ Acción de Colación” (Ac y Sent N° 41).

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?

Practicando el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO Y MARTÍNEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: Los recurrentes, al no haberse fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por los mismos en sustento de éste recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, NULIDAD: El Abog. Gabriel Santacruz Moro, en su escrito obrante a fs. 254/256, no ha fundado el recurso de nulidad por él interpuesto. Tampoco la Abog. Blanca Inés Duarte Esteche lo fundó en la Alzada, como puede apreciarse con la lectura del memorial de agravios presentado a fs. 257/262.

No obstante, el Tribunal se halla facultado a analizar de oficio el recurso de nulidad, por hallarse implícito en el recurso de apelación, conforme lo dispuesto por el art. 405 del CPC. Dicha vía recursiva, como es sabido, está reservada para atacar las resoluciones judiciales dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes (art. 404 del Cód. Proc. Civil), o en aquellos casos en los cuales preexiste un vicio que impide el dictamiento válido de la sentencia definitiva (art. 113 del Cód. Proc. Civil).

Esta Magistratura ha detectado la existencia de vicios de gravedad insusceptibles de convalidación, que tornan nula la resolución recurrida; mas, para explicitarlos, se hace necesario previamente un breve examen del expediente respecto de la configuración de esta litis, con sus particularidades.

De los antecedentes del caso se desprende que la Sra. Carolina Kennedy de Centurión promovió demanda de colación contra las Sras. Felipa Pereira Vda.

Kennedy y Elizabeth Kennedy de Juvinel, reclamando dinero en efectivo –G. 5.005.127 y US\$. 40.034,15- depositado en las Ctas. Nros. 759873/001 y 759873/002, respectivamente, abiertas en el Banco LLOYDS TBS; así como el valor de mejoras relativas a la construcción de una casa –US\$. 40.000– supuestamente efectuadas en un inmueble por el causante, Sr. Ubaldo Kennedy González (fs.09/16).

Sin embargo, de la atenta lectura del escrito inicial se advierte que, en realidad, la actora, Sra. Carolina Kennedy de Centurión, procedió con la presente demanda a la acumulación de dos pretensiones frente a dos sujetos pasivos distintos, ambas calificadas por la misma como acción de colación. Así, en primer término, la Sra. Carolina Kennedy de Centurión pretende frente a la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel la colación del valor de las mejoras o inversión de sumas de dinero –US\$. 40.000– supuestamente efectuadas por el causante, Sr. Ubaldo Kennedy González, para la construcción de una casa “en el inmueble del matrimonio Juvinel-Kennedy” (sic, f. 13). En segundo lugar, la Sra. Carolina Kennedy de Centurión pretende frente a la Sra. Felipa Pereira Vda. Kennedy la colación de sumas de dinero –G. 5.005.127 y US\$. 40.034,15– depositadas en las Ctas. Nros. 759873/001 y 759873/002, abiertas en el Banco LLOYDS TSB. (f. 13). Es necesario recalcar también que ambas pretensiones de colación son distintas e inconexas entre sí; esto es, nos encontramos ante un proceso con pluralidad de pretensiones cuyos elementos carecen de conexidad subjetiva pasiva, objetiva o causal; y cuyo único punto en común radica en la circunstancia de que la Sra. Carolina Kennedy de Centurión ocupa, en ambas demandas, la posición procesal de sujeto activo o parte actora. Así, pues, queda claro que ambas demandas de colación son independientes en su resultado final, razón por la cual podrían haber sido promovidas también en forma independiente y separada, sin perjuicio de que tales pretensiones de colación sean reclamadas dentro del mismo proceso, como acontece en este caso en particular.

Ahora, una cuestión que agrega algo de confusión es la atinente a la integración de esta litis con el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira. En este sentido, a fs. 20, la actora, solicitó que se corra traslado de la demanda al Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, sin brindar mayores argumentos que justifiquen este proceder, más que la calidad de heredero del mismo: “...y como esta acción también debe ser notificada al otro heredero el Sr. UBALDO KENNEDY CENTURIÓN PEREIRA denunciamos el domicilio del mismo sito...” (sic). El art. 217 del Cód. Proc.

Civil establece que antes de ser notificada la demanda, el actor puede modificar el escrito inicial, y ampliar o restringir sus pretensiones. El anoticiamiento cédular del traslado de la demanda al Sr. Ubaldo Kennedy Pereira (f.22) se produjo en la misma fecha -pero horas antes- que la comunicación de la misma resolución judicial efectuada a las Sras. Elizabeth Kennedy de Juvinel y Felipa Pereira Vda. de Kennedy (f. 21). El art. 215 incs. “c”, “d” y “f” del Cód. Proc. Civil, establece que la demanda debe contener la designación precisa de lo que se demanda, así como los hechos en que se funde y la petición en términos claros y positivos. Aquí, obviamente, la actora incumplió con los precitados requisitos de forma de la demanda respecto del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira. No obstante, a fs. 29, se presentó el Abog. Aldo Eduardo León, en representación del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira a formular allanamiento “a la acción de colación presentado en estos autos, por adecuarse los mismos a la verdad de los hechos” (sic). Entonces, aún cuando el pedido de “notificación” no alude expresamente a la calidad en que la actora pretende que se anoticie de la demanda de colación, y el proveído de la jueza inferior tampoco arroja luz sobre este asunto, no se puede sino entender que la posición procesal del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira es la de demandado. Ello por dos motivos: primero, porque la calidad de actor en un juicio es siempre voluntaria e implica el ejercicio espontáneo del *ius actionis*, y no puede ser impuesto por un sujeto a otro sujeto. Y en segundo lugar porque el allanamiento solo compete, en buen rigor procesal, a una adversa.

Así las cosas, tenemos que la calidad de sujeto pasivo o parte demandada del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira es incuestionable, porque, bien o mal, la actora modificó el escrito de demanda ampliándola respecto de los sujetos pasivos frente a quienes pretende la satisfacción de las pretensiones de colación incoadas en la demanda. Así, pues, a pesar de este verdadero galimatías procesal, esta Magistratura a fin de satisfacer la *regla de congruencia* respecto de los sujetos procesales, que impone declarar íntegramente el derecho de todas las partes en litigio –admitiendo o rechazando las pretensiones, según corresponda–, debe entender que la pretensión de colación de mejoras es interpuesta por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra los Sres. Elizabeth Kennedy de Juvinel y Ubaldo Kennedy Pereira; asimismo, debe entenderse que la pretensión de colación de sumas de dinero es interpuesta contra los Sres. Felipa Pereira Vda. de Kennedy y Ubaldo Kennedy Pereira.

Las precisiones precedentemente anotadas respecto de las pretensiones incoadas en la demanda por la actora, Sra. Carolina Kennedy de Centurión,

obedecen a que hemos detectados vicios nulitivos, si bien de distinta índole, que afectan tanto a la pretensión de colación de mejoras interpuesta contra los Sres. Elizabeth Kennedy de Juvinel y Ubaldo Kennedy Pereira, como a la pretensión de colación de sumas de dinero interpuesta contra la Sres. Felipa Pereira Vda. Kennedy y Ubaldo Kennedy Pereira. Veamos, pues, por separado dichos supuestos.

Primeramente comencemos con el análisis de la pretensión de colación del valor de las mejoras interpuesta por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra los Sres. Elizabeth Kennedy de Juvinel y Ubaldo Kennedy Pereira.

La actora sustenta dicha pretensión frente a la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel arguyendo, entre otros, que el causante –Sr. Ubaldo Kennedy González– y su esposa –Sra. Felipa Pereira– habían vendido su casa, motivo por el cual decidieron hacerse nuevamente de una casa más pequeña. Manifiesta que con el ofrecimiento y asesoramiento del yerno, Sr. César Juvinel –esposo de la Sra. Elizabeth Kennedy–, se inició la construcción de la casa en el terreno de propiedad del Sr. César Juvinel, acordándose que una vez finalizada dicha construcción el finado debía abonarle la suma de US\$. 20.000 por la compra del terreno “al matrimonio Juvinel-Kennedy”. Sostiene que no se pudo terminar con los detalles de la casa y mucho menos hacer las documentaciones correspondientes porque acaeció el fallecimiento del Sr. Ubaldo Kennedy González, e inmediatamente la Sra. Elizabeth Kennedy “ya no quiso reconocer que la construcción fue realizada con el dinero de su padre” pretendiendo apoderarse de la construcción –mejoras– realizada por el causante, porque el terreno donde se realizó la construcción, que linda con la casa de la Sra. Elizabeth Kennedy, se encuentra a nombre de su marido. Manifiesta que la Sra. Elizabeth Kennedy se negó a reconocer la construcción de una moderna casa que su padre había realizado en vida en el terreno propiedad de su marido, Sr. César Juvinel, con la excusa de que pertenece a su madre en exclusividad. Termina solicitando el reconocimiento de una inversión –de US\$. 40.000– en la construcción de una casa realizada por el causante, Sr. Ubaldo Kennedy González, en el inmueble propiedad del matrimonio Juvinel-Kennedy, ubicada en la calle Guarambaré casi Dr. Centurión.

Como puede advertirse, fácilmente por cierto, los hechos en los cuales la actora funda su pretensión frente a la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel conspiran contra su encuadre como *acción de colación*, pues faltaría un requisito

tipificante o angular para tener por configurada la colación; a saber, la existencia de una liberalidad (art. 2544 del Cód. Civ.). En efecto, la propia actora niega que el causante haya querido beneficiar o transferir con propósito de liberalidad a la Sra. Elizabeth Kennedy, las mejoras –construcción de una casa– supuestamente efectuadas en el inmueble propiedad del matrimonio Juvinel-Kennedy, hipótesis contemplada en el art. 2547 *in fine* del Cód. Civ. Lo que aquí se postula en la demanda es que el causante inició la construcción de la casa en el terreno de propiedad del Sr. César Juvinel –esposo de la Sra. Elizabeth Kennedy–, en la inteligencia de que una vez concluida la obra, el inmueble debía ser transferido a favor del Sr. Ubaldo Kennedy González a cambio de una determinada suma de dinero –US\$. 20.000–, como precio de compra de dicho terreno. También se afirma que, acaecido el deceso del Sr. Ubaldo Kennedy González, la operación se truncó y la Sra. Elizabeth Kennedy “ya no quiso reconocer que la construcción fue realizada con el dinero de su padre” pretendiendo apoderarse de la construcción –mejoras– realizada por el causante en el terreno que se encuentra a nombre de su marido.

De esta manera, queda descartada la hipótesis de inversión *animus donandi* por parte del causante de la sucesión de las mejoras del inmueble de la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel. Por el contrario, de la plataforma fáctica que sustenta la pretensión de la actora se desprende que, en puridad, la actora afirma la existencia de un crédito sucesorio por mejoras –edificación– introducidas en vida por el *de cuius* en terreno ajeno, de conformidad con los arts. 1982, 1984 y sptes. del Cód. Civ. Y así corresponde, *iura novit curia*, calificar su pretensión.

Esta configuración de cosas, como veremos, adquiere relevancia desde el punto de vista de la *debida integración de la litis*. Es preciso puntualizar que la falta de integración de la litis, tratándose de litisconsorcio necesario (art. 101 del Cód. Proc. Civil), constituye un vicio procesal que impide el pronunciamiento válido de la sentencia (art. 113 del Cód. Proc. Civil), y acarrea la nulidad del proceso y de la sentencia definitiva dictada en base al procedimiento, así, viciado.

En este sentido, debemos decir que el inmueble individualizado como Finca N° 22.376 del Distrito de San Roque, donde estarían enclavadas las mejoras, se encuentra inscripto a nombre de un tercero, Sr. César Juvenil Juvinel Jiménez, conforme con el título de propiedad obrante a fs. 156/161. De los datos del

título de propiedad, donde el Sr. César Juvinel concurrió a otorgar el acto como persona de estado civil casada. La presunción consagrada por el art. 36 de la Ley N° 1/92, lleva a considerar éste bien como ganancial; ésta presunción no se vio desvirtuada por la declaración en el acto de adquisición del origen de las sumas abonadas, como pertenecientes a los bienes propios del adquirente, Sr. César Juvinel, ni por ninguna otra prueba en tal sentido. Con ello se concluye que el inmueble, donde estarían enclavadas las mejoras, es un bien ganancial o común de los esposos.

En otros términos, existe cotitularidad sobre el inmueble entre los Sres. César Juvinel y Elizabeth Kennedy de Juvinel por efecto del régimen de comunidad de gananciales que crea el matrimonio desde su celebración.

Así las cosas y en la inteligencia de que la actora, Sra. Carolina Kennedy de Centurión, pretende *iure hereditatis* el cobro de un crédito por mejoras realizadas en vida por el causante en terreno ajeno, la legitimación pasiva para contradecir dicha pretensión recae sobre el dueño o propietario del fundo donde las mejoras se hallan enclavadas, conforme con lo dispuesto por los arts. 1982, 1984 y sptes. del Cód. Civ.

En el caso de marras, como dijéramos, el carácter o calidad de propietarios del inmueble es ostentada por los Sres. César Juvinel y Elizabeth Kennedy de Juvinel. Esto evidencia que la presente litis o pretensión de cobro de mejoras fue defectuosamente integrada, al haber la actora omitido demandar a uno de los legitimados necesarios para contradecir la presente demanda; el Sr. César Juvinel. Por ende, el vicio de procedimiento es de tal magnitud que impide el dictado de una sentencia válida, a tenor de lo dispuesto por el art. 113 del Cód. Proc. Civil.

En esto debemos insistir y ser claros: el litisconsorcio pasivo necesario en relación con la pretensión de cobro de mejoras está conformado por el Sr. César Juvinel y la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel.

Ahora bien, ¿cuál es la recta posición jurídica y procesal del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira en relación con la pretensión de cobro de mejoras?. El estudio realizado *supra* elucida suficientemente esta cuestión. En efecto, el mismo carece de la calidad de propietario o copropietario del fundo donde se encontrarían enclavadas las mejoras. En consecuencia, el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira no es parte necesaria en esta pretensión. Así, pues, al no ser necesaria, su inclusión como parte sólo puede ser en carácter facultativo. Ello permite un estudio y

pronunciamiento de la demanda de cobro de mejoras promovida en su contra, en forma separada e independiente a la promovida contra la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel. Por idénticas razones, la demanda de cobro de mejoras promovida contra él no precisa correr la misma suerte que la demanda de cobro de mejoras promovida contra la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel. Se debe notar que tampoco en la baja instancia o en esta instancia de alzada se expusieron hechos o esgrimieron argumentos para fundar la pretensión de cobro de mejoras respecto del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira. El Sr. Ubaldo Kennedy Pereira no recurrió la resolución objeto de análisis. A pesar de ello, igualmente se advierte de la lectura del apartado primero sentencia que la misma adolece de un vicio nulitivo insalvable que también debe ser oficiosamente declarado y, por tanto, insusceptible de convalidación. La jueza inferior resolvió: “I) HACER LUGAR parcialmente a la presente demanda y en consecuencia establecer que el 50% del valor de las mejoras, valuado en la suma de GUARANÍES SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUARENTA (Gs. 70.481.040) corresponde a la señora FELIPA PEREIRA VDA. KENNEDY y el 50% del valor de las mejoras, establecido en el mismo monto precedentemente transcripto, corresponde en igualdad a los hijos, señores CAROLINA, UBALDO Y ELIZABETH KENNEDY PEREIRA. II) COSTAS...”. (sic, fs. 249). Aquí la jueza violentó el principio de congruencia en relación con los sujetos procesales que integran esta litis –arts. 15 inc. “b” y 159 inc. “e” del Cód. Proc. Civil– que afecta la posibilidad de ejecución de dicha sentencia. El principio de congruencia, en relación con los sujetos procesales, impone la declaración expresa, positiva y precisa del derecho de todas las partes en litigio, condenando o absolviendo de la demanda, según corresponda. Como puede advertirse, la jueza inferior se pronunció sobre la pretensión de colación del valor de las mejoras –recalificada por esta magistratura *supra*–, pero no dice quiénes son los sujetos obligados a colacionar, esto es no precisa quiénes son los condenados en la sentencia. Obviamente tal indeterminación acarrea la imposibilidad de ejecutar la resolución. Se evidencia así la patente de la nulidad que afecta la existencia en cuanto a la demanda de cobro de mejoras promovida por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira y contra Elizabeth Kennedy de Juvinel, siendo que la primera puede ser tratada separadamente de la segunda, de conformidad con lo dispuesto por el art. 406 del Cód. Proc. Civil, este Tribunal podrá resolver sobre el fondo de dicho asunto. La procedencia o no de la deman-

da de cobro de mejoras promovida por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, será estudiada y resuelta a continuación.

A f. 20, la actora solicitó se corra traslado de la demanda al Sr. Ubaldo Kennedy Pereira en los siguientes términos: "...y como esta acción también debe ser notificada al otro heredero el Sr. UBALDO KENNEDY CENTURIÓN PEREIRA denunciarnos el domicilio del mismo sito..." (sic).

A f. 29, se presentó el Abog. Aldo Eduardo León, en representación del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira a formular allanamiento "a la acción de colación presentado en estos autos, por adecuarse los mismos a la verdad de los hechos" (sic).

Por increíble que parezca, y pecando de redundancia, contamos con tan sólo estos elementos para resolver la demanda de cobro de mejoras promovida por Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira. Repetimos, no existen fundamentos fácticos que sustenten la demanda de cobro de mejoras respecto del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira. Pese a ello, el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira formuló allanamiento a la demanda (f. 29); actitud verdaderamente peligrosa para sus intereses por los efectos que el allanamiento acarrea. En efecto, el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, ante el allanamiento formulado, debería ser condenado por esta magistratura al pago del valor de las mejoras que la actora reclama en la demanda.

No obstante lo dicho, la demanda de cobro de mejoras contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira debe ser desestimada. En primer lugar, porque el allanamiento formulado a f. 29 por el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira a través de su representante convencional no puede ser tenido en cuenta, ya que del examen del instrumento de apoderamiento agregado a fs. 27/28, se advierte que el letrado que lo ha formulado carece de poder o facultad especial para formular allanamiento, conforme lo imponen los arts. 169 *in fine* y art. 168 del Cód. Proc. Civil. En segundo lugar, el Sr. Ubaldo Kennedy Centurión carece de legitimación sustancial pasiva para contradecir la presente demanda de cobro de mejoras, ya que el mismo carece de la calidad de propietario o copropietario del fundo donde se encontrarían enclavas las mejoras.

En suma, en relación con la demanda de cobro de mejoras promovida por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra los Sres. Elizabeth Kennedy de Juvinel y Ubaldo Kennedy Pereira, corresponde que el Tribunal adopte las siguientes posturas:

En primer lugar, y respecto de la demanda por cobro de de mejoras interpuesta por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Elizabeth

Kennedy de Juvinel, declarar la nulidad del apartado primero de la sentencia y del procedimiento anterior que la originara hasta la providencia del 18 de abril de 2007 (f. 29 vlt.), y en consecuencia remitir los autos a la instancia inferior, a fin de que se integre debidamente la *litis*.

En cuanto a la extensión de la nulidad aquí pronunciada, es importante mencionar que de conformidad con lo dispuesto por el art. 115 *in fine* del Cód. Proc. Civ., la nulidad de una parte del acto no afecta a las otras que son independientes de aquella parte. En el caso, la nulidad afecta única y exclusivamente a la demanda o pretensión de cobro de mejoras interpuesta por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel, y no tiene la virtualidad de alcanzar o extenderse a la pretensión de colación interpuesta por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Felipa Pereira Vda. Kennedy y el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, ya que el *vicio in procedendo* detectado y que motiva la declaración de nulidad no le afecta en lo absoluto y esta Magistratura se encuentra en condiciones de dictar el fallo que corresponda a su respecto. Con este alcance, el corresponde que el Tribunal pronuncie la nulidad.

Dado que la nulidad se pronunció por deficiencias en la integración de la *litis* y que existen etapas procesales que deben ser cumplidas en la instancia inferior, a este Tribunal le resulta imposible expedirse, sin incurrir en idéntico defecto, sobre la cuestión de fondo (art. 406 del Cód. Proc. Civil).

Las costas correspondientes a la demanda de cobro de mejoras interpuestas por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel, deben ser impuestas a la actora, dado que el vicio no es imputable en modo alguno al juez sino a la defectuosa integración de la *litis* encarada por aquella.

En segundo lugar, mantener respecto del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira la declaración de nulidad del apartado primero de la sentencia y en aplicación del art. 406 del Cód. Proc. Civ., rechazar la demanda que por cobro de mejoras promueve la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira.

Las costas correspondientes a la demanda de cobro de mejoras interpuestas por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, deben ser impuestas a la actora perdidosa.

Dada la forma en la que se resolvió el recurso de nulidad, no corresponde el tratamiento de la apelación.

Seguidamente, corresponde el tratamiento de la demanda de colación de sumas de dinero interpuesta por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Felipa Pereira Vda. Kennedy y el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira.

Respecto de esta pretensión notamos que la sentencia padece también de un vicio de estructura que la descalifica como acto jurisdiccional válido, pues se ha violentado el principio de congruencia establecido en los art. 15 inc. “b” y “d” del Cód. Proc. Civil, en concordancia con lo dispuesto por el art. 159 inc. “c” y “e” del mismo cuerpo legal. Dicha normativa, en efecto, impone al juez al fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria respetar la regla de la congruencia, entendida como “...aquella que exige la estricta adecuación del pronunciamiento judicial a las cuestiones articuladas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado o en los escritos presentados por cualesquiera de las partes con motivo de algún incidente suscitado durante el curso del proceso”. (PALACIO-ALVARADO VELLOSO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 113/114).

En el caso que nos ocupa, la *iudex aquo* resolvió: “I) HACER LUGAR parcialmente a la presente demanda y en consecuencia establecer que el 50% del valor de las mejoras, valuado en la suma de GUARANÍES SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUARENTA (Gs. 70.481.040) corresponde a la señora FELIPA PEREIRA VDA. KENNEDY y el 50% del valor de las mejoras, establecido en el mismo monto precedentemente transcrito, corresponde en igualdad a los hijos, señores CAROLINA, UBALDO Y ELIZABETH KENNEDY PEREIRA. II) COSTAS...”. (sic, fs. 249).

Como puede advertirse, la jueza inferior, si bien estudió en el considerando de la sentencia recurrida la pretensión referida a la colación de sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias, no se pronunció en la parte dispositiva de la resolución expresa, positiva y precisamente declarando el derecho de los litigantes, sea admitiendo o rechazando dicha pretensión total o parcialmente, según el caso (art. 159 inc. “e” del Cód. Proc. Civil). Sólo se pronunció en relación con la pretensión de colación de las mejoras.

Así las cosas, palpablemente se detecta que la sentencia recurrida es incongruente, ya que la *a quo* falló *citra petita*, esto es, omitió expedirse sobre la pretensión de colación de sumas de dinero incoada por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Felipa Pereira Vda. Kennedy y el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira. En estas condiciones, no queda otra alternativa más que pronun-

ciar la nulidad de la resolución recurrida respecto de la omisión de pronunciamiento incurrida por la jueza inferior.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el art. 406 del Cód. Proc. Civil, este Tribunal deberá resolver sobre el fondo del asunto. La procedencia o no de la acción de colación promovida por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy y el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, será estudiada y resuelta a continuación.

Los Abogs. Blanca Duarte Esteche y Jorge L. López Acosta, en representación de la Sra. Carolina Kennedy de Centurión, promueven demandada sobre colación de bienes contra la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy (fs.09/16). Arguyen que el causante, Sr. Ubaldo Kennedy González, conjuntamente con su esposa, Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy, poseía dos cuentas bancarias abiertas en el Banco LLOYDS T.S.B., una en dólares americanos y otra en guaraníes: la cuenta N° 759873/001, cuyo último saldo disponible era de G. 5.005.127; y, la cuenta N° 759873/002, cuyo último saldo era de US\$. 40.034,15. Sostienen que ambas cuentas fueron canceladas en fecha 26 de junio de 2006 por la Sra. Felipa Pereira de Kennedy, tan solo siete días después del fallecimiento del causante, conforme con el informe del Banco LLOYDS T.S.B. Solicita, en consecuencia, que se colacione a la masa hereditaria la suma de G. 5.005.127 y la suma US\$. 40.034,15., que la Sra. Felipa Pereira de Kennedy habría extraído de las cuentas bancarias antes mencionadas.

El Abog. Enrique Cantero, en representación de las Sras. Felipa Pereira Vda. de Kennedy y Elizabeth Kennedy de Juvinel, contesta la demanda en los términos del escrito obrante a fs. 23/25. En lo que respecta a la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy y a la pretensión objeto de estudio manifiesta que la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy se encuentra en delicado estado de salud propio de su edad y que a la muerte de su marido, Sr. Ubaldo Kennedy González, la misma se convierte en única titular de las cuentas existentes en el Banco y como tal puede disponer de su dinero para cuidar de su quebrantada salud, situación que muy poco le interesa a la actora a pesar de ser hija legítima de la misma. Sostiene que a la actora lo único que le interesa son los bienes con los que puede quedarse sin siquiera tener en cuenta que su madre aún vive y, por lo tanto, ella sigue siendo dueña absoluta de todos los bienes. Termina solicitando el rechazo de la acción de colación.

A fs. 20, la actora solicitó se corra traslado de la demanda al Sr. Ubaldo Kennedy Pereira en los siguientes términos: "...y como esta acción también

debe ser notificada al otro heredero el Sr. UBALDO KENNEDY CENTURIÓN PEREIRA denunciarnos el domicilio del mismo sito...” (sic).

A fs. 29, se presentó el Abog. Aldo Eduardo León, en representación del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira a formular allanamiento “a la acción de colación presentado en estos autos, por adecuarse los mismos a la verdad de los hechos” (sic).

Se discute la procedencia de una demanda de colación de sumas de dinero depositadas en cuentas bancarias.

La acción de colación tiene un objeto bien definido: traer a la masa hereditaria el valor de los bienes salidos de ella en virtud de un acto de liberalidad efectuado en vida por el causante a favor de un heredero forzoso, conforme con el art. 2544 y sctes. del Cód. Civil.

Aquí nuevamente debemos echar mano al principio de calificación –art. 159 inc. “e” del Cód. Proc. Civil–, ya que los hechos en los cuales la actora sustenta su pretensión no permiten encuadrarla en la normativa correspondiente a la acción de colación. En efecto, la actora afirma que el Sr. Ubaldo Kennedy González, conjuntamente con la demanda, Sra. Felipa Pereira de Kennedy, tenían dos cuentas bancarias abiertas en el Banco LLOYDS T.S.B. – la cuenta N° 759873/001, con último saldo disponible de G. 5.005.127; y, la cuenta N° 759873/002, con último saldo de US\$. 40.034,15–; y que ambas cuentas fueron canceladas por la Sra. Felipa Pereira de Kennedy el 26 de junio de 2006, siete días después del fallecimiento del causante. En base a tales hechos pretende que se traiga a la masa hereditaria las sumas de dinero que estaban depositadas en dichas cuentas bancarias.

Como puede advertirse, en ningún momento se afirma que las sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias, cuya colación reclama –Ctas. Nros. 759873/001 y 759873/002–, hayan salido del patrimonio del causante por un acto de liberalidad realizado en vida por éste a favor de la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy. Por el contrario, el Sr. Ubaldo Kennedy González ya había fallecido cuando la Sra. Felipa Pereira de Kennedy habría extraído las sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias.

Básicamente, entonces, la actora afirma que las sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias constituyen bienes hereditarios, razón por la cual solicita se traiga a la masa hereditaria dichas sumas de dinero a los efectos de la ulterior partición entre los herederos declarados. Así las cosas, tenemos que la Sra. Carolina Kennedy de Centurión promueve demanda contra la Sra.

Felipa Pereira Vda. Kennedy por inclusión de bienes en el acervo hereditario – las sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias–, conforme con lo dispuesto por los arts. 2449 inc. “a”, 2517 inc “a” y concordantes del Cód. Civil, así como el 764, 1ª parte, del Cód. Proc. Civil.

Para establecer el carácter hereditario –o no- de las sumas de dinero –G. 5.005.127 y US\$. 40.034,15– depositadas en las Ctas. Nros. 759873/001 y 759873/002, respectivamente, abiertas en el Banco LLOYDS T.S.B., resulta determinante el informe del Banco LLOYDS TSB de fecha 24 de noviembre de 2006, agregado a f. 141 del expediente sucesorio obrante por piezas separadas a los presentes autos. En efecto, el citado informe consigna: “...1. La cuenta N° 759873/002 Depósito a la vista en dólares fue cancelada en fecha 26.06.06 por la titular Sra. Felipa Pereira de Kennedy por el importe de USD 40.034, 15 (Cuarenta mil treinta y cuatro dólares con quince).- 2. La cuenta N° 759873/001 Depósito a la vista en guaraníes fue cancelada en fecha 26.06.06, por la titular de la cuenta, Sra. Felipa Pereira de Kennedy por el importe de Gs. 5.005.127 (cinco millones cinco mil ciento veintisiete)...”. (sic). Los demás informes del Banco LLOYDS TSB obrantes a fs. 48/110 de los presentes autos, carecen de relevancia, pues los extractos de cuenta remitidos se refieren a otras cuentas bancarias ajenas a la que constituyen objeto de la pretensión.

Queda claro, así, que la única titular nominal de las cuentas abiertas en el Banco LLOYDS TSB –Ctas. Nros. 759873/001 y 759873/002–, es la Sra. Felipa Pereira de Kennedy; y que no existe la co-titularidad nominal entre los Sres. Ubaldo Kennedy González y Felipa Pereira de Kennedy, como lo sostuvo la actora en el escrito de demanda. Sin embargo, esto no quiere decir que las sumas de dinero depositadas en ambas cuentas bancarias no sean bienes hereditarios, al menos parcialmente.

En efecto, el art. 53 inc. “5” de la Ley N° 1/92 prescribe que la comunidad de gananciales concluye con la muerte de uno de los esposos; en el caso, el Sr. Ubaldo Kennedy González, acaecido el 19 de junio de 2006, conforme con el certificado de defunción agregado a f. 06 del expediente sucesorio obrante por piezas separadas a los presentes autos. En esta inteligencia, disuelta la comunidad de gananciales por la muerte de uno de los esposos, la liquidación y partición de los bienes que integran la comunidad tiene lugar en el proceso sucesorio, donde corresponde la determinación del carácter propio o ganancial de los bienes, a los efectos sucesorios pertinentes (arts. 2586, 2588 y sgtes. del Cód. Civ.).

En este sentido, el art. 36 de la Ley N° 1/92 consagra la presunción *iuris tantum* del carácter ganancial de los bienes existentes al terminar la comunidad. Por su parte, el art. 56 de la Ley N° 1/92 establece que, una vez terminada la comunidad, los gananciales se dividirán entre los cónyuges por partes iguales. Dicha disposición normativa se complementa, por otra parte, con la norma contenida en el art. 2.588 del Cód. Civ., según la cual el cónyuge que concurra con ascendientes o descendientes no tendrá parte a título de herencia en los bienes gananciales que hubieren correspondido al causante.

Así las cosas, no es difícil concluir que las sumas de dinero depositadas – G. 5.005.127 y US\$. 40.034,15– en las Ctas. Nros. 759873/001 y 759873/002, respectivamente, abiertas en el Banco LLOYDS T.S.B., son *parcialmente* bienes hereditarios habida cuenta de su carácter ganancial; específicamente la mitad de dichas sumas de dinero -G. 2.502.563 y US\$.20.017,7; respectivamente- son bienes integrantes del acervo hereditario.

Ahora, una cuestión insoslayable que debe ser abordada es la referente a la confesión ficta de la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy, y su incidente en la presente litis.

En efecto, por proveído del 08 de mayo de 2007 (f. 34 vlta.), se señaló audiencia a la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy, a fin de absolver posiciones. A fs. 136/138 obra el pliego con las posiciones dirigidas a la Sra. Felipa Pereira de Kennedy. A fs. 143/144, la Sra. Felipa Pereira de Kennedy, justifica su inasistencia a la audiencia, presentando certificado médico. Por A.I. N° 529 del 28 de abril de 2009 (f. 226), el Juzgado, entre otros, señaló nueva audiencia de absolución de posiciones para la Sra. Felipa Pereira de Kennedy. A fs. 231, la Abog. Blanca Duarte Esteche, solicita se haga efectivo el apercibimiento y, en consecuencia, se tenga por confesa a la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy, ante su inasistencia a la audiencia de absolución de posiciones. Por proveído del 20 de mayo de 2009 (f.231 vlta.), el Juzgado resolvió tener presente su pedido para su oportunidad.

Revisadas las constancias de los autos se vislumbra claramente que la demandada, Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy, no justificó las causas persistentes que le impidieron absolver posiciones mediante la presentación dictamen fundado, expedido bajo juramento por una junta de tres médicos, con exclusión del que hubiere otorgado el primer certificado. Si así no procede el absolvente, el juez en la sentencia “debe” tener por confeso al absolvente, conforme lo previene el art. 291 del Cód. Proc. Civ.

La norma contenida en el art. 291 del Cód. Proc. Civ. está concebida en términos imperativos, sin margen de discrecionalidad al juzgador, como lo hacen, por ejemplo, las disposiciones normativas contenidas en los arts. 282, 287, 288, 292 y 293 del Cód. Proc. Civ., en el sentido de que éstas últimas establecen que el absolvente “podrá” ser tenido por confeso al momento de dictarse sentencia definitiva.

En consecuencia, no queda otro remedio más que tener por confesa a la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy a tenor del pliego de posiciones obrante a f. 137 de los presentes autos.

No obstante, debemos hacer una precisión respecto del alcance de la confesión ficta, particularmente en estos casos –enfermedad del absolvente–. En efecto, apriorísticamente se podría concluir que la norma contenida en el art. 291 del Cód. Proc. Civ., otorga el valor de plena prueba –en el sentido de que irremisiblemente deben tenerse por ciertas las afirmaciones efectuadas en el pliego por el ponente- a la confesión ficta cuando acaecen la circunstancia que caen bajo su imperio. Sin embargo, esta conclusión es más aparente que real, pues no resiste un análisis a la luz de una interpretación sistemática de las disposiciones normativas referentes a la prueba confesoria contenidas en el en el Libro II, Título II, Capítulo III del Código Procesal Civil.

En efecto, la norma contenida en el art. 291 del Cód. Proc. Civ. debe necesariamente ser integrada con lo dispuesto por el art. 302 del Cód. Proc. Civ., que regula el “valor de la confesión”. En virtud de lo dispuesto por el art. 302 del Cód. Proc. Civ., y en lo que nos interesa, la *confesión ficta* debe ser apreciada por el juez *juntamente con las demás pruebas, y de acuerdo con los principios de la sana crítica*. Por otra parte, el art. 291 *in fine* del Cód. Proc. Civ. establece que sólo y exclusivamente la “confesión espontánea” –que es la surge de los escritos de demanda, contestación de demanda, etc.– *hace plena prueba*.

En síntesis, debemos decir que un extremo es tener por confesa a una de las partes, lo que indicaría el sentido de las respuestas dadas a las posiciones contenidas en el pliego; pero, ello no implica que dicha confesión *haga plena prueba*, pues ello sólo ocurre en los casos de confesión espontánea. La confesión provocada fictamente debe ser interpretada, siempre, conjuntamente con las demás probanzas y de acuerdo a la sana crítica, lo que significa que ella puede quedar desvirtuada mediante otras probanzas que la neutralicen o cuando ella contenga proposiciones fácticas desajustadas a los máximas de la experiencia y reglas de la lógica.

Examinadas las posiciones contenidas en el pliego obrante a fs. 137, tenemos que la 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª y 15ª, son impertinentes o superfluas a los efectos de la acreditación del carácter hereditario de las sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias, pues hacen relación a la pretensión de cobro de mejoras incoada por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel, circunstancias ajenas a la pretensión de inclusión de bienes al acervo hereditario. Y, por lo demás, si la actora pretendía prevalerse de una eventual confesión de la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy en relación con la pretensión de cobro de mejoras, dicha confesión —obviamente— no tendría entidad para perjudicar a la Sra. Elizabeth Kennedy de Centurión. La 13ª posición también deviene inconducente a los efectos de la pretensión objeto de estudio, pues mediante ella se tiene como cierto que el Sr. Ubaldo Kennedy Centurión administró la estancia “Trébol” hasta el final de su vida. Similares consideraciones pueden ser realizadas respecto de la 14ª posición.

La posición 12ª sí merece algunas consideraciones. Por ella, se tiene por cierto que la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy después del fallecimiento de su marido “retiro dinero efectivo de dos cuentas de su finado esposo depositado en el Banco LLOYDS TSB”. En la posición se afirma que el titular de ambas cuentas bancarias es el Sr. Ubaldo Kennedy Centurión. Sin embargo, respecto de la titularidad de las cuentas bancarias, dicha *ficta confessio* queda desvirtuada por prueba en contrario; el informe del Banco LLOYDS TSB de fecha 24 de noviembre de 2006, obrante a f. 141 del expediente sucesorio obrante por piezas separadas, según el cual la única titular nominal de las cuentas Ctas. Nros. 759873/001 y 759873/002, que constituyen el objeto de la pretensión de la actora, es la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy.

Respecto de la situación del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira debemos decir, en primer lugar, que su representante convencional en el escrito glosado a f. 29, se allana a la acción de colación. Dicho allanamiento, sin embargo, no puede ser tenido en cuenta, ya que examinado el instrumento de apoderamiento glosado a fs. 27/28, se advierte que el letrado que lo ha formulado carece de poder o facultad especial para formular allanamiento, conforme lo exigen los arts. 169 *in fine* y art. 168 del Cód. Proc. Civil. En segundo lugar, se advierte, ostensiblemente, que el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira carece de legitimación sustancial pasiva para contradecir la presente demanda de inclusión de bienes en el acervo

hereditario. En efecto, la posición del Sr. Ubaldo Kennedy Pereira como contradictor respecto de la pretensión de inclusión de bienes en el acervo hereditario, específicamente las sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias denunciadas por la actora como bienes hereditarios, no tiene razón de ser, puesto que el mismo no era cotitular de dichas cuentas bancarias. Así las cosas y siendo la legitimación sustancial, tanto activa como pasiva, un requisito de admisibilidad de las pretensiones en general, que debe ser examinada *ex officio* por el órgano jurisdiccional previamente al análisis de la fundabilidad o mérito de la pretensión e independientemente de la aptitud que puedan asumir las partes sobre el particular, corresponde rechazar la demanda que por inclusión de bienes en el acervo hereditario promueve la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira.

Por tanto, en base a lo brevemente expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente a la presente demanda que por inclusión de bienes en el acervo hereditario promueve la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy y, en consecuencia, condenar a la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy a traer a la masa hereditaria la suma de veinte mil diez y siete dólares americanos con siete centavos (US\$.20.017,7), así como la suma de dos millones quinientos dos mil quinientos sesenta y tres guaraníes (G. 2.502.563).

En cuanto a las costas de la pretensión de inclusión de bienes en el acervo hereditario incoada por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra Felipa Pereira Vda. de Kennedy, conforme con lo dispuesto por los arts. 203 y 105 del Cód. Proc. Civ., corresponde su imposición proporcional en un 50 % a la parte actora, y en un 50 % a la parte demandada, Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy.

En cuanto a las costas de la pretensión de inclusión de bienes en el acervo hereditario incoada por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, corresponde su imposición a la actora perdidosa, en aplicación de lo dispuesto por el art. 192 del Cód. Proc. Civ.

Dada la forma como se resolvió el recurso de nulidad, no corresponde el tratamiento de la apelación. Así voto.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO, DIJO: Que adhiere su voto a la opinión de la magistrada que le antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: Por la Sentencia apelada N° 53 de fecha 10 de febrero de 2010,

la instancia anterior resolvió: “I) HACER LUGAR parcialmente a la presente demanda y en consecuencia establecer que el 50% del valor de las mejoras, valuado en la suma de GUARANÍES SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUARENTA (Gs. 70.481.040) corresponde a la señora FELIPA PEREIRA VDA. DE KENNEDY y el 50% y el 50% del valor de las mejoras, establecido en el mismo monto precedentemente transcrito, corresponde en igualdad a los hijos, señores CAROLINA, UBALDO Y ELIZABETH KENNEDY PEREIRA. II) COSTAS en el orden causado de conformidad al art. 195 del C.P.C.. III) ANOTAR...” (fs. 243/249).

El abogado GABRIEL SANTACRUZ MORO presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs 254/256, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por la a quo. Contra ella argumenta, que los cheques librados no prueban que los montos consignados en los mismos fueron utilizados para la construcción del inmueble; La hipoteca que consta en el informe registral no prueba la causa de la constitución de la hipoteca; Ninguna de las pruebas producidas en el juicio acreditan que la construcción en el inmueble fue realizada con el dinero del señor UBALDO KENNEDY. Termina su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte, contesta el traslado de los agravios, solicitando sea declarado desierto el recurso interpuesto por falta de fundamentación.

La abogada BLANCA INÉS DUARTE ESTECHE presenta su escrito de expresión de agravios a fs. 257/262. Alegando que su parte se agravia con la decisión de la a quo por haber hecho lugar parcialmente a la demanda de colación, ya que, a su consideración debió hacer lugar por la cantidad patrimonial que le pertenecía al causante y se encontraban depositados en la cuenta bancaria que también es acervo hereditario, conforme así lo demuestran las pruebas producidas en el juicio. Culmina su exposición con el petitorio de rigor.

La contraria contesta el traslado de los agravios de la adversa. Dice, que su parte se opone a la pretensión de la contraria por cuanto en el juicio no se ha probado que la inversión realizada en la construcción en el inmueble haya sido con el dinero que le perteneciera al causante señor UBALDO KENNEDY, por lo que no corresponde hacer lugar a la demanda de colación por el valor del caudal depositado a nombre del causante. Termina su responde con el petitorio de rigor.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexámen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis de lo dispuesto en el Art. 2544 del Código Civil

Paraguay que dice: “*Los herederos forzosos que concurran con otros a la sucesión deberán traer a la masa hereditaria el valor de los bienes recibidos del causante, en vida de éste, por donación u otro título gratuito.*”. Así, en este caso se demanda la colación de lo gastado en la construcción con dinero del causante el señor UBALDO KENNEDY, en el inmueble perteneciente a su yerno, marido de su hija. Se argumenta que el causante en vida había vendido su inmueble por valor de 90.000 dólares y depositado en una entidad bancaria que posteriormente fue utilizado parte en la construcción cuyo valor se colaciona.

La contraria rechaza la pretensión y los argumentos, alegando que existe pruebas que avalen que la construcción fue realizada con el dinero del causante. Y, que el causante en vida había hecho una distribución de sus bienes entre sus herederos.

Así, de las constancias de autos, no existe ningún instrumento que acredite que el dinero invertido en la construcción pertenecía al causante. De ahí, que las constancias de las extracciones bancarias realizadas no prueban el destino del dinero extraído. El informe pericial es inconducente para este caso. Tampoco los testigos ha manifestado su conocimiento cierto que la construcción fue realizada con el dinero del causante. Y las confesiones –siendo una ficta- son contrapuestas. El informe de los registros públicos donde consta un contrato de hipoteca no acredita el objeto del contrato ni se ha presentado la escritura hipotecaria.

Al respecto, pueda la colación de bienes hereditarios, estos deben estar acreditados con instrumentos donde consten que en vida el heredero ha recibido del causante bienes por donación u otro título gratuito que posteriormente deba traer a la masa hereditaria. Lo cual, en este proceso no se ha acreditado, siendo insuficiente elementos subjetivos que pudieran avalar la colación del bien demandado.

En conclusión, de todo el criterio expuesto precedentemente por este Miembro corresponde que la sentencia recurrida deba de ser revocada, en consecuencia, rechazar la demanda de colación de bienes hereditarios.

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas en el orden causado.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

VISTO: Por el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala;

RESUELVE:

DECLARAR parcialmente la nulidad del apartado primero de la sentencia recurrida y del procedimiento anterior que la originara hasta la providencia del 18 de abril de 2007 (f. 29 vlt.), respecto de la demanda por cobro de mejoras interpuesta por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel, de conformidad con los términos y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución. En consecuencia, remitir los autos a la instancia inferior, a fin de que se integre debidamente la *litis*. IMPONER las costas de la demanda de cobro de mejoras interpuestas por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Elizabeth Kennedy de Juvinel, a la parte actora.

DECLARAR la nulidad del apartado primero de la sentencia respecto de la demanda por cobro de mejoras interpuesta por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución.

RECHAZAR la demanda que por cobro de mejoras promueve la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas de la demanda de cobro de mejoras incoada por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira a la actora perdidosa.

DECLARAR la nulidad de la sentencia recurrida respecto de la omisión de pronunciamiento en lo atinente a la demanda de colación de sumas de dinero depositadas en cuentas bancarias, incoada por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy y el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira.

TENER por confesa a la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy a tenor del pliego de posiciones obrante a fs. 137 de autos, con el alcance expuesto en el exordio de la presente resolución.

HACER LUGAR parcialmente a la demanda que por inclusión de bienes en el acervo hereditario promueve la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy, y en consecuencia, CONDENAR a la Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy a traer a la masa hereditaria la suma de veinte mil diez y siete dólares americanos con siete centavos (US\$.20.017,7), así como la suma de dos millones quinientos dos mil quinientos sesenta y tres guaraníes (G. 2.502.563).

IMPONER las costas de la demanda de inclusión de bienes en el acervo hereditario incoada por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra Felipa Pereira Vda. de Kennedy, proporcionalmente, en un 50 % a la parte demandada, Sra. Felipa Pereira Vda. de Kennedy; y en 50 % a la parte actora.

RECHAZAR la demanda que por inclusión de bienes en el acervo hereditario promueve la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas de la demanda de inclusión de bienes incoada por la Sra. Carolina Kennedy de Centurión contra el Sr. Ubaldo Kennedy Pereira, a la actora perdidosa.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini P., Neri Eusebio Villalba Fernández y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini, Actuario judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 48

Cuestión debatida: *Se trata de determinar la procedencia de una demanda de usucapión intentada por quien fuera antecesor en el domicilio del mismo bien, frente al adquirente posterior de éste.*

USUCAPIÓN. Requisitos de la usucapión.

La usucapión, es sabida, requiere la posesión continua, publica y animus domini de un bien, por el plazo establecido en la Ley, que es de veinte años si no hay justo título ni buena fe.

USUCAPIÓN. Requisitos de la usucapión.

La posesión y la propiedad son calidades diferentes que pueden coincidir o no conjuntamente en un sujeto sobre una cierta cosa, pueden también estar separadas, y no se implican recíprocamente.

COMPRAVENTA.

La enajenación que hace el actor se menciona que se transmite no solo los derechos de dominio, sino también la posesión sobre la cosa. Siendo que mate-

rialmente la cosa se encontraba ocupada por un tercero –el antecesor de dominio– tal declaración puede significar que se hace la traditio subrogada de la posesión, con la cesión voluntaria de los derechos de vindicación sobre la cosa.

USUCAPIÓN. Prueba de la usucapión.

Hay que considerar la circunstancia, ya apuntada por el a quo, de las connotaciones que tiene la declaración, totalmente espontánea, del actor que desde siempre había tenido los derechos reales de uso, usufructo y habitación sobre el inmueble. Al calificarse a sí mismo de esta manera, alude a los derechos reales sobre la cosa ajena, con lo que es obvio que se coloca en la situación de alguien que reconoce el derecho de dominio de otro. Esta sola circunstancia elimina el animus dominii y es incompatible con la adquisición de la usucapión en carácter de dueño.

ERROR. Error de derecho.

El error de derecho no es excusable en los litigios civiles y porque en éste estuvo siempre asistido por un auxiliar de la justicia, técnicamente letrado en derecho.

USUCAPIÓN. Prueba de la usucapión. IMPUESTO INMOBILIARIO.

En cuanto al pago del impuesto inmobiliario, este no es un factor excluyente ni incluyente de la posesión, ni tampoco una exigencia de la adquisición por usucapión, a veces puede ser un acto posesorio y una evidencia de la situación posesoria, sobre todo combinado con otros elementos demostrativos, y a veces solo tiene la entidad de un acto de administración o de gestión. En este caso no tiene mayor relevancia, dadas las conclusiones a las que se ha arribado supra.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 24/05/11. “Eusebio Retamozo González c/ Alfredo Cesar Gregor Vera s/ Usucapión” (Ac y Sent. N° 48).

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 P., MARTÍNEZ PRIETO y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI P., DIJO: El recurrente desistió expresamente del recur-

so interpuesto. No obstante, se presenta, tanto por parte del *a quo* como por parte del apelante una cuestión relacionada con la debida integración de la *litis*, esto es, la falta de inclusión de la cónyuge del demandado en el juicio, habida cuenta que se discute la situación dominial de un bien aparentemente conyugal. Sin entrar a debatir directamente el punto, primeramente se debe ver la procedencia de la revisión, y con ella de la acción incoada, para determinar si el tratamiento de la nulidad y de la posible falta de integración pasiva de la *litis* se hace superflua, conforme lo manda el art. 407 del Cód. Proc. Civ.

A SUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández manifestaron que votan en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 49 de fecha 11 de febrero de 2010 el *a quo* resolvió: “1) RECHAZAR, con costas, la presente demanda de USUCAPION que dedujera el Sr. EUSEBIO RETAMOZO contra el Sr. ALFREDO GREGOR VERA por improcedente, de conformidad con a los términos de esta sentencia. 2) ANOTESE...” (fs. 217 vlta.).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 223/226. Manifiesta que la resolución no se halla ajustada a derecho, y se agravia de que el juez ha considerado que el bien objeto del juicio es ganancial. Al respecto afirma que se demostró en autos que el inmueble está anotado a nombre del demandado, y contra él únicamente debe ser dirigida la acción. Menciona que con las pruebas ofrecidas por su parte se ha justificado el *animus domini*, y afirma, se han reunido los requisitos objetivos y subjetivos para la procedencia de la demanda. Luego objeta el argumento del *a quo* en el que alude al pago del impuesto inmobiliario. Considera que este acto no constituye una demostración de posesión, que pueda ser conducente para hacer lugar a la presente acción. Finalmente expresa que el juez inferior se ha basado en apreciaciones subjetivas al dictar la sentencia recurrida. Y, que ha cometido un error de interpretación tras entender que su parte ha reconocido la propiedad del inmueble en la persona del demandado, pues, aclara, solamente su parte ha manifestado haber usado y habitado el inmueble en su calidad de poseedor con animo de dueño. Solicita por último se revoque la resolución apelada, con costas.

La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 228/232. Señala que la resolución recurrida se encuentra ajustada a derecho.

Indica que en el caso de autos el demandante pretende abusar de la relación de parentesco que existe entre ambos litigantes, ya que en la absolución de posiciones, dice, el actor reconoció la calidad de propietario del demandado además de ser pariente del mismo. También reconoce la calidad del bien que se pretende usucapir, aludiendo que el mismo es ganancial, como lo entendió el *a quo*. Y en el mismo menester expresa que la integración de la litis es insuficiente, al no incluirse en la demanda a la esposa del demandado. Luego refiere a la tenencia, y manifiesta que la misma no transfiere un derecho real, y que el tenedor carece del elemento *animus* a los efectos de la usucapición. En relación con los pagos de impuestos inmobiliarios, expresa que fue su mandante quien abonó los mismos a lo largo de los años, demostrando así el ánimo de comportarse como dueño del inmueble en cuestión. Más adelante hace hincapié en que el actor luego de reconocer ejercer el uso y habitación del inmueble, está reconociendo que su derecho sobre el inmueble está supeditado a la voluntad del propietario, quien ejerce el dominio de la cosa. Finalmente solicita la confirmación de la resolución recurrida.

Se trata de determinar la procedencia de una demanda de usucapición intentada por quien fuera antecesor en el dominio del mismo bien, frente al adquirente posterior de éste.

La usucapición, es sabido, requiere la posesión continuada, pacífica, pública y *animus domini* de un bien, por el plazo establecido en la ley, que es de veinte años si no hay justo título ni buena fe.

Lo primero es determinar la situación del actor en la cosa, es decir, si es o no poseedor con las características descritas: con ánimo de dueño y de forma continuada, pública y pacífica. Para hacerlo habrá que ubicarse en la situación del actor en la cosa a partir del año 1987, como bien lo apunta el inferior, pues antes de ello el demandante era propietario del inmueble y, por ende, tenía todos los derechos de señorío anejos a dicha calidad. El hecho de que se comportara como dueño de la cosa era natural y consustancial con la mentada circunstancia. El fecha 15 de setiembre de 1987 el actor enajena el inmueble al señor Ceverino Ramón Retamozo por medio de un contrato de compraventa celebrado en escritura pública (fs. 55/61). En dicha escritura se manifiesta transmitir al adquirente la propiedad y el dominio sobre la cosa, pero nada se dice sobre la posesión. Recordemos que la posesión y la propiedad son calidades diferente que pueden coincidir o no conjuntamente en un sujeto sobre una cierta cosa,

pero también pueden estar separadas, y no se implicitan recíprocamente. Vale decir, que se puede ser propietario sin ser poseedor y viceversa. El referido instrumento público nada refiere acerca de la transferencia de la posesión. Y como nadie ha discutido que el señor Retamozo González se haya mantenido continuada e ininterrumpidamente en la cosa, ejerciendo el poder físico sobre ella, debemos concluir que al principio no se ha transmitido la posesión del señor Eusebio Retamozo al señor Ceverino Retamozo por un acto volcado o transvasado en la escritura. Luego, en la enajenación que hace el señor Ceverino Retamozo al señor César Gregor Vera se menciona que se transmiten no solo los derechos de dominio, sino también la posesión sobre la cosa. Siendo que materialmente la cosa se encontraba ocupada por un tercero —el antecesor de dominio— tal declaración solo puede significar que se hace la *traditio* subrogada de la posesión, con la cesión voluntaria de los derechos de vindicación sobre la cosa.

Si la constitución de la posesión en cabeza del señor Ceverino Retamozo González, adquirente del inmueble y transmitente al actual propietario registral, no se llevó a cabo al principio, hay que verificar si esta situación se mantuvo a lo largo de la línea temporal que el actor reclama como transcurrida en su beneficio. Debemos recordar que esta adquisición puede hacerse de modo real y mantenerse o de modo conceptual, a través de una declaración conjunta de *tradens* y *accipiens*, a través del *constitutio* posesorio.

Y así llegamos al punto en que debemos evaluar si el actor reconoció alguna vez en cabeza ajena la calidad de propietario, pero manteniéndose en la tenencia material del inmueble. Ello sin duda lo colocaría en la situación de un mero precarista obligado a restituir o entregar la cosa a su titular, de quien le viene la concesión de mantenerse en ella. Ésta, siendo una situación posesoria, está referida a lo fáctico y depende de lo que en los hechos se haya demostrado por las partes. Así tenemos, por una parte, las declaraciones testimoniales de los señores Ceverino Retamozo y su esposa Mercedes Medina de Retamozo, quienes afirman que el actual titular registral consentía en que el actor ocupe el inmueble, movido por razones de gratuidad o altruismo, debido a su relación de parentesco por afinidad con éste. Frente a dicho testimonio, emanado de quienes son parientes de ambas partes, tanto del actor como del demandado, se encuentran los testimonios de los vecinos, que dicen haber conocido solo al señor Retamozo como poseedor del inmueble y desconocer que el señor Gregor hubie-

ra permitido o tolerado simplemente al demandante en la finca de su propiedad. En este punto, poco ayuda que los vecinos hubieran desconocido tal circunstancia –y desde luego no prueba que ella no existiera– ya que aunque es posible que la vecindad eventualmente pudiera estar al tanto de avatares familiares, no es imprescindible ni necesario que lo supieran. De modo que no saberlo no demuestra que no fuera así, y por otra parte resulta más probable y más creíble que los familiares cercanos sí lo supieran. Este hecho, referido por los familiares arroja una duda razonable en cuanto a la calidad de poseedor *animus domini* del actor.

Luego hay que considerar la circunstancia, ya apuntada por el *a quo*, de las connotaciones que tiene la declaración, totalmente espontánea, del actor de que desde siempre había tenido los derechos reales de uso, usufructo y habitación sobre el inmueble. Al calificarse a sí mismo de esta manera, alude a derechos reales sobre la cosa ajena, con lo que es obvio que se coloca en la situación de alguien que reconoce el derecho de dominio en otro. Esta sola circunstancia elimina el *animus domini* y es incompatible con la adquisición de la usucapión en carácter de dueño. Y aquí el actor no puede excusarse en el error de derecho en su declaración –vgr. diciendo que no comprendía el alcance jurídico de los términos que empleaba– porque el error de derecho no es excusable en los litigios civiles y porque en éste estuvo siempre asistido por un auxiliar de la justicia, técnicamente letrado en derecho.

Combinado este hecho de la declaración espontánea con las testificales aludidas más arriba, resulta un cuadro procesal fáctico que arroja serias dudas respecto de un requisito esencial, como lo es el *animus domini*. En la duda, se debe estar siempre por la conservación del dominio a favor del titular registral.

Finalmente, en cuanto al pago del impuesto inmobiliario, este no es un factor ni excluyente ni incluyente de la posesión, ni tampoco una exigencia de la adquisición por usucapión, a veces puede ser un acto posesorio y una evidencia de la situación posesoria, sobre todo combinado con otros elementos demostrativos, y a veces solo tiene la entidad de un acto de administración o de gestión. En este caso no tiene mayor relevancia, dadas las conclusiones a las que se ha arribado *supra*.

En consecuencia, la usucapión no es procedente y no cabe sino confirmar la sentencia apelada.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

JURISPRUDENCIA

A sus turnos los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández manifestaron que votan en igual sentido.

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.

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad interpuesto. CONFIRMAR la sentencia apelada.

IMPONER las costas a la perdidosa.

ANÓTESE, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 55

MAGISTRADO. Facultades del magistrado. HECHO PUNIBLE.

El art. 286. Del Cód. Procesal Penal obliga al Juez, conocido que sea un posible hecho delictuoso, a comunicar esta circunstancia a la autoridad pública encargada de investigarlo y procesarlo. De modo que, independientemente del pedido de parte, el juez debe cumplir este deber, en el caso de que en el transcurso de una litis en la que interviene como juzgador se produzca un hecho delictuoso o tenga noticia de uno vinculado con la causa.

MAGISTRADO. Facultades del magistrado. HECHO PUNIBLE.

En estas condiciones no cabe hacer la remisión a la jurisdicción del crimen. Como no hubo un pedido de parte para esta remisión, la improcedencia de ella no produciría propiamente una denegatoria; lo que cabría, en verdad, es un pronunciamiento absolutamente omisivo –vale decir, de un no pronunciamiento– respecto del punto. Así pues, el requisito del art. 406 del Cód. Proc. Civ., se satisface con la mera anulación de este apartado.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 15/06/11. “Nilda Genoveva Samaniego de Samaniego c/ Arminda Ocampos Carballo s/ Nulidad de Matrimonio” (Ac. y Sent. N° 55).

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 recurrente en su escrito de expresión de agravios de fs. 46/47, fundamenta el presente recurso en los siguientes términos. Manifiesta el recurrente que considera procedente la nulidad de la sentencia, en la parte que ordena la remisión de los antecedentes a la justicia penal, pues tal decisión no ha sido fundada, y dado que la única agraviada de dicha decisión es la Sra. Arminda Ocampos, en atención a que el supuesto cónyuge ya está muerto, y que al momento de contraer nupcias con esta, la Sra. Ocampos se hallaba sin impedimentos para ello. Arguye además que la presente litis, no ha sido trabada contra todos los litisconsortes necesarios, pues también debió ser dirigida contra la sucesión del Sr. Rigoberto Samaniego, en atención que la eventual sentencia podría afectar los derechos de los declarados herederos.

La parte contraria, Sra. Nilda Genoveva Samaniego vda. de Samaniego por derecho propio bajo patrocinio de Abogado, contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 48 y expone los argumentos señalados a continuación. En primer lugar manifiesta que se opone a la nulidad en atención a que el *a quo* valoró y fundamentó coherentemente los motivos de nulidad, y señaló además que la nulidad no solo afecta a los contrayentes sino al orden público y familiar. Manifiesta además, que la derivación a la justicia penal es correcta pues en autos se constata que se ha falsificado una sentencia judicial del cual hizo uso la hoy apelante para hacer valer supuesto derecho como esposa.

Primeramente se hará referencia al defecto de integración de la litis denunciado por la parte recurrente en esta instancia. Se alega que la litis debió ser integrada con la sucesión del difunto Sr. Rigoberto Samaniego. En vistas a que la actora es una pretensa heredera en calidad de cónyuge del causante, es la propia sucesión de éste quien en cierto modo estaría proponiendo esta acción. Por otra parte, resultaría extremo anular el proceso para integrarlo con los restantes posibles herederos en otras calidades, pues la litis precisamente se

encuentra trabada y contestada por la única persona que tendría legítimo interés y capacidad para contradecir en esta pretensión, vale decir la otra pretensa cónyuge, quien para más datos, se ha allanado a la demanda, con lo cual la alegación del vicio que aquí estamos estudiando es incongruente. Así pues, carecería por completo de interés un pronunciamiento de nulidad por estas razones.

Los otros agravios de la recurrente solo se refieren a la parte de la resolución que ha ordenado la remisión de las constancias de la causa a la justicia del crimen.

Se alega la falta de fundamentación de la decisión de la juzgadora inferior respecto de la decisión antedicha. Ello implicaría un vicio de congruencia interna de la sentencia.

El art. 404 del Cód. Proc. Civ.: “*Casos en que procede. El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes*”.

Examinada la resolución en cuestión, efectivamente, se advierte que la *a quo* ha omitido hacer referencia a las razones de hecho por las cuales ordena la remisión de los antecedentes a la justicia del crimen, así como los fundamentos de derecho en los cuales se apoya. El párrafo citado por la recurrida en relación con esto, “*la nulidad no solo atañe al interés preponderante de los contrayentes, sino además al orden público familiar; por ello, aceptar que el cónyuge culpable de la nulidad no puede accionar; sería una desnaturalización del instituto, cuando que la causa de la nulidad, la existencia de un vínculo anterior no disuelto, es evidente.*” (sic.), no alude a la remisión de los antecedentes a la justicia del crimen, sino a la procedencia de la declaración de nulidad frente a la posición jurídica adoptada por la demandada –allanamiento- y los deberes del juez de control de procedencia y salvaguarda de las cuestiones de orden público conforme lo manda el art. 169 del Cód. Proc. Civ. y la normativa concordante.

Así pues, no se ha fundado la remisión ordenada, la sentencia contiene un vicio invalidante en cuanto este respecto y la nulidad parcial, referida al apartado tercero del fallo, debe ser pronunciada.

A continuación, por aplicación del art. 406 de Cód. Proc. Civ. se procederá a resolver sobre el fondo.

Examinado el escrito de demanda, se advierte que la actora arguye que no hay sentencia que extinga el primer vínculo matrimonial entre ella y el difunto

marido, en atención de que la sentencia de divorcio presentada en el juicio sucesorio, a los efectos de pretender una vocación hereditaria, ha sido demostrada su falsedad en el juicio de impugnación en el cual se obtuvo fallo favorable, la S.D. N° 451 de fecha 2 de julio de 2008.

El art. 286 del Cód. Procesal Penal obliga al juez, conocido que sea un posible hecho delictuoso, a comunicar esta circunstancia a la autoridad pública encargada de investigarlo y procesarlo. De modo que, independientemente del pedido de parte, el juez debe cumplir este deber, en el caso de que en el transcurso de una litis en la que interviene como juzgador se produzca un hecho delictuoso o se tenga noticia de uno vinculado con la causa.

No se ve la conexión entre el juicio de nulidad del matrimonio entre Arminda Ocampos Carvallo y Rigoberto Samaniego, que solo tiene por efecto la declaración de la privación de efectos jurídicos de tal connubio, y la cuestión relativa a la falsedad de un instrumento público que no fue presentado en esta litis. Si en el juicio: “Incid. De impugnación de vocación hereditaria promovida por Nilda G. Samaniego de Samaniego c/Arminda Ocampos Carballo en la sucesión de Rigoberto Samaniego González” fue falsificado, o presentado o empleado un instrumento falsificado, es allí donde debe cumplirse el deber de comunicación más arriba descrito y no en la presente causa.

En estas condiciones no cabe hacer la remisión a la jurisdicción del crimen. Como no hubo un pedido de parte para esta remisión, la improcedencia de ella no produciría propiamente una denegatoria; lo que cabría, en verdad, es un pronunciamiento absolutamente omisivo -vale decir de un no pronunciamiento- respecto del punto. Así pues, el requisito del art. 406 del Cód. Proc. Civ. se satisface con la mera anulación de este apartado.

ASUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que se adhieren al voto de la magistrada preopinante, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO PROSIGUIÓ DICIENDO: En atención a la forma en que se resolvió la nulidad se hace innecesario el estudio de la apelación del apartado tercero en este punto.

En cuanto a los demás apartados, y las demás cuestiones resueltas en el apartado tercero, no se expresaron agravios en la apelación, por lo cual corresponde declararla desierta.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdidosa, por cuanto la misma intento valerse de la nulidad, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cod. Proc. Civ., en esta instancia.

ASUS TURNOS los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que votan en igual sentido 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.

RESUELVE:

DECLARAR parcialmente la nulidad de la S.D. N° 252 de fecha 14 de abril de 2010, referente al tercer apartado del resuelve, en la parte que remite los antecedentes a la justicia del crimen. DECLARAR desierto el recurso de apelación en cuanto a las restantes cuestiones resueltas en la sentencia apelada.

IMPONER las costas a la perdidosa, en esta instancia.

ANOTAR, registrar, y remitir copia a la Excma. Corte suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermini Palumbo, Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 56

Cuestión debatida: *Trabada así la litis en esta instancia, el cual tiene su punto de discusión en la causa que motivara la presente demanda por daño moral y de indemnización por daños y perjuicios que invoca el recurrente en contra de la Compañía Paraguaya de Comunicaciones Sociedad Anónima (COPACO S.A.). La cuestión planteada en alzada consiste en una demanda por indemnización de daño moral originado en un supuesto antijurídico civil proveniente de una denuncia formulada ante el fuero penal.*

SUMARIO ADMINISTRATIVO. Denuncia falsa.

Es así, que la COPACO S.A., antes de apresurarse a realizar la denuncia ante el Ministerio Público por los faltantes de Tarjetas Magnéticas debió instruir sumario administrativo, investigando e identificando al actor del hecho, a

pesar que, la COPACO S.A., alega que la denuncia ejercida tuvo su fundamento en un informe de Auditoría Interna de esa institución. Pero, precisamente basado en ese informe debió ordenar el sumario administrativo para luego realizar la denuncia ante el Ministerio Público. (voto en disidencia del Dr. Villalba Fernández en minoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Hechos ilícitos.

En ese sentido, de ahí arranca la responsabilidad de la COPACO S.A., en la identidad: causa; pues debió agotar la instancia administrativas ante de elevar la denuncia ante el Ministerio Público contra la persona del damnificado. Porque, no es lo mismo un sumario administrativo que un juicio penal. Habida cuenta que la consecuencia gravosa para la persona es superior en un proceso penal al tomar estado público la comisión de un supuesto hecho punible y, aunque posteriormente la persona afectada demuestra su inocencia, el daño ya está consumado. (voto en disidencia del Dr. Villalba Fernández en minoría)

SUMARIO ADMINISTRATIVO. Omisión de sumario administrativo.

El solo hecho de omitir la realización de un sumario administrativo por parte de la COPACO S.A., ya constituye un acto de mala fe en contra de la persona afectada. Porque –conforme se encuentra acreditado en autos– la persona denunciada y enjuiciada penalmente es un funcionario de la institución con más de 25 años de servicio, ingresando al ente como ordenanza hasta alcanzar cargos de jefatura. Este aspecto, necesariamente debió ser considerado por la demandada. Porque el no haber realizado un previo proceso administrativo ya constituye un hecho antijurídico y le obliga a indemnizar a causa del hecho dañoso, tal y como, lo establece el art. 1833 del Código Civil Paraguayo en concordancia con el art. 1834 inc. c) del mismo cuerpo legal. (voto en disidencia del Dr. Villalba Fernández en minoría)

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito.

Para la procedencia de la demanda de indemnización, debe existir una conducta antijurídica, una imputabilidad dolosa o culposa del hecho dañoso en el agente del mismo –salvo los supuestos de responsabilidad objetiva- un daño cierto y un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Hechos ilícitos.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, ya hemos dicho en anteriores oportunidades que esta cuestión tiene que estudiarse no solo a la luz de las

disposiciones del Código Civil, sino también atendiendo al concepto de la ilicitud, y por ende de antijuridicidad, contenido en el Código Penal.

DENUNCIA. Denuncia falsa. DIFAMACION. Honor. INJURIA.

La nueva ley penal contiene disposiciones relativas a la denuncia falsa y la calumnia, así como a la difamación y a la injuria. Define como conducta antijurídica, en el primer supuesto la atribución a otro, ante la autoridad, de haber realizado un hecho antijurídico a sabiendas de su falsedad; y en los restantes, la afirmación o divulgación ante un tercero, de hechos capaces de lesionar el honor de una persona, ya sea en contra de la verdad o no. Asimismo tipifica de ilícito a la simple atribución de un hecho capaz de lesionar el honor o la expresión de juicio de valor negativo.

DOLO.

Mientras que en el ilícito penal la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad –excepcionalmente la culpa– en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesariamente enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación, puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la acción penal.

El ilícito civil no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pueden estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva, previstas en la ley.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Ejercicio de la acción penal.

En esta forma de antijuridicidad civil la intención, el elemento subjetivo volitivo, es también factor constitutivo de lo ilícito, aproximándose de este modo –en su configuración– a la transgresión o inconducta penal, que siempre o casi siempre integra en su definición el elemento intencional.

ILÍCITO CIVIL.

Determinada que fue la inexistencia del hecho materia de denuncia, cabe entonces analizar el aspecto subjetivo de la conducta de la denunciante para, según el resultado que arroje esa investigación, concluir o no en la existencia de antijuridicidad y, por lo tanto, de acto ilícito civil.

DENUNCIA. Denuncia falsa.

La atribución de una conducta punible a un sujeto determinado, ya sea a través de una denuncia penal u otro medio constituye un antijurídico en nuestro derecho civil, según que vulnere los límites o marcos teleológicos para los cuales fue creado el instituto en cuestión y se configure un verdadero abuso del derecho de querrellar o denunciar.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa.

La configuración de la antijuridicidad está, en este caso, estrechamente ligada al factor subjetivo de atribución –que en materia civil no solo es doloso sino también culposo–. Es por ello que resulta principal de determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, a la vez que indique la imputabilidad defina también la antijuridicidad del hecho.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva.

La atribución objetiva de responsabilidad es de carácter excepcional y solo aplicable en los casos expresamente previstos en la ley, vgr. Arts. 1846 y 1847 del Cód. Civ. A menos que se considere como actividad riesgosa –posición que no suscribimos– la denuncia no se inscribe en ninguno de los supuestos de la norma civil y por lo tanto es inaplicable.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil.

Todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro será obligado en general al resarcimiento del perjuicio, conforme con el art. 1833 del Cód. Civ.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil.

La determinación de responsabilidad civil, requiere la omisión de las diligencias correspondientes a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, conforme lo previene el art. 421 del Cód. Civil. Por ende, el juez civil puede apreciar las vicisitudes del proceso penal desde la óptica que la ley civil le impone, para determinar la negligencia o imprudencia –civilmente considerada, reiteramos– de la denuncia.

DOLO.

Las disposiciones de la ley penal vigente, pero son los factores de atribución –dolo o culpa– los que habrían de diferir en el ámbito civil respecto de la ley penal para la cual, es perseguible primordialmente el acto doloso. En efecto, en los ilícitos relativos al honor y la reputación de las personas, la ley penal requiere la conducta dolosa. Tal circunstancia está expresamente mencionada y especialmente calificada en la calumnia y en la falsa denuncia; e implícitamente en

los demás supuestos, dado que un hecho culposo solo es punible en caso de que la ley expresamente lo determine.

DOLO.

La regla es la existencia del dolo, la culpa será parte del tipo penal cuando la ley expresamente lo disponga. Ahora bien, tratándose de la difamación, la tipificación del delito no requiere que el agente haya obrado a sabiendas de la falsedad de la atribución de un hecho capaz de desmeritar el honor, basta que exista la divulgación –y en algunos supuestos que el hecho no sea susceptible de prueba– para configurar el ilícito, independientemente de la intención dolosa del agente respecto de la verdad o falsedad de la acusación, e incluso independientemente de una imputación de obrar culposo. Basta que con que se quiera el obrar divulgatorio, sin que además se exija el querer mentir sobre la veracidad del hecho revelado.

DOLO.

El dolo se aplica al querer la divulgación y también al querer el daño a la reputación del otro, dejando a cargo del agente la verdad del hecho, salvo en ciertos supuestos especiales, como ser el caso de quien por sus funciones tiene el deber de averiguación o se trate de la razonable defensa a intereses públicos o privados.

DENUNCIA. Denuncia falsa.

La acción de denunciar, si bien constituye el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley, puede llevar a situaciones en las que debe también apreciarse, como lo tenemos dicho, la intención con la que se hace –dolo o culpa–. Aun mas, si tomáramos el presupuesto penal, descrito en el art. 151 del Código Penal, llegaríamos a la conclusión de que la atribución de un hecho disvalioso hecha respecto de una persona ante terceros constituye un acto riesgoso en sí mismo, pues su licitud y exoneración de punición no depende de la conciencia de su falsedad, ni tan siquiera de su temeridad –factores subjetivos de imputabilidad–, sino en ciertos casos –previstos en los num. 3 y 4– del simple hecho objetivo de ser susceptible de prueba, y de probarlo efectivamente.

DENUNCIA. Denuncia falsa.

La denuncia será un ilícito penal aun cuando el sujeto ignorara que el hecho no era verdadero, o todavía más, si tenía dudas sobre si el hecho era o no cierto.

DENUNCIA. Denuncia falsa.

Tratándose de denuncias o querellas penales, el denunciante o querellante

debe incurrir en culpa grave, esto es, su conducta debe notar un proceder temerario, precipitado o aventurado, habida cuenta de que el reproche subjetivo sobre su conducta debe ser de tal magnitud o intensidad que desnaturalice el ejercicio de la facultas licita reconocida por el ordenamiento jurídico: la de denunciar o querellar. Este aserto encuentra asidero en las prescripciones de los arts. 372 y 421 del Cód. Civil.

TEMERIDAD.

La temeridad se da cuando el sujeto obra contrariamente al razonable obrar ordinario, o cuando no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y los factores que debía considerar en su accionar. Además para que dicha temeridad quede configurada, la denuncia que la contiene debe ser desestimada, pues si se la acoge es obvio que tal temeridad desaparece.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Funcionario público imputado por hecho punible. SUMARIO ADMINISTRATIVO.

Los arts. 71, 73, 79, 89 y concordantes de la ley de la Función Pública establecen que si la falta imputada al funcionario constituye también un hecho punible de acción penal pública los antecedentes deben ser remitidos a la jurisdicción penal ordinaria, en cuyo caso el sumario administrativo quedara suspendido a las resultas del proceso penal, lo cual bien podía catalogarse como una omisión antijurídica por su desarreglo a las normas jurídicas que imponen la observancia de dicho comportamiento. Sin embargo, en el caso, el supuesto antijurídico constituido por la no instrucción del sumario administrativo carece de relevancia para determinar la antijuridicidad del acto de denuncia —que es un acto separado— o imputabilidad o reproche subjetivo sobre la conducta de la COPACO S.A., con la formulación de la denuncia en sede penal, que es lo que en definitiva lo que estamos juzgando aquí y constituye la causa petendi de la pretensión indemnizatoria del actor.

TEMERIDAD.

Al hallarse ausente el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es, la temeridad o culpa grave en la formulación de la denuncia y, en consecuencia, como vimos supra, también la antijuridicidad de la conducta, la pretensión indemnizatoria no puede prosperar.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios.

Los cargos reclamados por el actor devendrían procedentes cuando se verifica la irresponsabilidad de la denuncia, lo cual caería en el marco de la negli-

gencia o ligereza, extendiéndose ella a la deficiencia de aportar medios probatorios cuando en la denuncia se asume tal obligación, o cuando la misma proviene de imposición legal.

DENUNCIA. Participación y responsabilidad.

Tampoco es posible en este ámbito –el civil– que volvamos a valorar las actitudes rendidas en los autos tramitados en sede penal, pues ello podría devenir en un caos, si acaso basáramos la conclusión en apreciaciones o valoraciones distintas a las asumidas por la autoridad natural del fuero.

T. de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala. 17/06/11.- “Alipio Asunción Rivarola Amarilla c/ Compañía Paraguaya de Comunicaciones S.A. (COPACO S.A.) s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad” (Ac y Sent. N° 56). 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?

Practicando el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO Y MARTÍNEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: La parte recurrente, al no haber fundado este recurso interpuesto y siendo, los agravios vertidos por la misma en sustento de este recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constatado en la resolución examinada vicios u omisiones procesales de naturaleza solemne o formal que autoricen a éste Tribunal a una declaración de nulidad de oficio, conforme lo establecen los Arts. 15 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, NULIDAD: El Sr. Alipio Asunción Rivarola Amarilla no fundamentó el recurso de nulidad por él interpuesto, y dado que no se advierten en la resolución recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO; MANIFESTÓ: Adherirse al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNÁNDEZ, DIJO: Por la Sentencia apelada N° 311 de fecha 21 de mayo de 2010,

la instancia anterior resolvió: “RECHAZAR, con costas, la presente demanda ordinaria de indemnización de daños y perjuicios promovida por el Sr. AILIPIO ASUNCIÓN RIVAROLA AMARILLA, por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado, contra la firma COPACO S.A. (COMPAÑÍA PARAGUAYA DE COMUNICACIONES SOCIEDAD ANONIMA); conforme a los términos expuestos en el exordio de la presente resolución. ANOTAR...” (fs. 136/140).

Contra la sentencia recurrida se alza la parte actora y expresa su agravio en el escrito presentado a fs. 147/150 de autos. Manifiesta que la resolución pronunciada está apartada del derecho ya que la A quo no ha valorado todos los presupuestos obrantes en el expediente. Así, no ha considerado que la presente demanda de indemnización de daños y perjuicios se haya promovido a causa del proceso penal seguido en su contra y que fuera absuelto de culpa y pena por la denuncia infundada que realizara el Asesor Jurídico de la COPACO S.A., donde el accionante presta servicios. No ha considerado en su sentencia que la COPACO S.A. debió primeramente iniciar un sumario administrativo para la averiguación de los hechos que supuestamente se le ha imputado para luego del resultante del sumario denunciar el hecho ante el Ministerio Público. Alega, que el Juzgado se ha confundido en su sentencia, al manifestar que la COPACO S.A. no ha incurrido en responsabilidad porque la denuncia no ha sido temeraria, ya que, al no haber iniciado un sumario administrativo su parte no tuvo la oportunidad de alegar su inocencia, por que, efectivamente ha existido un faltante, por lo tal, a la persona del actor también se le ha debitado tarjetas que no ha retirado y que fuera probado en el juicio oral y público. Y al no haber la parte demandada iniciado el sumario administrativo previamente ha actuado de mala fe al elevar la denuncia al Ministerio Público, causándole al actor un daño moral y patrimonial.

Dice, además, que los fundamentos contenidos en la sentencia se refieren solo a los argumentos de la parte demandada, omitiendo los argumentos del accionante y las pruebas practicadas por el mismo. Argumenta, que en prueba del daño sufrido por la falsa denuncia de la COPACO S.A., su parte ha sido sancionado por la institución con el traslado del lugar donde presta servicios y la postergación de promoción de ascenso, en forma injustificada y en violación de la ley laboral, pues ello ocurrió sin la realización previa de sumario administrativo. Manifiesta, que la denuncia y el proceso penal fue a raíz del faltante de tarjetas magnéticas, que su parte ha solicitado pero nunca las ha retirado, como

se podrá advertir en el formulario 26-A, que fueron retiradas las tarjetas por otras persona, sin su autorización, sin embargo nunca fue investigado internamente. Que, fue considerado por el Tribunal de Sentencia al señalar la desidia del ente por no instruir sumario en averiguación de los hechos denunciados. Al respecto dice que los testigos ofrecidos por su parte han señalado los daños sufridos por su parte y el perjuicio ocasionado a su persona y su patrimonio por la falsa denuncia ejercitada por la COPACO S.A., acreditándose así el nexo causal con la demandada. Terminando con el pedido de revocación de la sentencia recurrida con imposición de costas.

La contraparte en contestación del traslado corrido, presenta su escrito de fs. 151/155 de autos. Rechaza las manifestaciones de la parte actora y alega que, su parte ha denunciado los hechos ocurridos con el faltante de las tarjetas microchips por valor de Gs. 44.634.140, por indicación de la Auditoria Interna de la COPACO S.A. y avalado en las documentaciones y testimonios. El importe consignado nunca fue depositado y devueltas las tarjetas al deposito de la institución, donde el actor era encargado de la parte administrativa de la Oficina Comercial de Fernando de la Mora. Sostiene, que la COPACO S.A. no ha sido parte en el proceso penal, ni ha sido querellante adhesivo y por consiguiente no ha obrado con temeridad. Lo cual, ha valorado el Juzgado en su sentencia al decir "...está claro, que la denuncia ante al Ministerio Público de un hecho punible de acción pública es un Derecho expresamente consagrado en el Código Procesal Penal (Art. 284), por lo que el hecho de denunciar no quebrante el Derecho positivo y por ende, no engendra responsabilidad civil, sino cuando existe abuso o excedencia en el ejercicio del derecho involucrado...". Además dice, que al haberse dictado resolución en el fuero penal imponiendo las costas en el orden causado sin que el actor haya recurrido le inhabilita a la promoción de la acción de indemnización. Sostiene, que fue la Fiscalía quien ha ejercitado la acusación penal y ha recurrido la resolución dictada por el Tribunal Penal y su parte no tiene responsabilidad por la denuncia elevada al Ministerio Público que es también una obligación y con esta demanda de indemnización sin fundamento se desalienta el cumplimiento de la ley. Argumenta, que todo lo manifestado lo prueba la misma confesoria del actor y las manifestaciones de los testigos. Y, concluye peticionando la confirmación de la sentencia protestando costas.

Trabada así la litis en esta instancia, el cual tiene su punto de discusión en la causa que motivara la presente demanda por daño moral y de indemnización

por daños y perjuicios que invoca el recurrente en contra de la Compañía Paraguaya de Comunicaciones Sociedad Anónima (COPACO S.A.).

Así, el demandante sostiene que la sentencia dictada en primera instancia está desprovista de fundamento jurídico y apartada del derecho, ya que, la A quo no ha valorado los argumentos esgrimidos por su parte y no ha atendido las pruebas obrantes en el expediente. Mientras que, para la parte demandada no existe motivo para pretender la indemnización por no existir un hecho antijurídico por su parte, especialmente, en lo concerniente a la denuncia realizada ante el Ministerio Público y el proceso penal seguido en contra del actor por supuestos hechos punibles cometidos por el actor de esta demanda.

Al respecto, mucho se ha hablado en la doctrina del derecho indemnizatorio si corresponde o no el resarcimiento a causa del ejercicio de una acción judicial. Discusión que siempre ha dividido a los doctrinarios, marcadamente en dos corrientes. Una la que sostiene que no corresponde la pretensión de ser indemnizado por haber el demandado ejercitado su derecho de accionar ante el Estado. Dicen estos doctrinarios que la facultad de pedir la tutela de la juridicidad del Estado es un derecho consagrado en el mismo Derecho Constitucional y no puede motivar una posterior acción indemnizatoria porque sería coartar esa garantía constitucional y el ciudadano se vería aprisionado en pedir el auxilio del Estado cuando considera que sus derechos se encuentran en peligro.

En realidad, esta es una posición que no sostiene tesis contraria, considerando la acción como un todo y único. Pero, la acción es un continente que encierra tres elementos llamados identidades: sujeto, objeto y causa. Y, si valoramos solo la acción como un todo y único, necesariamente se tendría que llegar a la conclusión que no corresponde pretender la indemnización en contra de la persona que ha ejercitado la acción. Caso contrario, sería como negar el imperio de las garantías constitucionales.

Y, he aquí en los elementos (las tres identidades) que encierra la acción donde se impone su análisis, tal y como, sostiene la teoría contraria en la doctrina.

Estas tres identidades, sujeto, objeto y causa, gobiernan el proceso. Sobre el sujeto se identifica la persona del demandante y la supuesta obligación del demandado. Sobre el objeto, que al decir del doctrinario Lino Palacio “...es el efecto jurídico que mediante ella se persigue...” (“Manual de Derecho Procesal Civil”, 17ª edición actualizada, Edit. Abeledo-Perrot, año 2003, Buenos Aires,

Argentina, pág. 97). Es decir, lo que pretende el actor del demandado por medio del juzgador. Y, sobre la causa, por el hecho alegado por el accionante y al cual le asigna una consecuencia jurídica. Es lo que, el mismo actor considera como responsabilidad del demandado. Y he aquí –en la causa– donde se desata toda la discusión sobre el tema de la indemnización. Porque siendo la causa la valoración subjetiva que le da el actor que considera una obligación del demandado, es donde debe buscarse la razón jurídica o antijurídica en el obrar del demandante.

Estas precedentes consideraciones son relevantes para este caso, porque, conforme a los antecedentes obrantes en el proceso, el presente juicio de indemnización de daños y perjuicios tiene su causa en la denuncia realizada por la demandada (COPACO S.A.) ante el Ministerio Público, por un supuesto faltante de tarjetas magnéticas que se encontraban bajo el resguardo del demandante como funcionario de la COPACO S.A., lo cual, causara su procesamiento penal y el fallo judicial que le absuelve de reproche y pena.

Contra la pretensión del damnificado la demandada sostiene que ella no es responsable porque no ha sido parte en el proceso penal y que la denuncia realizada ante Ministerio Público del supuesto faltante era un deber que le imponía la ley.

En realidad, no se puede reprochar la denuncia realizada al Ministerio Público por la COPACO S.A., ni el proceso penal. Son todos actos de *Ministerio Legis* y que correspondían su ejercicio. Pero, no está en estos actos la conducta antijurídica de la demandada, sino en la omisión previa a estos actos. Es decir, y conforme las pruebas que constan en el expediente, la COPACO S.A. ante el supuesto faltante de tarjetas magnéticas sindicados al actor de esta demanda, hubiera iniciado un proceso administrativo en averiguación del supuesto faltante, para esclarecer los hechos; sin embargo, prefirió de manera apresurada a denunciar directamente ante el Ministerio Público.

Con respecto, no nos olvidemos que toda la cuestión de la denuncia y el proceso penal en contra del damnificado es por la comisión de hecho punible en el ejercicio de la función pública. Lo cual, tiene un tratamiento especial en la Ley No. 1.626/00 “DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”.

Es así, que la COPACO S.A. antes de apresurarse a realizar la denuncia ante el Ministerio Público por los faltantes de tarjetas magnéticas debió instruir sumario administrativo, investigando e identificando al actor del hecho, a pesar

que, la COPACO S.A. alega que la denuncia ejercitada tuvo su fundamento en un informe de Auditoría Interna de esa institución. Pero, precisamente basado en ese informe debió ordenar el sumario administrativo para luego realizar la denuncia ante el Ministerio Público. Porque, conforme a la sentencia penal dictada, en el Considerando los magistrados penales han valorado que no se encontraban reunidos los elementos de convicción, indicando la desidia de la COPACO S.A. al no haber instruido sumario administrativo al actor de esta demanda y haberse apresurado al denunciarle al funcionario como supuesto autor del hecho punible; pues afirmaron los juzgadores que no existe documentación alguna que avale que el actor haya sido el que retiró las tarjetas magnéticas, objeto de la acusación, de los almacenes de la COPACO S.A., ni mucho menos haberlos recibido.

En ese sentido, de ahí arranca la responsabilidad de la COPACO S.A. en la identidad: causa; pues debió agotar las instancias administrativas antes de elevar la denuncia ante el Ministerio Público contra la persona del damnificado. Porque, no es lo mismo un sumario administrativo que un juicio penal, habida cuenta que la consecuencia gravosa para la persona es superior en un proceso penal al tomar estado público la comisión de un supuesto hecho punible y, aunque posteriormente la persona afectada demuestra su inocencia, el daño ya está consumado. El solo hecho de omitir la realización de un sumario administrativo por parte de la COPACO S.A. ya constituye un acto de mala fe en contra de la persona afectada. Porque –conforme se encuentra acreditado en autos– la persona denunciada y enjuiciada penalmente es un funcionario de la institución con más de 25 años de servicio, ingresando al ente como ordenanza hasta alcanzar cargos de jefatura. Este aspecto, necesariamente debió ser considerado por la demandada. Porque el no haber realizado un previo proceso administrativo ya constituye un hecho antijurídico y le obliga a indemnizar a causa del hecho dañoso, tal y como, lo establece el Art. 1833 del Código Civil Paraguayo en concordancia con el Art. 1834 inc. a) del mismo cuerpo legal.

Y existe daño porque se ha afectado la persona y el patrimonio del damnificado al haber soportado un proceso penal por más de 6 años desprovistos de pruebas en su contra y le ha truncado su carrera como funcionario de la institución. De ahí que, se encuentra justificada su pretensión con respecto al daño emergente de ser resarcido en la cantidad de Gs. 300.000.000. Y, con el daño moral con el monto de Gs. 600.000.000. Porque, evidentemente varios años de

estar enjuiciado penalmente sin sustento probatorio resquebraja el aspecto emocional del damnificado, tanto a nivel personal, familiar como también social.

Por estos fundamentos este Miembro preopinante considera que se encuentran reunidas las condiciones para hacer lugar a la demanda por daño moral e indemnización por daños y perjuicios promovida por el señor ALIPIO ASUNCIÓN RIVAROLAAMARILLA, en contra de la COMPAÑÍA PARAGUAYA DE COMUNICACIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (COPACO S.A.), debiendo de ser condenada la demandada al resarcimiento indemnizatorio por la cantidad de Gs. 900.000.000, más los intereses compensatorios a ser devengados al momento de la ejecución de la presente resolución.

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

OPINIÓN DE LADRA, BUONGERMINI PALUMBO, DIJO, APELACIÓN:
La cuestión planteada en alzada consiste en una demanda por indemnización de daño moral originado en un supuesto antijurídico civil proveniente de una denuncia formulada ante el fuero penal.

En primer término debemos recordar brevemente los supuestos de procedencia de la demanda por indemnización. Es decir, debe existir una conducta antijurídica, una imputabilidad dolosa o culposa del hecho dañoso en el agente del mismo –salvo los supuestos de responsabilidad objetiva– un daño cierto y un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño.

Las acciones de indemnización por daños derivados de denuncias o querrelas penales deben configurar también los supuestos de indemnización previstos por nuestro ordenamiento para ser procedentes. Se debe, pues, analizar la concurrencia de los requisitos exigidos a tal efecto.

Respecto de la antijuridicidad del hecho, ya hemos dicho en anteriores oportunidades que esta cuestión tiene que estudiarse no solo a la luz de las disposiciones del Código Civil, sino también atendiendo al concepto de ilicitud, y por ende de antijuridicidad, contenido en el Código Penal.

Se trata aquí de una denuncia penal por virtud de la cual se ha atribuido judicialmente al hoy demandante la comisión de los delitos de lesión de confianza y apropiación, conforme se aprecia en el escrito de denuncia obrante a fs. 05/06 de la carpeta fiscal obrante por piezas separadas.

La nueva ley penal contiene disposiciones relativas a la denuncia falsa y la calumnia, así como a la difamación y a la injuria. Define como conducta antiju-

rídica, en el primer supuesto la atribución a otro, ante la autoridad, de haber realizado un hecho antijurídico a sabiendas de su falsedad; y en los restantes, la afirmación o divulgación ante un tercero, de hechos capaces de lesionar el honor de una persona, ya sea en contra de la verdad o no. Asimismo tipifica de ilícito a la simple atribución de un hecho capaz de lesionar el honor o la expresión de juicio de valor negativo.

Ahora bien, mientras que en el ilícito penal la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad –excepcionalmente la culpa– en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesita enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación, puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad. Otra distinción aún mucho más importante, es que el ilícito civil no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pueden estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva, previstos en la ley.

Por otra parte, el mero hecho de denunciar o incluso querellar, ciertamente, no es generador de responsabilidad civil. Con esto estamos de acuerdo, por la buena razón de que nadie se atrevería a incoar denuncias o caso contrario promover querellas criminales. La acción de denunciar constituye en principio el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida por la ley. Empero, bajo ciertas condiciones puede llevar a situaciones en las que configura un antijurídico. La intencionalidad del agente, con la que se formula la denuncia es aquí determinante. En este contexto no debemos olvidar que la intencionalidad, para el ámbito civil, involucra tanto el dolo como la culpa. Es decir, lo que en principio puede ser un acto perfectamente lícito –y, por ende, excluir su antijuridicidad– puede volverse un antijurídico civil si hay excedencia en el ejercicio del derecho involucrado; en otras palabras, abuso del derecho. En efecto, el ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que a diferencia del acto ilícito común –en el cual la norma legal es transgredida francamente– implica una violación solapada del ordenamiento jurídico (Atilio Aníbal Alterini – Oscar José Ameal – Roberto M. López Cabana, *Derecho de las Obligaciones*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, págs. 719/720). En esta forma de antijuridicidad civil la intención, el elemento

subjetivo volitivo, es también factor constitutivo de lo ilícito, aproximándose de este modo –en su configuración– a la trasgresión o inconducta penal, que siempre o casi siempre integra en su definición el elemento intencional. Existe jurisprudencia que apoya este razonamiento: “...*La antijuridicidad, en el caso particular del delito de calumnias que se imputa a la emplazada, se encuentra íntimamente ligada al factor de atribución por lo que no cabe sino analizarlos en forma conjunta. Es que la denuncia de un hecho configurativo de un delito no sólo no es a priori antijurídica sino que es un derecho de todo ciudadano y, en algunos supuestos específicos, un deber; pero si el delito no existió y, además, el denunciante actuó con dolo o culpa, entonces la conducta se transforma en antijurídica. Determinada que fue la inexistencia del hecho materia de denuncia, cabe entonces analizar el aspecto subjetivo de la conducta de la denunciante para, según el resultado que arroje esa investigación, concluir o no en la existencia de antijuridicidad y, por lo tanto, de acto ilícito civil.*” (Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, 19/09/2006, B., G.M. c. A., M.E., LLBA 2006, 1454).

En síntesis, la atribución de una conducta punible a un sujeto determinado, ya sea a través de una denuncia penal u otro medio constituye un antijurídico en nuestro derecho civil, según que vulnere los límites o marcos teleológicos para los cuales fue creado el instituto en cuestión y se configure un verdadero abuso del derecho de querellar o denunciar. Así pues la configuración de la antijuridicidad está, en este caso, estrechamente ligada al factor subjetivo de atribución –que en materia civil no solo es doloso sino también culposo–. Es por ello que resulta principal la determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, a la vez que indique la imputabilidad defina también la antijuridicidad del hecho.

Cuestión de relativa dificultad es establecer el presupuesto de la imputabilidad.

El primer paso es establecer qué factor de atribución de responsabilidad se aplica en estos casos, esto es, si el factor subjetivo –que es el ordinario y normal– o el factor objetivo. Aquí no debemos olvidar que la atribución objetiva de responsabilidad es de carácter excepcional y solo aplicable en los casos expresamente previstos en la ley, vgr. arts. 1.846 y 1.847 del Cód. Civ. a menos que se considere como actividad riesgosa –posición que no suscribimos– la denuncia no se inscribe en ninguno de los supuestos de la norma civil y por lo tanto es

inaplicable. Al no poder aplicar un factor objetivo de responsabilidad solo queda determinar la atribución subjetiva.

En cuanto a la imputabilidad subjetiva, bien sabemos que ella puede ser dolosa o culposa. Es dolosa en los ilícitos civiles cuando hay intención de provocar el daño y es culposa cuando sin mediar esta intención existe por lo menos negligencia, imprudencia o impericia. Debemos mencionar que en casos como el presente que involucra el ejercicio de una facultad, la de denunciar o querellar, no existe una posición jurisprudencial unívoca respecto del factor de atribución y su definición. Tampoco lo es la de la doctrina. Es así como inclusive se discrepa respecto de si la acusación, denuncia o querrela calumniosa requieren el conocimiento de la inocencia del acusado, o la mera culpa o negligencia al efectuarse la imputación. Sin embargo, es menester destacar que en el estado actual de la doctrina y jurisprudencia la tesis que propiciaba en estos casos la configuración del dolo para la procedencia de la indemnización de los daños se encuentra en franca retirada. Por lo demás, de acuerdo con los principios generales, no es difícil inclinarse por la segunda de las soluciones, dado que todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado en general al resarcimiento del perjuicio, conforme con el art. 1833 del Cód. Civ. Ello, obviamente, explica la posición doctrinaria que se va delineando modernamente, en el sentido de que, al no haber norma legal que lo requiera expresamente, no existe razón alguna para que el juez no aprecie la intención de dañar. (Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 6ta. Ed, Buenos Aires, 1989. Pág. 310. LL 74-175). La doctrina ampliamente mayoritaria se pronuncia en esta dirección: "...*La previsión legislativa de los arts. 1089 y 1090 Cód. Civ. no puede interpretarse como enervante del principio general según el cual 'todo aquel que ejecutando un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otra, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta postura merece nuestra adhesión, aún cuando es de advertir que requiere un prudente ejercicio de la función judicial que exija severamente la prueba de la culpa, sea ligereza, negligencia o imprudencia en el denunciante acusador, so peligro de desaliento a quienes pretenden colaborar con las autoridades mediante el ejercicio de una facultad, y a veces, obligación de denunciar los presuntos delitos de que tomo conocimiento'*". (Parellada, Carlos Alberto, *Responsabilidad emergente de la denuncia calumniosa o negligente*, J.A.1979-III-692); "...*Queda claro, por tanto, que la falta de dolo delictual, entendido éste como conocimiento por parte*

del denunciante de la falsedad de la imputación, implica lisa y llanamente la no configuración de la figura de la acusación calumniosa del art. 1090 del CC. Empero, ello no es óbice para que pueda hablarse de la existencia de un cuasidelito no regulado expresamente por el CC: la denuncia penal culposa...” (Aita Tagle, Fernando - Cornet, Santiago, Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por denuncia penal culposa: influencia del proceso penal, prueba de la culpa y pautas para la valoración y cuantificación del daño moral, LLC 2009 abril, 267).

Obviamente, también existe jurisprudencia en este sentido. Así ha podido decirse que *“si bien el art. 1090 del Código Civil se refiere al delito de «acusación calumniosa», a lo que supone ser en sede penal donde, el desestimarse la querrela, se califique de calumniosa la acusación; nada se opone a que la calificación se produzca por la justicia civil en aquellos casos en que la actuación de aquélla jurisdicción en ese sentido no puede producirse, porque lo contrario llevaría a imponer a los jueces civiles a la obligación de establecer una indemnización retaceada, no comprensiva del daño moral”*. (ED, 27-346); *“La responsabilidad civil de los querellantes no puede tener lugar por el único hecho de que la acción haya sido rechazada, pues la ley solo la admite cuando la acusación ha sido calumniosa u obedeció a una conducta culpable”*. (ED, 66-151.); *“No cabe confundir la acusación calumniosa del art. 1.090 del C.C. que requiere de un factor subjetivo de atribución, esto es que el denunciante haya actuado con dolo, pero ello no puede interpretarse como enervante del principio general según el cual todo el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio, en virtud de lo dispuesto por el art. 1109 C.C. Basta entonces con que el denunciante haya actuado culposamente, si bien suele exigirse la existencia de una culpa grave o grosera (Conf. Belluscio y Zannoni, ‘Código Civil Comentado’, t. V, ps. 258 y ss.)”*. (Cámara 8ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 02/12/2008, Filippi, Luis José y otro c. Hernández, Dardo Iván, LLC 2009 abril, 268); *“No es exacto que para la configuración del delito civil de ‘acusación calumniosa’ no sea necesaria la presencia del dolo (arts. 1072 y 1090, Código Civil), siendo suficiente que el agente hubiere obrado con temeridad, ligereza, esto es, culposamente”*. (ED, 99-376.); *“Parece mas ortodoxo reservar la expresión «acusación calumniosa» para el delito civil previsto por el art. 1090 del Código Civil, en tanto que la figura culposa encarnada en el art. 1109 del mismo cuerpo legal –falsa imputación por observancia de una conducta temeraria,*

imprudente, precipitada, etc.- ha de nominarse 'acusación' o 'denuncia culpable' ". (ED, 99-376.); "Pese al empleo del término 'delito' en los artículos 1089 y 1090, cabe admitir la atribución de responsabilidad por culpa en casos de acusación calumniosa, armonizando las normas específicas con los principios generales que rigen la responsabilidad por daños resultantes de hechos ilícitos (arts. 1109, 1066, 1067, 1071 segunda parte, 1078, 1089, 1090, 1099, Cód. Civil). E incurre en ella quien, al formular la denuncia en sede penal, lo hace en forma precipitada o carente de elementos objetivos." (CC0002 SM 48969 RSD-19-1 S 20-2-2001, Juez CABANAS (SD), CARÁTULA: G., J.C. c/ H.,M.A. s/ Daños, y perjuicios, MAG. VOTANTES: Cabanas-Mares-Occhiuzzi); "Existe obligación de reparar el daño, sea que medie la voluntad y conciencia de hacer una falsa imputación, o porque no se hubiere obrado con malicia sino solo con negligencia. Para el primero de tales supuestos legisla específicamente el art 1089 del Código Civil y el segundo se rige por el art. 1109 del mismo cuerpo legal, habiéndose decidido, en tal sentido, que aunque la denuncia formulada no sea calumniosa, el denunciante responde por los daños y perjuicios que de ella deriven si ha procedido con culpa o negligencia al efectuarla, en cuyo caso es aplicable el art 1109 del Cod. Civil." (CC0002 SI 97303 RSD-35-5 S 11-3-2005, Juez MALAMUD (SD), CARÁTULA: Barna c/ Russo s/ Daños y perjuicios, MAG. VOTANTES: MALAMUD-KRAUSE); "5º) Que, por lo demás, no es aceptable la posición del recurrente en cuanto alega que la decisión del fiscal de no elevar la causa a juicio y su posterior absolución implican que la denuncia no tenía sustento objetivo. Esta Corte tiene dicho que la sola existencia de un fallo judicial que disponga la absolución o sobreseimiento del imputado no hace procedente, sin más, la acción de daños y perjuicios derivados de la denuncia, pues resulta indispensable que a su autor pueda imputársele dolo, culpa o negligencia (Fallos: 319:2824)." (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/05/2007, "Pistone, Ciro A. c. Estado Nacional", LA LEY 28/06/2007, 7).

Juzgándose la responsabilidad civil en base a criterios más elásticos, y en ausencia de norma que impida generar responsabilidad civil o imponga un criterio especial de valoración para casos como éste, no pueden aplicarse criterios más severos que los que el derecho privado establece para la existencia de culpabilidad. Los criterios de apreciación de culpa deben ser civiles y no penales, y por ende más latos. La determinación de responsabilidad civil, requiere la omisión de las diligencias correspondientes a las circunstancias de las perso-

nas, tiempo y lugar, conforme lo previene el art. 421 del Cód. Civil. Por ende, el juez civil puede apreciar las vicisitudes del proceso penal desde la óptica que la ley civil le impone, para determinar la negligencia o imprudencia –civilmente considerada, reiteramos– de la denuncia.

Analicemos, a la luz de estos aportes, la normativa vigente en la época de la denuncia, a fin de extraer conclusiones definitivas.

Así pues, debe ciertamente atenderse a las disposiciones de la ley penal vigente, pero son los factores de atribución –dolo o culpa– los que habrían de diferir en el ámbito civil respecto de la ley penal para la cual, es perseguible primordialmente el acto doloso. En efecto, en los ilícitos relativos al honor y la reputación de las personas, la ley penal requiere la conducta dolosa. Tal circunstancia está expresamente mencionada y especialmente calificada en la calumnia y en la falsa denuncia; e implícitamente en los demás supuestos, dado que un hecho culposo sólo es punible en caso de que la ley expresamente lo determine. Esto es, la regla es la existencia del dolo, la culpa solo será parte del tipo penal cuando la ley expresamente lo disponga. Ahora bien, tratándose de la difamación, la tipificación del delito no requiere que el agente haya obrado a sabiendas de la falsedad de la atribución de un hecho capaz de desmeritar el honor, basta que exista la divulgación –y en algunos supuestos que el hecho no sea susceptible de prueba– para configurar el ilícito, independientemente de la intención dolosa del agente respecto de la verdad o falsedad de la acusación, e incluso independientemente de una imputación de obrar culposo. Basta con que se quiera el obrar divulgatorio, sin que además se exija el querer mentir sobre la veracidad del hecho revelado. Ahora bien, en orden de juzgar el presente caso no debemos perder de vista que la propia ley penal actual ve como ilícito la simple divulgación de un hecho capaz de malograr la reputación independientemente de si el agente sabía o debía saber su falsedad. Es decir, el dolo se aplica al querer la divulgación y también al querer el daño a la reputación del otro, dejando a cargo del agente la verdad del hecho, salvo en ciertos supuestos especiales, como ser el caso de quien por sus funciones tiene el deber de averiguación o se trate de la razonable defensa a intereses públicos o privados. Si la ley penal ve como punible un hecho con estas características, más aún debe entenderse como ilícito civil la comisión de un hecho de divulgación cometido con mera negligencia, sin mediar interés de dañar. Es por ello que la acción de denunciar, si bien constituye el ejercicio de un derecho o de una facultad lícita, reconocida

por la ley, puede llevar a situaciones en las que debe también apreciarse, como lo tenemos dicho, la intención con la que se hace –dolo o culpa–. Aún mas, si tomáramos el presupuesto penal, descrito en el art. 151 del Código Penal, llegaríamos a la conclusión de que la atribución de un hecho disvalioso hecha respecto de una persona ante terceros constituye un acto riesgoso en sí mismo, pues su licitud y exoneración de punición no depende de la conciencia de su falsedad, ni tan siquiera de su temeridad –factores subjetivos de imputabilidad–, sino en ciertos casos –previstos en los núm. 3 y 4– del simple hecho objetivo de ser susceptible de prueba, y de probarlo efectivamente. Entonces, será un ilícito penal aún cuando el sujeto ignorara que el hecho no era verdadero, o todavía más, si tenía dudas sobre si el hecho era o no cierto. No debemos olvidar que estamos aquí ante la divulgación de un hecho desmeritador para la honra, cuya ocurrencia puede darse a través de cualquier medio, inclusive a través de la formulación de una denuncia.

Sin embargo, si bien el hecho tendría entidad suficiente para configurar un antijurídico, debe además existir un factor subjetivo de atribución de responsabilidad. En autos no se ha probado el dolo del demandado, pero –y como lo apuntáramos ya *ut supra*– debemos analizar también si no medió una conducta culposa por su parte. Y en este menester debemos ver si la conducta culposa se inscribe en una de las formas típicas que puede adoptar este factor de imputación, como ser la negligencia, la imprudencia o la impericia. Por las características del caso *sub examine* debemos descartar esta última; la imprudencia y la negligencia, no obstante deben ser consideradas.

Por otra parte, tratándose de denuncias o querellas penales, el denunciante o querellante debe incurrir en culpa grave, esto es, su conducta debe denotar un proceder temerario, precipitado o aventurado, habida cuenta de que el reproche subjetivo sobre su conducta debe ser de tal magnitud o intensidad que desnaturalice el ejercicio de la facultad lícita reconocida por el ordenamiento jurídico: la de denunciar o querellar. Este aserto encuentra asidero en las prescripciones de los arts. 372 y 421 del Cód. Civil. En este sentido se expide autorizada doctrina, con argumentos atendibles: “...Dentro de esta vertiente, algunos remarcan, con razón, la necesidad de que esa culpa sea grave, en el caso concreto, pues de otro modo no se preserva adecuadamente el interés social en la investigación y represión de los delitos penales. De allí que no cabría imponerle al denunciante una diligencia mayor de aquellas que correspondería en una

situación semejante, conforme a las circunstancias del caso concreto, por ejemplo, requiriéndosele una previa y exhaustiva investigación...” (PIZARRO-VALLEROS, *Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones*, Tomo 4, p. 368).

La cuestión está así en establecer si en la denuncia formulada por la COPACO S.A. contra el Sr. Alipio Asunción Rivarola Amarilla existió temeridad. La temeridad se da cuando el sujeto obra contrariamente al razonable obrar ordinario, o cuando no ha tenido en cuenta todas las circunstancias y los factores que debía considerar en su accionar. Además, para que dicha temeridad quede configurada, la denuncia que la contiene debe ser desestimada, pues, si se la acoge, es obvio que tal temeridad desaparece.

En orden, pues, de establecer la temeridad se deben examinar las constancias de la causa penal caratulada “ALIPIO ASUNCIÓN RIVAROLA AMARILLAS/ LESIÓN DE CONFIANZA Y APROPIACIÓN”. Respecto de dichas constancias tan sólo contamos con la carpeta fiscal que rola por piezas separadas, así como las resoluciones judiciales emanadas tanto del Tribunal de Sentencia como del Tribunal de Apelación en lo Criminal, agregadas por el actor con el escrito de demanda. Dichos antecedentes, sin embargo, son suficientes para resolver el presente litigio.

En efecto, el Tribunal de Sentencia por S.D. N° 211 del 29 de julio de 2008 (fs.46/51), resolvió, entre otros, absolver de reproche y pena al Sr. Alipio Asunción Rivarola Amarilla. De la lectura de la mencionada resolución judicial se desprende que el fundamento de la absolución del Sr. Alipio Asunción Rivarola Amarilla radicó en la existencia de duda razonable en el Tribunal sobre la configuración de los hechos punibles de lesión de confianza y apropiación: “...acabadamente el Tribunal concluye que existe duda razonable por todo lo que se tiene dicho sobre los hechos punibles de Lesión de Confianza y de Apropiación, pues no se pudo demostrar con certeza el comportamiento típico, antijurídico y reprochable del acusado Alipio Asunción Rivarola Amarilla, descripto en la Ley N° 1.160/97; artículos 160 incisos 1° y 2° y 192 inciso 1°, por lo que deviene procedente la absolución de reproche y pena...” (sic, f. 51). Por su parte, por Acuerdo y Sentencia N° 79 del 16 de octubre de 2008 (fs.41/45), el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala, resolvió confirmar la S.D. N° 211 del 29 de julio de 2008.

Como puede advertirse, la absolución del actor se produjo debido a la aplicación del principio *in dubio pro reo* consagrado en la Constitución Nacional y

en las normas penales. Con ello se demuestra que la conducta endilgada al Sr. Alipio Asunción Rivarola Amarilla no resultó lo suficientemente clara o esclarecida y generó consecuentemente dudas en el ánimo del juzgador al momento de evaluarla. En estas condiciones, la incertidumbre respecto de la configuración de la conducta punible atribuida al actor debe extenderse al denunciante, lo que desvanece toda presunción de malicia o temeridad en la denuncia formulada por la COPACO S.A.

Finalmente, debemos abordar el agravio del actor según el cual constituía un deber de la COPACO S.A., antes de incoar la denuncia penal, abrir sumario administrativo para el esclarecimiento del hecho conforme con las disposiciones normativas contenidas en la Ley 1626/00. En este sentido cabe señalar que los arts. 71, 73, 79, 80 y concordantes de la Ley de la Función Pública establecen que si la falta imputada al funcionario constituye también un hecho punible de acción penal pública los antecedentes deben ser remitidos a la jurisdicción penal ordinaria, en cuyo caso el sumario administrativo quedará suspendido a las resultas del proceso penal, lo cual bien podría catalogarse como una omisión antijurídica por su desarreglo a las normas jurídicas que imponen la observancia de dicho comportamiento. Sin embargo, en el caso, el supuesto antijurídico constituido por la no instrucción del sumario administrativo carece de relevancia para determinar la antijuridicidad del acto de denuncia –que es un acto separado– o imputabilidad o reproche subjetivo sobre la conducta de la COPACO S.A. con la formulación de la denuncia en sede penal, que es lo que en definitiva estamos juzgando aquí y constituye la *causa petendi* de la pretensión indemnizatoria del actor. De hecho, entre la falta instrucción del sumario administrativo al actor –antijurídico– y los daños cuyo resarcimiento reclama aquí en esta sede no se avizora la existencia de una relación causal adecuada. Por lo demás, en su escrito inicial el actor claramente atribuye los daños que dice haber sufrido a la formulación de la denuncia y al proceso penal, y no a la falta de instrucción del sumario.

En estas condiciones, al hallarse ausente el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es, la temeridad o culpa grave en la formulación de la denuncia y, en consecuencia, como vimos *supra*, también la antijuridicidad de la conducta, la pretensión indemnizatoria no puede prosperar. Consecuentemente, la sentencia debe ser confirmada. Las costas en esta instancia deben ser soportadas por el recurrente, conforme a lo dispuesto en el art. 203 inc. “a” del Cód. Proc. Civ.

A SU TURNO EL DR. MARTÍNEZ PRIETO MANIFESTÓ: En verdad que sobre el particular el criterio de aplicación gira en torno a la decisión jurisdiccional ya que el tono tradicional asentado en los códigos nos indica una cláusula general de excesiva amplitud que se escurre tangencialmente, y en forma peligrosa hacia la facultad y obligación de denunciar, cual es el caso expuesto por la preopinante. Es lo que se desprende del Código Francés en su art. 1382 al decir: “*Todas las pérdidas y todos los daños que pueden suceder por hechos propios, por imprudencia, por ligereza, por ignorancia de lo que debe saber o por otras culpas similares, por muy leves que puedan ser, deben ser resarcidos por aquel a cuya causa u otro tipo de culpa se atribuya la causa...*”, de donde se obtiene la inmensa atipicidad propuesta que hace derivar el marco limitativo en la consideración concreta y puntual del hecho sujeto a la labor jurisdiccional.

En el caso el actor ha sido no condenado por fundamentos basados en la duda surgida de la investigación, lo que apoyándonos en la realidad –y en soslayo del efecto que surge del *in dubio...*–, el actor podía ser condenado salvo por existir tanta evidencia como tanta falta de ella, esto es tanto equilibrio en las probanzas como para generar duda en el juzgador y por consiguiente la imposición de dicha conclusión a favor del actor.

En el marco que desarrollamos no se puede exigir a la víctima, en este caso al denunciante, quien se encuentra obligado a denunciar a proveerse de pruebas que no puedan en el curso del proceso resultar inconsistentes, ya porque de inicio lo fueron o porque así se convierten por oposición de otras producidas en el devenir de la causa.

Los cargos reclamados por el actor devendrían procedentes cuando se verifica la irresponsabilidad de la denuncia, lo cual caería en el marco de la negligencia o ligereza, extendiéndose ella a la deficiencia de aportar medios probatorios cuando en la denuncia se asume tal obligación, o cuando la misma provenga de imposición legal.

Tampoco es posible en este ámbito –el Civil– que volvamos a valorar las actividades rendidas en los autos tramitados en sede penal, pues ello podría devenir en un caos, si acaso basásemos la conclusión en apreciaciones o valoraciones distintas a las asumidas por la autoridad natural del fuero.

Consecuentemente, al adherir al criterio expuesto precedentemente se debe remarcar que no fundamenta resarcimiento la mera denuncia, ni siquiera aquella en que se declara la inocencia del denunciado –hoy actor, que no es el

caso- ya que a ello debe adicionarse dolo, culpa, ligereza o negligencia, la cual incluso debe valorarse de conformidad con la calidad del hecho y del denunciante.

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.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la sentencia apelada, de conformidad con los términos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas al recurrente.

ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buongermi Palumbo, Neri E. Villalba F. y Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 459

Cuestión debatida: *La agente Síndica presentó tasación de inmueble y solicitó venia judicial para la venta privada de una propiedad.*

CONVOCATORIA DE ACREEDORES. Administración de la masa. Funciones del Síndico.

En autos se halla la Tasación del inmueble presentado por la Agente Síndica de Quiebras donde se detalla en valor de venta rápida del citado inmueble. Asimismo, obra en autos, el informe del INDERT donde se le informa al Juzgado el valor hectárea de la zona del inmueble cuya venta privada es objeto de estudio y análisis en esta Alzada. Estos instrumentos avalan el precio de venta de la propiedad en cuestión y, por ende, creemos que el monto por el cual se pretende su venta privada se adecua a dichos documentos y evidentemente genera un beneficio a la masa de acreedores de acuerdo a lo que establece nuestra legislación.

CONVOCATORIA DE ACREEDORES. Administración de la masa. Funciones del Síndico.

Lo primero que debemos tener en cuenta para resolver el caso es que la venta privada es excepcional en un juicio de quiebra. La regla es la venta en remate público y la excepción a dicha regla es la venta privada y para que proceda tal debe darse bajo riguroso cumplimiento de sus requisitos: El primer requisito para su procedencia es que el pedido del Síndico esté fundado. En autos los argumentos presentados no justifican como fundamento, pues la velocidad en el tema no justifica salir de la regla. Más aún, que no exista un beneficio para la masa concursal y, por el contrario, existe un perjuicio. (Voto en disidencia del DR. Carmelo Castiglioni en minoría)

CONVOCATORIA DE ACREEDORES. Administración de la masa. Funciones del Síndico.

La sindicatura parte de un argumento falso, pues dice para ello que la ley le impone que el Síndico realice los bienes en el más breve plazo. Pero realizar los bienes no significa utilizar irracionalmente la vía de la excepción para justificar la brevedad de plazo. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría)

CONVOCATORIA DE ACREEDORES. Administración de la masa. Funciones del Síndico.

No está fundado el pedido de venta del inmueble ni mínimamente porque la velocidad en la realización en los bienes no justifica hacerlo por un precio irrisorio. Pero no está fundado porque no dice el Síndico cómo beneficia a la quiebra o cuál es el beneficio. Cuál es el beneficio para venderlo por menos del precio en que se podría vender, por lo cual no procede la venta privada por no ajustarse a la ley y porque no beneficia a la masa, por el contrario conspira contra el deber del Síndico de conservación del activo de la quiebra. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría)

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 18/06/12.- “Compulsas Expte.: Industria Boquerón s/ Convocatoria” (A. I. N° 459).

Asunción, 18 de Junio de 2012

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad deducidos por la Señora Irma Idalina Brugos por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado y la Agente Sindica de Quiebras del Primer Turno, abogada Julia Rosa Alonso contra el A.I. N° 1.518 del 21 de Octubre del 2011, y;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR:

NULIDAD: Este recurso fue interpuesto en la instancia inferior pero ante esta instancia no fue fundamentado al presentar el escrito agregado a fs 63/65 de autos. Al analizar de oficio el fallo recurrido, este no adolece de vicios u omisiones de índole procesal que autoricen a decretar la nulidad de oficio del fallo, por lo cual debe tenerse por desistido del mismo.

Se debe puntualizar, igualmente, que la Agente Síndico de Quiebras, desistió expresamente este recurso por lo que corresponde tenerlo por desistido de este recurso a la parte individualizada.

APELACIÓN: La resolución cuestionada, rechazó el pedido de venta privada de la Finca N° 561 del distrito de Antequera, presentado por Irma Burgos de Ozuna, en la QUIEBRA DE INDUSTRIAS BOQUERÓN, en base a los argumentos emitidos por el A-quo, en el Considerando del fallo (fs. 59/59 vlta de autos).

Tanto la parte apelante, la Sra. Irma Idalina Burgos y como la Agente Síndico de Quiebras, abogada Julia R. Alonso, a través de los escritos agregados a fs. 63/65 y 66/68, respectivamente, emiten los fundamentos por los cuales solicitan la revocatoria del fallo recurrido, correspondiendo que esta Alzada determine si la decisión se ajusta o no a derecho.

Al analizar el fallo dictado, en la instancia inferior, en el Considerando se sostiene lo que siguiente: *"...Esta suposición de que el valor de la propiedad podría ser mayor a la oferta presentada es simplemente eso, no podemos afirmarlo; pero dicha duda es razón suficiente para rechazar el pedido de venta directa, ya que claramente el artículo citado más arriba al expresar 'el juez PODRÁ' denota una facultad del magistrado de hacer o no hacerlo según su criterio; además y más importante, expresa: '... EXCEPCIONALMENTE disponer la venta privada de alguno o algunos de los bienes cuando conviniese a la mejor realización de los mismos en beneficio de la masa...'; este enunciado es de gran importancia, pues en el se establece una condición a fin de realizar la venta privada en forma excepcional, lo cual indica que no es regla general. Si la condición para esta venta excepcional es que conviniese a la mejor realización de los mismos en beneficio de la masa, en caso de duda- como en el presente caso- mal podría esta magistratura conceder la venia para dicha venta pues no se encuentra cumplida la condición que ameritaría la venta de la misma en forma priva-*

da". Para nosotros este es el argumento central que le indujo a rechazar el pedido de venta privada deducida en autos; por lo cual debe analizarse y determinar si el razonamiento es correcto.

De las actuaciones realizadas en autos tenemos que la Agente Síndica de Quiebras, abogada Julia Alonso, presentó tasación de inmueble y solicitó venia judicial para la venta privada de una propiedad a favor de la señora Idalina Burgos de Ozuna, conforme a los términos de escrito agregado a fs. 14/15 de autos. Asimismo, la Sra. Irma Idalina Burgos de Ozuna presentó informe de Catastro y solicitó autorización de venta de inmueble en base a los argumentos de su escrito obrante a fs. 50 de autos.

Pues bien, en autos se halla la Tasación del inmueble presentado por la Agente Síndica de Quiebras donde se detalla el valor de venta rápida del citado inmueble (ver fs. 4/6). Asimismo, obra en autos el informe del INDERT donde se le informa al Juzgado el valor hectárea de la zona del inmueble cuya venta privada es objeto de estudio y análisis en esta Alzada (ver fs. 58). Estos instrumentos avalan el precio de venta de la propiedad en cuestión y, por ende, creemos que el monto por el cual se pretende su venta privada se adecua a dichos documentos y evidentemente generará un beneficio a la masa de acreedores de acuerdo a lo que establece nuestra legislación. Es importante recordar lo que dispone la Ley N° 154/69, en su art. 138: ... *"No obstante, a pedido fundado del síndico, el juez podrá autorizar la enajenación total o parcial de bienes en remate o licitación pública, o excepcionalmente disponer la venta privada de alguno o algunos de los bienes cuando conviniese a la mejor realización de los mismos en beneficio de la masa."* Atendiendo lo que dispone la norma transcrita y el hecho de haberse demostrado con informes pertinentes el valor del inmueble cuya venta privada fue solicitada por la Agente Síndica de Quiebras, para esta Magistratura la decisión no se ajusta a lo que indica la norma, la doctrina y jurisprudencia, pues la decisión adoptada puede producir un perjuicio innecesariamente, situación que debemos evitar para que se imponga la justicia y la equidad.

En base a estos argumentos sostenemos que la decisión del inferior no se ajusta a derecho, por lo que corresponde revocar el fallo apelado.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA: Manifiesta que se adhiere a la opinión precedente por los mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI:

RECURSO DE NULIDAD: Que adhiero al que voto que tiene por desistido por el mismo argumento. Es mi voto.

RECURSO DE APELACIÓN: Que voto por la confirmatoria de la resolución, por tratarse de una resolución que rechaza el pedido de venta privada por falta de fundamento, Lo hago fundado en que la venta privada solicitada no se ajusta aun nimiamente a los requisitos establecidos en el Art. 138 de la Ley N° 154.

Lo primero que debemos tener en cuenta para resolver el caso es que la venta privada, es excepcional en un juicio de quiebra. La regla es la venta en remate público y la excepción a dicha regla es la venta privada y para que proceda tal debe darse bajo riguroso cumplimiento de sus requisitos:

A) El primer requisito para su procedencia es que el pedido del Síndico este fundado. En autos los argumentos presentados no justifican como fundamento, pues la velocidad en el remate no justifica salir de la regla, más aún, que no exista un beneficio para la masa concursal y, por el contrario, existe un perjuicio. La sindicatura parte de un argumento falso, pues dice para ello que la ley le impone que el Síndico realice los bienes en el más breve plazo. Pero realizar los bienes no significa utilizar irracionalmente la vía de la excepción para justificar la brevedad del plazo. En lo más mínimo se justifica que se venda por un precio irrisorio un bien, porque eso perjudica a la finalidad de la quiebra, la cual es sacar el máximo provecho en beneficio de la masa. No está fundado el pedido ni mínimamente porque la velocidad en la realización en los bienes no justifica hacerlo por un precio irrisorio. Pero no está fundado porque no dice el Síndico cómo beneficia a la quiebra o cuál es el beneficio. Cuál es el beneficio para venderlo por menos del precio en que se podría vender.

B) La sindicatura no ha justificado algún beneficio para que proceda la venta privada. Solamente cuando está justificado por algún beneficio puede otorgarse la excepción. Condición sine que no es el síndico exponga el beneficio. Decir que debe vender rápido no es beneficio.

C) El dictamen fiscal no obliga, por el juez puede apartarse de dicho dictamen porque solo es un parecer, más aún que no tiene fundamento científico. La palabra del perito no puede cambiar la realidad. Pero, como dice el juzgador, más bien crea duda, pues es un hecho notorio que en ningún rincón de la República se vende a casi un millón de guaraníes la hectárea. Es suficiente abrir algún diario para constatarlo. Es un hecho notorio que no existe el precio de

1.012.500 por hectárea en ningún lugar del país. Ni en el más recóndito Chaco existe ese precio. El juez ha obrado conforme a derecho porque no le convence el dictamen y la discrecionalidad está dado al juez no al síndico y menos al perito. Por otro lado, hubiera sido diferente que justifique el precio irrisorio porque es un lugar anegable o que no sirve para la agricultura y la ganadería. Por otro lado el informe del Indert de que el precio es de 300.000 la hectárea es un despropósito cuando existen campesinos sin tierra y la hectárea está a ese precio. El dictamen pericial dice que el valor real es G. 4.050.000., pero aconseja que se venda por un millón de guaraníes menos, solo por la rapidez.

D) Por último, la condición *sine quanon* es que haya un beneficio para la masa. No se ha señalado ningún beneficio para la masa, no puede darse la excepción. La excepción se da a cambio de un beneficio que justifique la aplicación de dicha excepción. Si no se señala un beneficio, el síndico no señaló ninguno, entonces no procede la excepción.

Por lo expuesto, considero que no procede la venta privada, por no ajustarse a la ley y porque no beneficia a la masa, por el contrario conspira contra el deber del síndico de conservación del activo de la quiebra y, por tanto, voto por la confirmatoria. Es mi voto.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE:

TENER, por desistido el recurso de nulidad interpuesto.

REVOCAR, el A.I. N° 1.518 del 21 de octubre del 2011, conforme los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

ANOTAR, registrar y remitir copia al a Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Carlos Escobar Espínola y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 460

NOTIFICACIÓN. Notificación por automática.

En el caso, atendiendo a que los recursos fueron concedidos y dado que el art. 133 del CPC establece en forma taxativa cuáles son las resoluciones que deben ser notificadas por cédula o personalmente, y como el auto interlocutorio dictado no se encuentra dentro de las resoluciones que deben ser notificadas por cédula, ésta se notifica por automática, conforme a lo dispuesto por el art. 131 del CPC, deben ser declarados mal concedidos los recursos de nulidad y apelación.

INCIDENTE. Incidente de nulidad. SENTENCIA. Efectos de la sentencia.

El caso es que al promover el incidente de nulidad de notificaciones primigenia del proceso, sin recurrir de la sentencia, el juez ya no puede entender en el incidente de nulidad de una sentencia que entró en autoridad de cosa juzgada. Para que pueda tramitarse el incidente de nulidad, el incidentista tenía que necesariamente recurrir con los recursos respectivos de la sentencia definitiva. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

INCIDENTE. Incidente de nulidad. SENTENCIA. Efectos de la sentencia.

Una vez dictada sentencia definitiva, no puede el juez de Primera Instancia dar trámite a un incidente de nulidad, si es que, al mismo tiempo, no presenta recursos de nulidad y de apelación. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría)

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar.

El hecho de que el incidentista haya viajado al Brasil por motivos de trabajo no es excusa, pues la notificación le fue realizada en el domicilio donde constituyó en la escritura pública como lugar de notificación. La falta de realización del aviso es intrascendente cuando la notificación cumplió su objetivo de hacer saber y lo cierto es que la notificación le fue llevada en el lugar que el ejecutado constituyó domicilio especial. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

NOTIFICACIÓN. Domicilio para notificar.

En la escritura pública consta que la carga del deudor era notificar el cambio de dominio especial, entonces no es suficiente decir que fue al Brasil a

trabajar, pues debió notificar al Banco dicha situación. Al no hacerlo, dicho domicilio, donde existe certeza de que le llegó la notificación, prevalece y surte efecto, pues siendo un domicilio especial, es el domicilio constituido para el efecto del crédito que recibió y el hecho de no estar en ese lugar es intrascendente, pues el domicilio especial, prevalece sobre el domicilio real, en relación al objeto del acto para el cual se notificó domicilio especial. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en minoría).

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 18/06/12.- “Reconstitución de la Reconstitución del Expediente: Banco nacional de Fomento c/ João Valter Ferreira s/ Ejecución Hipotecaria” (A. I. N° 460).

Asunción, 18 de Junio de 2012

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad deducidos por la Abogada Gloria E. Cardozo Rodríguez contra el A.I. N° 1896, de fecha 30 de diciembre de 2011, y;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR.

CUESTION PREVIA. EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR, dijo: La aludida resolución objeto de recursos dispuso hacer lugar con costas al incidente de nulidad de actuaciones deducido por el Sr. JOÃO WALTER FERRIERA conforme los argumentos dados en el Considerando del fallo agregado a fs. 361/363 de autos.

De las constancias obrantes en los autos tenemos que en la instancia inferior se hizo lugar al incidente de nulidad de actuaciones deducido por la parte demandada (A. I. N° 1896 de fecha 30 de diciembre de 2011, ver fs 361/363) y la parte actora, a través de su representante convencional, se dio por notificada e interpuso recurso de apelación y nulidad en fecha 14 de febrero del 2012, conforme escrito agregado a fs. 365 de autos. Se debe puntualizar que el inferior, por providencia de fecha 15 de febrero del 2012, concedió los recursos interpuestos por la mencionada abogada, sin tener en cuenta que el fallo se dictó en fecha 30 de diciembre del 2011, notificándose el mismo por automática en fecha 2 de febrero del 2012, y conforme lo dispone el Art. 133, los incidentes se notifican de esta forma. Pues bien, teniendo en cuenta la fecha de notificación la actora tenía plazo para interponer los recursos en fecha 8 de febrero de 2012 hasta las 09:00

horas, atendiendo a esta circunstancia debió desestimarse en la instancia inferior los mismos por haber sido interpuestos extemporáneamente.

Atendiendo a que los recursos fueron concedidos y dado que el Art. 133 del CPC establece en forma taxativa cuáles son las resoluciones que deben ser notificadas por cédula o personalmente y como el auto interlocutorio dictado no se encuentra dentro de las resoluciones que deben ser notificadas por cédula, ésta se notifica por automática, conforme a lo dispuesto por el Art. 131 del CPC, deben ser declarados mal concedidos los recursos de nulidad y apelación por la circunstancia apuntada líneas arriba.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARLOS ESCOBAR ESPÍNOLA: Manifiesta que adhiere a la opinión precedente por los mismos fundamentos.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI.

RECURSO DE NULIDAD: Adhiero al voto que tiene por desistido de este recurso al recurrente.

RECURSO DE APELACIÓN: Que el objeto de apelación es contra el A.I. N° 1896 de fecha 30 de diciembre de 2011 que acoge un incidente de nulidad contra sendas cédulas de notificaciones en relación a la parte inicial del juicio hipotecario. Voto por la revocatoria de la resolución fundado en los siguientes fundamentos:

1) Con la confirmatoria de la resolución se quebrantaría el principio de preclusión, enunciado expresamente en el Art. 103 del CPC, conforme al cual “CLAUSURADA UNA ETAPA PROCESAL, NO ES POSIBLE RENOVARLA, AUNQUE HAYA ACUERDO DE PARTE”. Esto significa que el proceso no puede retroceder hacia atrás una vez consentida una etapa. El incidentista, al promover el presente incidente, no ha recurrido de la S.D. N° 1267 de fecha 17 de diciembre de 2003, obrante a fojas 54 de autos. Al tomar intervención con el incidente de nulidad significa que ha tomado conocimiento de la totalidad del expediente, que dicho sea paso está en esta avanzada del procedimiento de ejecución, sin embargo, el incidentista no ha presentado ningún recurso contra dicha sentencia definitiva, lo cual significa que la misma ha entrado en autoridad de cosa juzgada. Pero, lo que es más grave es que el Art. 163 del CPC dispone que “PRONUNCIADA LA SENTENCIA CONCLUIRÁ LA COMPETENCIA DEL JUEZ RESPECTO DEL OBJETO DEL JUICIO Y NO PODRÁ SUSTITUIRLA O MODIFICARLA”. El caso es que al promover el incidente de nulidad de notificaciones primigenia del proceso, sin recurrir de la sentencia, el juez ya

no puede entender en el incidente de nulidad de una sentencia que entró en autoridad de cosa juzgada. Para que pueda tramitarse el incidente de nulidad, el incidentista tenía que necesariamente recurrir con los recursos respectivos de la sentencia definitiva. Al no hacerlo, se entiende que el juez ha tramitado un incidente de nulidad en el cual ya perdió competencia. En concreto, una vez dictada sentencia definitiva, no puede el juez de Primera Instancia dar trámite a un incidente de nulidad, si es que, al mismo tiempo, no presenta recursos de nulidad y de apelación. En este caso no lo hizo, lo cual hace notoriamente improcedente estudiar los recursos contra la resolución que acoge el incidente de nulidad por haber entrado en autoridad de cosa juzgada.

2) Por otro lado, el incidente es notoriamente improcedente, pues la notificación, el mismo incidentista reconoce que le fue realizada en el domicilio que el mismo fijó en el contrato de hipoteca. Dijo: “EL UJIER NOTIFICADOR TOMÓ CONOCIMIENTO CIERTO Y VALEDERO DE MIAUSENCIA DEL PAÍS”. En esa línea de pensamiento es que el notificador le llevó la notificación en el domicilio constituido, pues si afirma que el ujier tomó conocimiento cierto y valedero, es que él reconoce que la notificación se hizo en el lugar adecuado. El hecho de que él haya viajado al Brasil por motivos de trabajo no es excusa, pues la notificación le fue realizada en el domicilio donde constituyó en la escritura pública como lugar de notificación. La falta de realización del aviso es intrascendente cuando la notificación cumplió su objetivo de hacer saber y lo cierto es que la notificación le fue llevada en el lugar que el ejecutado constituyó domicilio especial.

3) En la escritura pública consta que la carga del deudor era notificar el cambio de domicilio especial, entonces no es suficiente decir que fue al Brasil a trabajar, pues debió notificar al Banco dicha situación. Al no hacerlo, dicho domicilio, donde existe certeza de que le llegó la notificación, prevalece y surte efecto, pues siendo un domicilio especial, es el domicilio constituido para el efecto del crédito que recibió y el hecho de no estar en ese lugar es intrascendente, pues el domicilio especial prevalece sobre el domicilio real, en relación al objeto del acto para el cual se constituyó domicilio especial.

En estas condiciones voto por la revocatoria, con costas a la perdidosa, y especialmente por no poder violentarse el principio de preclusión y cosa juzgada para retrotraer el procedimiento, por cédulas supuestamente mal notificadas y estando el juicio en etapa de ejecución. Es mi voto.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA,

RESUELVE:

DECLARAR MAL CONCEDIDOS los recursos de apelación y nulidad interpuestos en contra el A.I. N° 1896 de fecha 30 de diciembre de 2011.

ANOTAR, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Carlos Escobar Espínola y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 505

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.

La excepción de incompetencia esta prevista en el Art. 462 del CPC, tiene la particularidad que determina cuando es competente el juez o un tribunal para entender en una cuestión, siendo este el presupuesto básico para la configuración de una relación procesal valida.

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.

La competencia en razón del territorio está reglada por el Código de Organización Judicial y por las Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia, y así tenemos que en dicha normativa la Corte establece claramente en lo relativo al territorio a que Juzgado o circunscripción deben recurrir las partes debiendo tenerse en cuenta, obviamente, el o los domicilios de las partes o el lugar donde se encuentra ubicado el inmueble en litigio.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 11/07/11.- “Marcelino Orrabali c/ Luis Coronel o Amado Coronel e Hijos y/o Modesto Silguero s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (A. I. N° 505).

Asunción, 11 de julio de 2011.

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por el Señor MARCELINO ORRABALI bajo patrocinio del Abogado MARIO BENÍTEZ FLORENTÍN con-

tra el A.I. N° 428 de fecha 08 de abril de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Ciudad de San Lorenzo;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR: El fallo recurrido HIZO LUGAR a la excepción de incompetencia por razón del territorio, opuesta por el codemandado LUIS CORONEL, por las razones que emite en el Considerando del mismo (ver fs. 53).

A la actora le agravia esta resolución, presentando ante este Tribunal, el escrito de expresión de agravios, agregado a fs. 58/59, donde cuestiona la decisión del inferior. Los demandados no contestaron el traslado y por ello se dictaron los A.I. N° 731 de fecha 09 de setiembre de 2010 (fs. 62), A.I.N° 833 de fecha 18 de octubre de 2010 (fs. 65), A.I.N° 9 de fecha 02 de febrero de 2011 (fs. 68), por los cuales se les DIO por DECAIDO el DERECHO que tenían para contestar los agravios.-

Pues bien, este Tribunal considera oportuno formular algunas consideraciones antes de entrar a determinar si la resolución se ajusta o no a derecho. Como sabemos la Excepción de Incompetencia está prevista en el Art. 462 del CPC, la misma tiene la particularidad que determina cuando es competente un juez o un tribunal para entender en una cuestión, siendo este el presupuesto básico para la configuración de una relación procesal válida.

La legislación procesal vigente establece que el juez o Tribunal de oficio debe analizar si es o no competente para intervenir en la cuestión, y en caso de no obrarse así el demandado debe interponer la excepción de incompetencia a los efectos que éste decline la competencia al juez, cuando no es apto para entender en la causa.

La competencia en razón del territorio está reglada por el Código de Organización Judicial y por las Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia, y así tenemos que en dicha normativa la Corte establece claramente en lo relativo al territorio a qué Juzgado o circunscripción deben recurrir las partes, debiendo tenerse en cuenta, obviamente, el o los domicilios de las partes o el lugar donde se encuentra ubicado el inmueble en litigio. Dichas disposiciones establecen de manera clara que en lo concerniente a las acciones personales iniciadas por los interesados, el domicilio que prevalece es el indicado en el título obligacional, o el elegido por el accionante, en el caso de coobligados prevalece el domicilio donde se instaure la demanda.

Luego de formular estas consideraciones corresponde entrar al estudio, específicamente, de este caso sometido a decisión de esta Alzada. Así tenemos que la actora se allanó al pedido de excepción de incompetencia de jurisdicción, luego se dictó la resolución, y la misma apela ésta, en el escrito de agravios manifiesta una vez más su allanamiento y a la vez indica su desacuerdo con la forma de resolver la cuestión. Dicha contradicción no fue válidamente fundamentada y no puede tener asidero legal alguno. De las constancias de autos surge que no existe ningún impedimento para la tramitación del juicio en la Capital, y mediando allanamiento corresponde que el proceso debe tramitarse ante dicho Juzgado.

De acuerdo a estas explicitaciones, consideramos que el fallo dictado por el inferior se encuentra ajustado a derecho y deber ser confirmado, y de acuerdo a la Acordada citada deben las partes tramitar la causa ante el Juzgado competente en la actualidad. Las costas serán impuestas a la perdidosa.

OPINIÓN DE LOS MAGISTRADOS CARMELO CASTIGLIONI y FRIEMORT ORTIZ PIERPAOLI: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr. YNSFRÁN SALDÍVAR por los mismos fundamentos.

POR TANTO, El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE:

1. CONFIRMAR, con costas, el A.I. N° 428, de fecha 08 de abril de 2010 por las razones dadas en el exordio de la presente resolución.

2. ANOTAR, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Friemort Ortiz Pierpaoli y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 528

Cuestión debatida: *La cuestión a ser resuelta por esta Alzada radica en establecer cuáles son los bienes que pertenecen a la comunidad para su posterior partición. Se discute si el punto de partida es un acta de manifestación que los cónyuges forman un matrimonio aparente presentado para ser socios de un club o la celebración del matrimonio.*

MATRIMONIO. Prueba del matrimonio. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Recurriendo a la doctrina y a la jurisprudencia, tenemos que el matrimonio aparente debe ser declarado por sentencia judicial en un juicio ordinario. Es decir, debe promoverse una acción ordinaria a los efectos de que la unión de hecho se convierta a través de un fallo judicial en matrimonio aparente, y que posteriormente se dispondrá su disolución y partición de bienes de la comunidad conyugal.

MATRIMONIO. Prueba del matrimonio. Matrimonio aparente.

Esta Magistratura considera que el acta de manifestación que los cónyuges forman un matrimonio aparente presentado para ser socios de un club, no puede ser considerado como una escritura pública, tal como lo dispuso el A-quo, y menos aún declarar, a través de dicho instrumento, Matrimonio aparente, puesto que esta declaración debe ser el resultado de un juicio ordinario, es decir, no puede producirse la disolución y liquidación de la sociedad conyugal sin que exista previamente la declaración de matrimonio aparente.

PRUEBA DOCUMENTAL. Eficacia probatoria de la prueba documental.

El acta de manifestación que los cónyuges forman un matrimonio aparente presentado para ser socios de un club, al cual se pretende darle validez como Escritura Pública, es una mera declaración o manifestación de voluntad, pues no reúne dicho instrumento los requisitos establecidos en el CPC sobre la prueba documental.

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

A los efectos de la partición de bienes de la comunidad conyugal debe tenerse en cuenta la fecha de celebración del matrimonio.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 15/07/11. “Marlene Celeste Vergara de Meza c/ Simón Lorenzo Meza González s/ Disolución de la Sociedad Conyugal” (A.I. N° 528).

Asunción, 15 de Julio del 2011

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la abogada Herme Cristaldo de Villamayor en contra del A.I. N° 2112 de fecha 03 de noviembre del 2010, obrante a fs 152/153 de autos; y,

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR.

NULIDAD: Este recurso fue interpuesto y fundamentado por la recurrente, conforme a los términos del escrito agregado a estos autos (ver fs. 160/163). El recurso de nulidad es procedente cuando existen vicios extrínsecos o intrínsecos, o cuando el fallo es incongruente, considerándose como tal, cuando se parte de premisas erradas y, obviamente, se arriba a conclusiones equivocadas. Como ninguno de los supuestos se dan en el fallo recurrido, este Tribunal deberá desestimar el recurso de nulidad interpuesto, por improcedente.

APELACIÓN: El fallo recurrido resolvió rechazar el incidente deducido por el Sr. Simón Lorenzo Meza González, de exclusión de los bienes denunciados en autos de la comunidad de gananciales formada con la Sra. Marlene Celeste Vergara de Meza y, en consecuencia, dispuso incluir como pertenecientes a la sociedad conyugal mencionada todos los bienes muebles, inmuebles y depósitos en efectivo, de conformidad a las consideraciones expuestas en el Considerando del fallo (fs. ver fs. 152/153).-

Las partes presentaron sus respectivos escritos de expresión de agravios a fs. 164/167 y de contestación a fs. 168/170. En el primero, la parte apelante solicita la revocatoria del fallo y a tal efecto emite fundamentos que avalan esta posición en los términos expresados en el referido escrito. En el segundo, por el contrario, la otra parte petitiona la confirmación de la resolución y a ese efecto rebate los agravios emitidos en el escrito de la apelante y, finalmente, emite sus argumentos por las cuales el fallo no puede ser considerado injusto e infundado.

Antes de avocarnos al estudio de la cuestión de fondo, creemos es oportuno revisar lo acontecido en el presente juicio. La parte actora, es decir, la Sra. Marlene Celeste Vergara de Meza, se presentó ante el juzgado a iniciar disolución contra el Sr. Simón Lorenzo Meza González, agregando el correspondiente certificado de matrimonio, según los términos del escrito agregado a fs. 12 de autos. A posteriori, el A-quo, resolvió declarar extinguida la comunidad de bienes formada por la Sra. Marlene Celeste Vergara de Meza y el Sr. Simón Loren-

zo Meza González (ver S.D. N° 33 de fecha 10 de Febrero del 2010). Así, mismo, el demandado se presentó ante el juzgado manifestando que el único bien que integra la comunidad conyugal es el inmueble individualizado como Vivienda V2, sujeto al Régimen de Propiedad por Pisos y Departamentos, denominado Consorcio de Copropietarios de la Vivienda Familiar “EL ALJIBE”, CON Cta. Cte. Ctral N° 14.849-20-00-2, inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos en la Matrícula N° 317896 HAO5 (00-02), del Distrito de la Recoleta, en fecha 07 de marzo de 2007, y no de los demás bienes que pretende la parte actora, conforme a su escrito agregado a fs. 91/92 y 94/97 respectivamente.

La cuestión a ser resuelta por esta Alzada, radica en establecer cuáles son los bienes que pertenecen a la comunidad para su posterior partición. Al revisar las actuaciones de autos, se constata que la parte actora, al iniciar la demanda, presentó un documento (ver fs. 9) donde los ex cónyuges manifestaron que a partir del mes de Agosto del 1998 han formado un matrimonio aparente y se debe tener presente esa fecha para la inclusión de los bienes a la comunidad hoy disuelta y objeto de estudio. La parte demandada, es decir, el Sr. Simón Lorenzo Meza González, sostiene que a los efectos de la partición de los bienes debe tenerse en cuenta la fecha de la celebración del matrimonio que fue realizado en la ciudad de Luque, el día 15 de octubre de 2002, y no el acta expresado líneas arriba, teniendo en cuenta que este aduce que el mismo fue al solo efecto de una situación en particular, cual era, la ser socios del Club Internacional de Tenis. Sin dudas, la actora conforme a los términos del escrito de iniciación de la acción, pretende otorgarle al citado documento, carácter de escritura pública y la otra parte, es decir, el demandado, la de manifestación de voluntad.

Pues bien, recurriendo a la doctrina y a la jurisprudencia, tenemos que el matrimonio aparente deber ser declarado por sentencia judicial en un juicio ordinario. Es decir, debe promoverse una acción ordinaria a los efectos de que la unión de hecho se convierta a través de un fallo judicial en matrimonio aparente, y que posteriormente se dispondrá su disolución y partición de bienes de la comunidad conyugal. En el presente caso que nos ocupa analizar, se ha demandado juicio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, agregando la parte actora, es decir, la Sra. Marlene Celeste Vergara de Meza el certificado de matrimonio (ver fs. 11 de autos) celebrado con el demandado Sr. Simón Lorenzo Meza González. Ahora bien, la cuestión que generó agravios radica en la partición de los bienes de la comunidad conyugal, puesto que la parte demandada

pretende la partición de todos los bienes aduciendo que desde año 1998 ha formado una comunidad de matrimonio aparente con el demandado, según el instrumento agregado a fs. 9 de autos. Sin embargo, el demandado manifiesta que único bien que debe partirse es el inmueble individualizado como Vivienda V2, sujeto al Régimen de propiedad por Pisos y Departamentos, denominado Consorcio de Copropietarios de la Vivienda Familiar “EL ALJIBE”, con Cta. Cte. Ctral N° 14.849-20-00-2, inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos en la Matrícula N° 317896 HAO5 (00-02), del Distrito de la Recoleta, en fecha 07 de marzo de 2007, aduciendo se que ha celebrado matrimonio en fecha 15 de octubre de 2002 (ver fs. 11).

Esta Magistratura considera que el instrumento agregado a fs. 9 de autos no puede ser considerado como una escritura pública tal como lo dispuso el A quo, y menos aún, declarar a través de dicho instrumento, Matrimonio aparente, puesto que esta declaración debe ser el resultado de un juicio ordinario, es decir, no puede producirse la disolución y liquidación de la sociedad conyugal sin que exista previamente la declaración de matrimonio aparente. Es decir, el citado documento que se pretende darle validez como Escritura Publica, es una mera declaración o manifestación de voluntad, pues no reúne dicho instrumento los requisitos establecidos por el Art. 396 del CPC. Es sabido que la manifestación de voluntad sirve para dar validez a los actos jurídicos que tengan por objeto crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Para esta Magistratura el instrumento mencionado fue utilizado al solo efecto de poder acceder como socios a un Club Social, según los términos de dicho documento (ver fs. 9.) pero no puede ser utilizado para declarar o establecer la figura de matrimonio aparente que, como dijéramos, debe ser declarado por sentencia judicial dictada en un juicio ordinario. Para esta Alzada, a los efectos de la partición de bienes de la comunidad conyugal debe tenerse en cuenta la fecha de celebración del matrimonio, es decir, el 15 de octubre del 2002 y en ese sentido según constancias de autos el único bien que debe partirse es el inmueble individualizado como Vivienda V2, sujeto al Régimen de propiedad por Pisos y Departamentos, denominado Consorcio de Copropietarios de la Vivienda Familiar “EL ALJIBE”, con Cta. Cte. Ctral N° 14.849-20-00-2, inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos en la Matrícula N° 317896 HAO5 (00-02), del Distrito de la Recoleta, en fecha 07 de marzo de 2007.

En base a estas consideraciones, entendemos que la decisión del inferior no se ajusta a derecho y en consecuencia debe hacerse lugar al incidente de

exclusión de bienes deducido por el Sr. Simón Lorenzo Meza González conforme a lo explicitado párrafos arriba; debiendo revocarse el fallo recurrido, con los alcances y por las razones dadas líneas arriba.

OPINIÓN DE LOS MAGISTRADOS FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI Y CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI: Manifiestan que se adhieren a la opinión precedente por los mismos fundamentos.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, **QUINTA SALA,**

RESUELVE:

1. **DESESTIMAR** el recurso de nulidad interpuesto.

2. **REVOCAR,** con costas, el A.I. N° 2.112 de fecha 3 de Noviembre del 2010 por las razones y con los alcances dados en el exordio de este fallo.

3. **ANOTAR,** registrar, notificar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldivar, Friemort Ortiz Pierpaoli y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 553

CADUCIDAD DE INSTANCIA.

En estas condiciones, la aplicación por la jueza del Art. 176 del Código Procesal Civil, es correcta, porque esta norma dispone que no se producirá la caducidad de instancia en los procedimientos de ejecución o cumplimiento de sentencia.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

No procede la caducidad de instancia en el juicio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal cuando existen hechos que constituyen verdaderamente un procedimiento de ejecución de sentencia (designación de administrador, designación de peritos partidores, etc.).

CADUCIDAD DE INSTANCIA.

En el caso que nos ocupa, por más que el juicio promovido es de naturaleza voluntaria, sin embargo, cuando existen hechos controvertidos es pasible de la

aplicación de las normas previstas en el Art. 172 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 25/07/11. “Lidia Anatolia Ninfa Pino de Ginard c/ José de Jesús Ginard Benítez s/ Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal” (A. I. N° 553).

Asunción, 25 de Julio de 2.011.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por el Abogado OSCAR LUIS TUMA, contra el A.I. N° 1064 de fecha 12 de julio de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, de esta Capital; y,

CONSIDERANDO:

Opinión del Magistrado Fremiort Ortiz Pierpaoli:

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD: Este recurso no fue fundamentado por el recurrente. Por lo demás no se observan vicios, errores, defectos u omisiones graves de carácter procesal que hagan viable la declaración de nulidad de oficio del Interlocutorio recurrido, conforme lo determinan los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, el mismo debe ser declarado desierto.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN: Agravia al apelante el Interlocutorio dictado en autos, que resolvió: “*NO HACER LUGAR al pedido de CADUCIDAD DE INSTANCIA por el representante de la parte demandada Abogado OSCAR LUIS TUMA, por improcedente. IMPONER las costas a la parte demandada, de conformidad al Art. 193 del CPC.*”

Sostiene el apelante en su memorial de fs. 363, que “*El auto citado, se encuentra errado y desajustado a derecho, y corresponde que se lo revoque, veamos porqué...*”, y manifiesta diversas circunstancias por las que él considera que la resolución en Alzada resulta equivocada y debe ser revocada. En consecuencia, solicita la revocatoria de la resolución recurrida con costas.

Corrido traslado a la otra parte, esta contestó en tiempo hábil el memorial arriba citado, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 365, negando e impugnando los extremos sostenidos por el recurrente, y solicitando la confirmación con costas, la resolución en Alzada.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrimados al presente proceso, así como a las alegaciones fácticas y

jurídicas de las partes, a más de la aplicación de las reglas de la sana crítica, prevista en el Art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, a mi entender, el Interlocutorio recurrido debe ser confirmado, con costas, por hallarse el mismo ajustado a derecho, a mérito de los siguiente fundamentos.

Sostiene el apelante que la resolución de primera instancia no se ajusta a la verdad, por cuanto: *“Corresponde resaltar que, lo resuelto en autos, se encuentra errado porque en el caso estudio no se tramitan por la vía ordinaria, no se está ejecutando ninguna sentencia, y el estadio procesal en el cual se encuentra el expediente, no puede conceptuarse como equivalente a la ejecución de sentencia. Por eso, es inaplicable el precepto mencionado por la inferior para fundar el rechazo”*.

Sin embargo, el recurrente no aclara tampoco en qué estado se encuentra el presente expediente, teniendo en cuenta que en estos autos, las sentencias pertinentes ya se encuentran inscriptas en la Dirección General de los Registros Públicos, se pidió también el procedimiento de partición a fs. 101, designación de administrador, a fs. 118, designación de peritos partidores, de fs. 153, así como el procedimiento de partición solicitado por el mismo apelante a fs. 120, hechos que constituyen verdaderamente un procedimiento de ejecución de sentencia.

En estas condiciones, la aplicación por la jueza del Art. 176 del Código Procesal Civil, es correcta, porque esta norma dispone que no se producirá la caducidad de instancia en los procedimientos de ejecución o cumplimiento de sentencia. Y, en el caso que nos ocupa, por más que el juicio promovido es de naturaleza voluntaria, sin embargo, cuando existen hechos controvertidos es pasible de la aplicación de las normas previstas en el Art. 172 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

Opinión de los Magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Carmelo A. Castiglioni: Manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

POR TANTO, atento a lo brevemente expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE:

1º) DECLARAR DESIERTO, el recurso de nulidad interpuesto en autos.

2º) CONFIRMAR, con costas, el A.I. N° 1064 de fecha 12 de julio de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer

Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

3°) ANOTESE, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Friemort Ortiz Pierpaoli y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 578

Cuestión debatida: *El Socio minoritario, (no se verifico si tiene el 5% de las acciones para dar viabilidad a la medida cautelar solicitada) que participó de dicha Asamblea Extraordinaria viene a presentar un pedido de medida cautelar de intervención judicial, fundado, por un lado, en la demora en la ejecución de la liquidación y, por otro lado, en la incompatibilidad de los liquidadores designados por ser directores de otra sociedad comercial que es acreedora de la sociedad en trámite de liquidación.*

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares. SOCIEDAD. Disolución de la sociedad.

No concurre el requisito de verosimilitud del derecho, pues, siendo extrajudicial la autodisolución dispuesta por los accionistas, y que ni siquiera no consta su inscripción en el Registro Público de Comercio, entonces, la remoción de los liquidadores debe darse en el modo señalado en el Art. 1080 inciso “c” y nunca por orden judicial, entonces, sin antes agotar esta instancia no puede solicitarse judicialmente la remoción de los liquidadores designado soberanamente por los accionistas en Asamblea Extraordinaria.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Liquidación de la sociedad anónima.

Los liquidadores de una sociedad anónima designado por Asamblea extraordinaria no pueden ser removidos judicialmente antes agotarse la voluntad de la sociedad en asamblea, atendiendo que la voluntad soberana es la asamblea de accionistas y lo resuelto por la misma es ley para sus socios.

SOCIEDAD ANÓNIMA. Liquidación de la sociedad anónima.

La voluntad del socio minoritario y mal aun en forma individual, no puede superar la voluntad de la sociedad a través del órgano que le señala la ley. El Art.

1081 del CC, dispone que si el directorio o el síndico omitiere hacerlo (convocatoria de la asamblea), la convocatoria podrá hacerse judicialmente". Sin agotar la vía de asamblea extraordinaria no puede solicitarse la remoción de los liquidadores designados por la misma sociedad.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 28/07/11. "Compulsas del Expte.: Angel Gustavo Arietti Gamarra c/ Artex Comercial S.A. en Liquidación s/ Medida Cautelar" (A. I. N° 578).

Asunción, 28 de julio de 2011.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuesto contra el A.I. N° 41 de fecha 31 de enero de 2011 (fs. 63), dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno (de feria) y, radicado actualmente en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Tercer Turno, de esta Capital, en los autos mencionados más arriba; y,

CONSIDERANDO:

Opinión del DR. Carmelo A. Castiglioni:

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD: Este recurso no fue expresamente fundamentado y, al no constatarse vicio alguno que merezca la nulidad de oficio, debe declararse desierto el mismo al recurrente.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN: La parte apelante, la sociedad anónima Artex S.A., se agravia contra el A.I. N° 41 de fecha 31 de enero de 2011 (fs. 63), por el cual se dispuso; hacer lugar a la medida cautelar de Intervención Judicial en el trámite de disolución y liquidación de la Empresa Artex Comercial S.A. (en liquidación extrajudicial) y, designar al Lic. Librado Sánchez, con las facultades señaladas en la misma resolución. Que, la parte apelante se agravia de dicha medida cautelar por no haberse dado cumplimiento a los presupuestos genéricos de las medidas cautelares.

Que, la liquidación de la mencionada sociedad anónima ha sido dispuesta por Acta N° 3 de la Asamblea Extraordinaria de Artex Comercial S.A., de fecha 18 de diciembre de 2008, en cuyo orden del día se dispuso:

- 1°) la disolución y liquidación de la sociedad;
- 2) Designar Liquidadores; y
- 3°) la remuneración de los liquidadores.

La primera moción fue aprobada por unanimidad y el accionante, ahora accionante, estaba presente y consintió este punto del orden del día. El segundo

punto fue resuelto también por unanimidad después de una votación y el tercer punto también fue aprobado por unanimidad (fojas 7 al 9 de autos). Es de señalar que el ahora accionante participó de dicha Asamblea Extraordinaria y de las expresiones señaladas en el Acta presentada por el mismo accionante, se entiende que participó de dichas decisiones dadas por unanimidad de sus socios accionistas. Sin embargo, el accionista Gustavo Arietti, socio minoritario (no se verificó si tiene el 5% de las acciones para dar viabilidad a la medida cautelar solicitada) que participó de dicha Asamblea Extraordinaria viene a presentar un pedido de medida cautelar de intervención judicial, fundado, por un lado, en la demora en la ejecución de la liquidación y, por otro lado, en la incompatibilidad de los liquidadores designados por ser directores de otra sociedad comercial que es acreedora de la sociedad en trámite de liquidación. Este último ni siquiera fue probado.

En autos, a fojas 5 y 6 consta el Acta N° 44 de la Asamblea General Ordinaria en el cual se comprueba que el solicitante de la medida cautelar es designado Director Suplente.

Que, la intervención judicial es una medida cautelar para asegurar los derechos que se intenta garantizar o si la decretada fuere ineficaz. El Profesor Dr. Raúl Gómez Frutos, en el libro Derecho Mercantil del cual es coautor, a página 284, nos enseña que: **EL INTERVENTOR JUDICIAL DE UNA SOCIEDAD ES EL DESIGNADO A INSTANCIA DE SUS COMPONENTES Y CON MOTIVO DE SU ADMINISTRACIÓN PARA INTERVENIR EN ESA ADMINISTRACIÓN ASISTIENDO A LAS PARTES EN EL NEGOCIO INTERVENIDO, Y SIN CUYA PRESENCIA O ASCENSO NADA PUEDE HACERSE CON ARREGLO A LA MENOR O MAYOR EXTENSIÓN DE SU COMETIDO, PERO SIN FACULTADES DE DIRECCIÓN O GOBIERNO**”

Que, los dos motivos expuestos para solicitar la medida cautelar de intervención se remedian con la intervención judicial solicitada, dado que el juicio que dice el accionante va a promover es el de remoción de los liquidadores y, el síndico de la sociedad. El objeto de la remoción de los liquidadores y el síndico no está justificado con la medida cautelar solicitada de intervención sin antes agotar las vías señaladas en la ley.

Cabe tener en cuenta que la disolución y liquidación de la sociedad anónima, como también la designación de los liquidadores fue decidido por Asamblea extraordinaria, por unanimidad de sus socios presentes, y la participación del

accionista que ahora pide la medida cautelar de Intervención. Dicha resolución fue consentida por el accionista ahora insatisfecho con el accionar de los liquidadores. Cabe acotar que no concurre el requisito de verosimilitud del derecho, pues, siendo extrajudicial la autodisolución dispuesta por los accionistas, y que ni siquiera no consta su inscripción en el Registro Público de Comercio, entonces, la remoción de los liquidadores debe darse en el modo señalado en el Art. 1080 inciso “c” y nunca por orden judicial, entonces, sin antes agotar esta instancia no puede solicitarse judicialmente la remoción de los liquidadores designado soberanamente por los accionistas en Asamblea Extraordinaria. El accionante debió antes solicitar previamente la realización de la Asamblea extraordinaria, para remover a los liquidadores, si contaba con la cantidad de votos que le señala la ley o bien solicitarle al Sindico de la sociedad y recién después éste tendría la posibilidad de solicitar judicialmente la remoción en el caso que los accionistas resuelvan rechazar la remoción de los liquidadores y, esto siempre que el accionista disconforme impugne la decisión de dicha asamblea extraordinaria. Los liquidadores de una sociedad anónima designado por Asamblea extraordinaria no pueden ser removidos judicialmente antes agotarse la voluntad de la sociedad en asamblea, atendiendo que la voluntad soberana es la asamblea de accionistas y lo resuelto por la misma es ley para sus socios. No puede removerse a los liquidadores designados por los accionistas mayoritarios, sin agotar la vía que le señala la ley. La justicia no puede suplir la voluntad de la persona jurídica. En estas condiciones es inviable la demanda de remoción de liquidadores extrajudiciales sin agotar las vías que señalan la ley. Es peligroso que la justicia supla la voluntad de la persona jurídica en una cuestión que es de exclusiva incumbencia de la sociedad y, en estas condiciones no se da el presupuesto genérico de la verosimilitud del derecho. La voluntad del socio minoritario y mal aún en forma individual, no puede superar la voluntad de la sociedad a través del órgano que le señala la ley. El Art. 1081 del C.C., dispone que SI EL DIRECTORIO O EL SÍNDICO OMITIERE HACERLO (CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA), LA CONVOCATORIA PODRÁ HACERSE JUDICIALMENTE”. Sin agotar la vía de asamblea extraordinaria no puede solicitarse la remoción de los liquidadores designados por la misma sociedad. Esto significa que el accionista ahora accionante no agotó la vía y deviene improponible la remoción judicial sin antes agotar la vía de la Asamblea Extraordinaria. No consta en autos ningún instrumento o documento que pruebe que se haya ins-

tado al Directorio, siendo el accionante director suplente, o al síndico, para convocar la asamblea extraordinaria para decidir la remoción o no de los liquidadores. Siendo improponible la acción que se dice se va a instaurar, entonces, no concurre el presupuesto genérico de Verosimilitud del Derecho. Esto es suficiente para decir que no concurren los presupuestos genéricos para la medida cautelar y, debe revocarse dejándola sin efecto, inclusive la designación del Interventor. Costas a la perdidosa.

Opinión de los Magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli: Manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE:

1°.) DECLARAR DESIERTO, el recurso de nulidad.

2°) REVOCAR, el A.I. N° 41 de fecha 31 de enero de 2011 (fs. 62) y, en su lugar, disponer no hacer lugar a la medida cautelar de Intervención Judicial de la Sociedad Anónima en liquidación extrajudicial y, consecuentemente dejar sin efecto la designación del liquidador.

3°) ANOTAR, registrar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Friemort Ortiz Pierpaoli y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 632

Cuestión debatida: *Se analiza si la admisión de la prueba es o no apelable.*

RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. PRUEBA.

No solo es inapelable la admisión de una prueba sino que además no puede cuestionarse la designación de peritos y los puntos de pericias probadas, porque estos hacen a la diligencia de pruebas.

RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación. PRUEBA. PRUEBA DE PERITOS.

Debe entenderse que la providencia o resolución que designa los peritos es inapelable, porque es la consecuencia de la admisión de la prueba pericial y más que eso, es porque siendo de mero trámite solo admite el recurso de reposición al igual que los puntos de pericia aprobados que también es de mero trámite, siendo expresamente dispuesto su inapelabilidad.

PRUEBA DE PERITOS. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

Los puntos de pericia los proponen las partes o la parte, pero lo aprueba el Juez y esta facultad es del Juez quien puede rechazar los puntos de pericia.

PRUEBA DE PERITOS. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

Cuando se aprueban los puntos de pericia, tal resolución es inapelable, pero si elimina es apelable. Esta interpretación es coherente con lo dispuesto en el Art. 251 del CPC, pues la resolución que ordena diligencias de prueba es inapelable, pero no la que rechaza. Pero la inapelabilidad de la resolución que aprueba los puntos de pericia surge no solamente del inc. c) del art. 348, ya que para comprender la misma, debe vincularse con lo dispuesto en el Art. 359 CPC, pues no existe impedimento al derecho de control de la prueba, a quien no se adhirió la prueba pericial, dado que esta norma le autoriza a pedir explicación o hagan ampliaciones que se consideren convenientes.

PRUEBA DE PERITOS. Apreciación de la prueba pericial. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

Los cuestionamientos a los puntos de pericia ya hacen a la cuestión de fondo que solo puede considerarse al momento de la apreciación de las pruebas, y, por tanto, debe declararse mal concedido el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que admite la prueba pericial ofrecida por la parte actora, designa peritos y aprueba los puntos de la pericia al tiempo que establece el plazo de 20 días para presentar dictamen.

PRUEBA DE PERITOS. Apreciación de la prueba pericial. MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

La intención del legislador plasmada en los arts. 243, 244 y 245 del CPC, tiene su continuidad con lo dispuesto por el art. 348 inc. c) del CPC, ya que la

persona que tiene facultad de aprobar los puntos de pericia o de agregar otros es el Juez y esta actividad es inapelable justamente para evitar las interrupciones en el proceso que bien pueden ser solucionadas en la etapa de las explicaciones solicitadas a los peritos y en la estación procesal del alegato en donde pueden ser impugnados los dictámenes periciales y sus explicaciones.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 17/08/11. "Galerías Guaraní S.A. c/ Omega S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual" (A. I. N° 632).

Asunción, 17 de agosto de 2011.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por la abogada Mirtha Dos Santos, en representación de Omega S.A., contra el A.I. N° 616 de 14 de junio de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, de esta Capital, en los autos mencionados más arriba; y,

CONSIDERANDO:

Opinión del Dr. Carmelo A. Castiglioni:

NULIDAD: Este recurso fue desistido, en forma expresa y al no constatar-se vicio alguno que merezca la declaración de nulidad de oficio, debe tenerse por desistido del mismo.

APELACIÓN: Se agravia el apelante contra el A.I. N° 616 de fecha 14 de junio de 2011, por el cual se admite la prueba pericial ofrecida por la parte actora, designa peritos y aprueba los puntos de pericia, al tiempo que establece el plazo de 20 días para presentar el Dictamen. Lo primero que debe analizarse es, si la admisión de la prueba es o no apelable. El Art. 251 del C.P.C., dispone que: "LA INAPELABILIDAD DE LA PROVIDENCIA QUE ORDENE PRUEBA: SERÁ INAPELABLE TODA PROVIDENCIA QUE ORDENA DILIGENCIA DE PRUEBA DENTRO DEL PERIODO PROBATORIO". De la norma transcripta se infiere que la admisión de la prueba pericial es inapelable. También es inapelable la designación de perito y los puntos de pericia. El fundamento para sostener la inapelabilidad de la designación de peritos y de los puntos de pericia tiene el siguiente fundamento: Si leemos cuidadosamente el Art. 251 del CPC.

Transcripto, nos percataremos en él, que dice: "PROVIDENCIA QUE ORDENARE DILIGENCIA". O sea no solo es inapelable la admisión de una

prueba, sino que además no puede cuestionarse la designación de peritos y los puntos de pericias aprobadas, porque estos hacen a la diligencia de pruebas. Debe entenderse que la providencia o resolución que designa los peritos es inapelable, porque es la consecuencia de la admisión de la prueba pericial y más que eso, porque siendo de mero trámite solo admite el recurso de reposición al igual que los puntos de pericia aprobados que también es de mero trámite, siendo expresamente dispuesto su inapelabilidad. Por otro lado, el punto “c” del art. 348 dice que el juez deberá: “APROBAR LOS PUNTOS DE PERICIA, PUDIENDO AGREGAR OTROS”. Los puntos de pericia los proponen las partes o la parte, pero lo aprueba el Juez y esta facultad es del Juez quien puede rechazar los puntos de pericia.

En el Cod. Proc. Civil con Repertorio de Jurisprudencia del Dr. Ricardo A. Pane al respecto del art. 348 del CPC, el autor transcribe el A.I. 141 de fecha 2 de junio de 1994 de la Segunda Sala, que en la parte pertinente, dice: “Al igual que otras normas procedimentales sobre el particular, el legislador ha tratado de prever todas las posibilidades que se presenten en la práctica. En esa tesitura el magistrado: 1) Designará o nombrará al o los peritos propuestos por las partes, pudiendo designar un tercero de oficio, teniendo incluso la facultad de disponer oficiosamente de esta prueba, 2) fijará los puntos de la pericia, aprobándolos, pudiendo agregar otros, este precepto supone: a) la facultad de agregar puntos de la pericia a los propuestos por las partes litigantes; b) eliminar los que considere improcedentes y superfluos, por tratarse de aspectos no controvertidos o no ser necesaria la prueba por ser hechos notorios y evidentes...” Sobre el tema, cabe transcribir a Lino Enrique Palacio, “Manual de Derecho Procesal Civil”, pág. 498, donde el autor dice: “CONTESTADA LA VISTA QUE CORRESPONDIERA (.....) EL JUEZ DESIGNARÁ PERITO Y FIJARÁ LOS PUNTOS DE PERICIA, PUDIENDO AGREGAR OTROS O ELIMINAR LOS QUE CONSIDERE IMPROCEDENTES O SUPERFLUOS, Y SEÑALARÁ EL PLAZO DENTRO DEL CUAL EL PERITO DEBERÁ CUMPLIR SU COMETIDO. SI LA RESOLUCIÓN NO FIJASE DICHO PLAZO SE ENTENDERÁ QUE ES DE QUINCE DÍAS. LA RESOLUCIÓN A QUE ALUDE ES IRRECURRENTE, PERO EN EL CASO DE QUE EL JUEZ DECIDA ELIMINAR PUNTOS DE PERICIA EN RAZÓN DE CONSIDERARLOS IMPROCEDENTES O SUPERFLUOS, TRATÁNDOSE DE JUICIO ORDINARIOS, EL RÉGIMEN DE REPLANTEO PREVISTO POR ART. 379 DEL CPC”. O sea, debe entenderse

que, cuando se aprueban los puntos de pericia, tal resolución es inapelable pero si elimina es apelable. Esta interpretación es coherente con lo dispuesto en el Art. 251 del CPC, pues la resolución que ordena diligencias de prueba es inapelable, pero no la que rechaza. Pero la inapelabilidad de la resolución que aprueba los puntos de pericia surge no solamente del inciso c) del art. 348, ya que para comprender la misma, debe vincularse con lo dispuesto en el Art. 359 CPC, pues no existe impedimento al derecho de control de la prueba, a quien no se adhirió u ofreció la prueba pericial, dado que esta norma le autoriza a pedir **EXPLICACIÓN O HAGAN AMPLIACIONES QUE SE CONSIDEREN CONVENIENTES**". Y este es otro momento para controlar la prueba, por tanto, con esta norma está plenamente justificada la inapelabilidad de la aprobación de los puntos de pericia por quien se ha opuesto a ellos. Por otro lado, cabe señalar que los cuestionamientos a los puntos de pericia ya hacen a la cuestión de fondo que solo puede considerarse al momento de la apreciación de las pruebas, y, por tanto, debe declararse mal concedido el recurso de apelación interpuesto contra el A.I. N° 616 de fecha 14 de junio de 2011, con costas a la parte perdedora.

Opinión del Magistrado Oscar A. Paiva Valdovinos: Este Magistrado, adhiere a la opinión y criterio expresados por el preopinante, Dr. Carmelo A. Castiglioni, como asimismo a las conclusiones a que arriba por sus mismos fundamentos y considera oportuno hacer algunas apreciaciones sobre el tema en debate – Dentro del Capítulo I del Título II del C.P.C., se encuentran los arts. 243, 244 y 251, que disponen, respectivamente. “El juez recibirá la causa a prueba, aunque las partes no la pidan, siempre que se hubieran alegado hechos conducentes acerca de los cuales aquellas no estuvieren conformes”; “Si alguna de las partes se opusiere dentro de tercero día, el juez resolverá lo que sea procedente, previo traslado. La resolución solo será apelable si dejare sin efecto la apertura a prueba “y “Será inapelable toda providencia que ordenare diligencia de prueba dentro del periodo respectivo”. El fundamento de esta última parte, el de la inapelabilidad (art. 251) de toda providencia del juez que ordena diligenciamiento de prueba dentro del periodo respectivo se basa y sostiene en el Principio de la amplitud de la prueba y en razón de que el mérito de las mismas será recién apreciado en la Sentencia (Casco Pagano Tomo I).

El autor Hugo Alsina en su obra “Tratado Teóricopráctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, T.III, pág. 277, expresa: “El auto de prueba es inapelable... pero las partes pueden formular su oposición dentro de tercero día, cuyo

término no es común, corriendo por tanto para cada una de ellas desde el día siguiente al de la notificación...” y en la pág. 286 dice: “Cuando la diligencia propuesta no fuese admitida por el Juzgado, la parte perjudicada podrá apelar para ante el superior ya que la negativa podría causarle un gravamen irreparable, en cambio el art. 8 de la Ley 4.128 disponía que era inapelable el auto que admitía una diligencia de prueba dentro del término respectivo, en razón de que el mérito sería apreciado en la sentencia”. Justamente el autor Lino Enrique Palacios en la obra “Derecho Procesal Civil”, T. IV pg. 385, que fuera citado por el preopinante, expreso refiriéndose al art. 361 del Cod. Procesal Argentino que es exactamente igual al art. 244 del CPC, “dicho ordenamiento instituye la regla fundada en razones de celeridad y concentración en virtud de la cual son insusceptibles del recurso de apelación las resoluciones del juez de primera instancia dictadas en materia probatoria” y en la llamada 136 se lee: “El fundamento de la regla según se manifestó en el Mensaje que acompañó al proyecto, luego convertido en ley N° 17.454 coincide con el de las apelaciones en efecto diferido, es decir el de eliminar las continuas y prolongadas interrupciones que en el régimen anterior sufría el procedimiento en primera instancia y el de concentrar las impugnaciones en una determinada etapa del proceso”. En consecuencia, la intención del legislador plasmada en los arts. 243, 244 y 245, tiene su continuidad con lo dispuesto por el art. 348 inc. c) del CPC, ya que la persona que tiene la facultad de aprobar los puntos de pericia o de agregar otros es el Juez y esta actividad es inapelable justamente para evitar las interrupciones en el proceso que bien pueden ser solucionadas en la etapa de las explicaciones solicitadas a los peritos y en la estación procesal del alegato en donde pueden ser impugnados los dictámenes periciales y sus explicaciones.

En consecuencia, por las razones expuestas precedentemente y, además, por tratarse el recurso de apelación de materia que atañe al orden público cuando haya sido concedido contra una resolución inapelable, como en este caso, corresponde declarar mal concedido la misma.

En cuanto a las costas, este Conjuez también adhiere a la opinión del colega preopinante, imponiéndose las mismas a la perdidosa de conformidad al principio establecido en el art. 192 y en el art. 203 del CPC.

Opinión del Magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar: De la lectura de la opinión de los colegas Castiglioni y Paiva, surge que éstos declaran mal concedidos los recursos, atendiendo que los mismos fueron concedidos en contravención a

lo que dispone el Art. 251 del CPC. Dado que el ofrecimiento fue realizado de acuerdo a las formalidades indicadas por la ley formal, no corresponde decretar la anulación de los trámites procesales, es decir, la resolución que ordena la diligencia no adolece de ningún vicio, por lo que al estar dictada conforme en derecho, la misma se torna inapelable. En base a lo brevemente expuesto, me adhiero a las dos opiniones emitidas precedentemente por los colegas citados, debiendo declararse mal concedidos los recursos por corresponder en derecho.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE:

- 1) TENER POR DESISTIDO, del recurso de nulidad.
- 2) DECLARAR MAL CONCEDIDO, el recurso de apelación interpuesto por la Abogada Mirtha Dos Santos, en representación de Omega S.A., contra el A.I. N° 616 de 14 de junio de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.
- 3) IMPONER, las costas, a la perdedora.
- 4) ANOTAR, registrar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Oscar Paiva Valdovinos, Carmelo Castiglioni.

Ante mí: Pablo Constantini, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 727

TERCERÍA. Juicios en que procede la tercería.

En nuestro procedimiento civil, los terceros deben intervenir como terceros pero sin tercería cuando no existe un crédito cierto y en el caso se debió utilizar la vía del tercero excluyente previsto en el Art. 79 CPC, pues aún está sin definirse si corresponde pagar o no el seguro de vida, y no podría hacerse lugar a la tercería de mejor derecho, en el supuesto que cupiera, sin interrumpir el trámite del juicio, porque de admitirse esta posibilidad, entonces, el juicio Principal concluiría a mitad de camino y de una forma no permitida.

TERCERÍA. Tercería de derecho. JUICIO EJECUTIVO.

En nuestro derecho la tercería de mejor derecho o de dominio es para el juicio ejecutivo y en todo caso, se debe recurrir al juicio de conocimiento. El inconveniente es que el incidentista no puede obtener una tercería de mejor derecho que no excluya a la parte demandante sin un crédito cierto.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 23/09/11. “Justa Rivas y Otros c/ Aseguradora del Este S.A. s/ Cumplimiento de Contrato (año 2010)”. (A. I. N° 727).

Asunción, 23 de setiembre de 2011.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por la señora María Rebeca Palacio Vda. de Fariña, bajo patrocinio de la abogada Elvia Palacios, contra el A.I. N° 569 de fecha 11 de mayo de 2011, en los autos mencionados más arriba, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Décimo Primer Turno, de esta Capital; y,

CONSIDERANDO:

Opinión del Dr. Carmelo A. Castiglioni:

RECURSO DE NULIDAD: Este recurso no fue interpuesto, y al no constatare vicio alguno que merezca la nulidad de oficio, debe declararse desierto el mismo, por estar implícito en el recurso de apelación.

RECURSO DE APELACIÓN: El apelante se agravia contra el A.I. N° 569 de fecha 11 de mayo de 2011, por el cual se rechaza la tercería de mejor derecho. Dicha Tercería de Mejor Derecho fue interpuesta por quienes invocan la condición de herederos reclamando el pago del seguro de vida, contra un juicio ordinario en donde el demandante pide al demandante, la compañía aseguradora, le pague como cumplimiento de contrato de seguro de vida. Esta demanda fue promovido por quienes supuestamente fueron designados como beneficiarios en la póliza de seguros colectivo de vida. Los supuestos herederos forzosos, ahora tercerista de mejor derecho, aducen su mejor derecho como herederos sobre el producido del Seguro de Vida, por el hecho de ser herederos. El inconveniente procesal es que no se sabe aún si corresponde o no el cumplimiento del contrato, por tanto, tampoco se sabe si corresponde o no el pago del seguro de vida y no existe un crédito cierto, pues el juicio ordinario aún no está concluido. Siendo así, como incidente de tercería de mejor derecho, no puede establecerse el mejor

derecho sobre lo que todavía no existe. En nuestros Tribunales se suele utilizar la tercería de mejor derecho contra las partes de un juicio ejecutivo, dado que la misma ley dice que debe sustanciarse entre embargante y embargados. Es lo que dice el Art. 80 del CPC, conforme al cual “DEBEN SUSTANCIARSE EN PIEZAS SEPARADAS, CON EL EMBARGANTE Y EL EMBARGADO”. En autos no hay embargante ni embargados, consecuentemente no es la vía procesal adecuada. Si bien Ramiro Podetti, en su “Tratado de la Tercería”, admite la posibilidad de sustanciarse por juicio de conocimiento, sea por juicio ordinario o sumario, categóricamente no puede utilizarse la vía del incidente y menos sin utilizar la vía de la cuerda separada. En nuestro procedimiento civil, los terceros deben intervenir como terceros pero sin tercería cuando no existe un crédito cierto y en el caso se debió utilizar la vía del tercero excluyente previsto en el Art. 79 CPC, pues aún está sin definirse si corresponde pagar o no el seguro de vida, y no podría hacerse lugar a la tercería de mejor derecho, en el supuesto que cupiera, sin interrumpir el trámite del juicio, porque de admitirse esta posibilidad, entonces, el juicio principal concluiría a mitad de camino y de una forma no permitida. El tercerista de mejor derecho, debió utilizar la intervención del tercero excluyente (Art. 79 del CPC) o, por otra vía muy discutible, el juicio ordinario de tercería de mejor derecho que vaya a acumularse al presente juicio, pero nunca por la vía del incidente que se utiliza en el juicio ejecutivo. En nuestro derecho la tercería de mejor derecho o de dominio es para el juicio ejecutivo y en todo caso, se debe recurrir al juicio de conocimiento. El inconveniente es que el incidentista no puede obtener una tercería de mejor derecho que no excluya a la parte demandante sin un crédito cierto. No obstante, aunque el A-quo, por otros motivos, rechazó la tercería de mejor derecho, por los argumentos expuestos debe confirmarse la resolución recurrida, con costas, a la perdidos.

Opinión de los Magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Oscar Augusto Paiva Valdovinos, quien integra esta sala por Resolución N° 1828 del 05 de setiembre de 2011, establecida por el Consejo de Superintendencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, QUINTA SALA;

RESUELVE:

1.) DECLARAR DESIERTO, el recurso de nulidad implícito en el recurso de apelación.

2) CONFIRMAR, con costas, el A.I. N° 569 de fecha 11 de mayo de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, del Décimo Primer Turno, de esta 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: Linneo Ynsfrán Saldívar, Oscar Paiva Valdovinos y Carmelo Castiglioni.

Ante mí: Federico Tellechea Miller, Actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 100

DIVORCIO. Efectos del divorcio.

El objetivo del juicio de divorcio es la extinción del vínculo matrimonial, otorgándoles de esta manera a los ex cónyuges independencia en lo patrimonial y personal.

DIVORCIO. Causas de divorcio.

Consideramos pertinente hacer un distingo entre las causales de abandono y separación por más de un año, de manera a que no dé lugar a confusiones dado la similitud de las causales en algunos aspectos. En ambas causales existe el hecho de que se suspende la cohabitación entre los cónyuges. En la causal de abandono, el alejamiento del hogar se efectúa con la intención de sustraerse del cumplimiento de los deberes de alimentación, asistencia, cohabitación, o sea, esa intención convierte al abandono en malicioso. Por su parte, en la causal de separación por más de un año, no existe ánimo conciliatorio entre las partes como tampoco existe intención de sustraerse de los deberes conyugales, sencillamente falta la voluntad de volver a unirse.

DIVORCIO. Causas de divorcio.

Para esta magistratura, tiene mucho valor las manifestaciones de la actora y demandada, en sus respectivos escritos, en los cuales manifiestan el hecho concretamente su falta de voluntad en volver a unirse, Este hecho nos conduce a considerar que el fallo hizo lugar a la demanda por una causal que no encontramos debidamente probada, por lo que en virtud a la facultad conferida por el

principio iura novit curiae creemos que la demanda debe tener acogida favorable por la causal inserta en el inciso h) del Art. 4° de la Ley 45/91.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 05/08/11.- “C. G. c/M. B. F. S. s/Divorcio a Petición de una Sola de las Partes” (Ac. y Sent. N° 100).

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, ORTIZ PIERPAOLI y CASTIGLIONI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR dijo: Esta Magistratura observa que por providencia de fecha 18 de octubre de 2010, el inferior concedió los recursos de apelación y nulidad (ver fs. 87 vlto). Asimismo en autos consta que la recurrente solo ha interpuesto recurso de apelación (fs. 87), por lo que debe declararse mal concedido este recurso. Por otro lado este Tribunal de oficio analizó el fallo recurrido a los efectos de constatar alguna irregularidad llegando a la conclusión que no adolece de ningún vicio que amerite decretar la nulidad del mismo. Repetimos, por la circunstancia apuntada corresponde DECLARAR MAL CONCEDIDO el recurso de nulidad. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI y CARMELO CASTIGLIONI: Manifestaron que se adhieren a la opinión del Dr. YNSFRÁN SALDÍVAR por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO YNSFRÁN SALDÍVAR dijo: La sentencia apelada HIZO LUGAR a la demanda de divorcio promovida por el Sr. C. G. contra la Sra. M. B. F. S., por la causal prevista en el inciso “f” del Art. 4 de la ley 45/91, por culpa de ambos; y en contrapartida RECHAZO la demanda reconvenicional interpuesta por la Sra. M. B. F. S., por las razones dadas en el Considerando del fallo, obrante a fs. 82/84 de autos.

Al fundamentar el presente recurso, la apelante sostiene que: “...*QUE, todas éstas pruebas fueron a los efectos de demostrar que el Sr. C. G. nunca colaboró con su esposa en las necesidades económicas de ésta y que cuando las cosas se complicaron debido a su estado de salud, no halló mejor salida que alejarse del hogar conyugal, abandonando a su esposa a su suerte...*”. “...*QUE, no*

debemos olvidar que la Sra. M. F. es una persona enferma, con múltiples problemas y que no puede por sí sola procurarse un sustento, a lo cual el Sr. C.G. nunca ha contribuido, especialmente luego de la salida del hogar conyugal, por lo que le abandono realizado por éste ha sido total y completo. Aun hoy la Sra. M. depende de la ayuda de los vecinos y amigos para procurarse el sustento que merece..." (sic. fs. 91). Concluye solicitando que la sentencia recurrida debe sea revocada y se haga lugar a la demanda reconvenicional promovida por su parte, por culpa del actor.-

Por su lado, la otra parte al contestar el traslado, rebate las argumentaciones del apelante expresando que la sentencia recurrida reúne todas las formalidades para su validez; la misma fue dictada conforme a derecho considerando las probanzas del expediente. Solicita la confirmación del fallo apelado. (ver fs. 92).

La Agente Fiscal interviniente, presenta su dictamen N° 57, de fecha 09 de febrero de 2011 (ver fs. 93/94), donde expresa que se ratifica en su dictamen N° 1716 agregado a fs. 80/81.

Antes de referirnos a la litis específicamente, debemos recordar que el objetivo del juicio de divorcio es la extinción del vínculo matrimonial, otorgándole de esta manera a los ex cónyuges independencia en lo patrimonial y personal. El divorcio puede ser petitionado, de mutuo acuerdo, luego de transcurrir tres años de la celebración o puede ser petitionado, por uno de los cónyuges debiendo expresar la o las causales previstas en el Art. 4 de la Ley 45/91.

En este caso, específicamente, tenemos que el accionante promovió el juicio invocando las causales c) (sevicia, malos tratos e injurias graves), h) (separación de hecho por más de un año sin voluntad de unirse de cualquiera de los cónyuges) del Art. 4° de la Ley 45/91 (ver escrito de promoción de demanda, fs. 9). Por su parte, la demandada al contestar la demanda, reconviene alegando la causal f) (abandono voluntario y malicioso del hogar por cualquiera de los cónyuges) de la misma ley, manifestando asimismo que la demandada ya no desea seguir unida en matrimonio con el accionante (ver fs. 42/44).

Consideramos pertinente hacer un distingo entre las causales de abandono y separación por mas de un año, de manera a que no dé lugar a confusiones, dado la similitud de las causales en algunos aspectos. En ambas causales existe el hecho de que se suspende la cohabitación entre los cónyuges. En la causal de abandono, el alejamiento del hogar se efectúa con la intención de sustraerse del

cumplimiento de los deberes de alimentación, asistencia, cohabitación, o sea, esa intención convierte al abandono en malicioso. Por su parte, en la causal de separación por mas de un año, no existe ánimo conciliatorio entre las partes como tampoco existe intención de sustraerse de los deberes conyugales, sencillamente falta la voluntad de volver a unirse.

De las probanzas rendidas en estos autos, fue corroborado que el divorcio fue como consecuencia de una separación de los cónyuges sin ánimos de volver a unirse, ambos coinciden en sus escritos que están separados y que no tienen ganas de reconciliarse. Si bien alegan distintas causales como sevicia y abandono éstas no pudieron ser probadas fehacientemente pues de las deposiciones de las testificales brindadas por las partes son a favor de la parte que las ofreció. Para esta Magistratura, tiene mucho valor las manifestaciones de la actora y demanda, en sus respectivos escritos, en los cuales manifiestan el hecho concretamente su falta de voluntad en volver a unirse. Este hecho nos conduce a considerar que el fallo hizo lugar a la demanda por una causal que no encontramos debidamente probada, por lo que en virtud a la facultad conferida por el principio iura novit curiae creemos que la demanda debe tener acogida favorable por la causal inserta en el inciso h) del Art. 4° de la Ley 45/91.

En base a las explicitaciones dadas, este Tribunal considera que el fallo debe ser modificado, imponiendo las costas en el orden causado. ES MI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI y CARMELO CASTIGLIONI: Manifestaron que se adhieren a la opinión del Dr. YNSFRÁN SALDÍVAR por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mi 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 MAL CONCEDIDO el recurso de nulidad interpuesto en autos.

2. MODIFICAR, la S.D. N° 713 de fecha 30 de setiembre de 2010, y en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda de DIVORCIO promovida por el Sr. C. G. contra la Sra. M. B. F., por la causal h) del Art. 4° de la Ley 45/91, de conformidad a lo expresado en el exordio del presente fallo.

3. IMPONER las costas en el orden causado.

4. ANOTAR, registrar y enviar copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Fremiort Ortiz Pierpaoli y Carmelo Castiglioni.

Ante mí: Federico Miller Tellechea, actuario.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 102

CHEQUE. Carácter.

Se define al cheque como una orden de pago pura y simple. Esta orden se libra a la vista o de pago diferido contra un banco, en donde el librador debe tener fondos suficientes depositados. El cheque posee el carácter esenciales de todo título de crédito: necesidad, autonomía, literalidad, unilateralidad e incorpora un derecho de contenido pecuniario si el mismo no es pagado.

CHEQUE. Pago de cheque. Endoso del cheque.

El cheque como todo título de crédito, es transmisible por vía del endoso, esto otorga al endosante todos los derechos inherentes al cheque. El pago solo puede ser exigido por el titular del derecho, es decir, por el propietario del título.

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de la inhabilidad de título.

Con respecto a la excepción de inhabilidad de título, es criterio firme que la misma solo es procedente cuando el instrumento base de la ejecución no es ejecutivo; por no ser de los enumerados en el Art. 448 del C.C, cuando no existe legitimación activa ni pasiva; cuando no se reclama una suma de dinero sino una obligación de hacer o no hacer; y cuando la deuda no es exigible por hallarse sujeto a plazo o condición. Podemos afirmar que existe inhabilidad de título, que se derive no solo de las formas extrínsecas del documento sino también de la falta de legitimación activa y pasiva.

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de la inhabilidad de título. PRIVACIÓN DE EFICACIA.

Si bien externamente es un cheque con orden de pago, que posibilitaría la vía ejecutiva para su cobro al existir una sentencia firme que declara su falta de

eficacia jurídica el mismo no se encuentra entre los comprendidos como título ejecutivo previsto en el art. 448 del CPC.

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de la inhabilidad de título. PRIVACIÓN DE EFICACIA. CHEQUE.

No puede prosperar la excepción de inhabilidad de título basado en la privación ilegal de un cheque librado “al portador”, y utilizando el procedimiento de invalidación de eficacia prevista en el Art. 1530 CC, que está previsto exclusivamente para títulos de crédito “a la orden”. El procedimiento de invalidación para ambos es muy diferente. Los títulos al “portador” solo pueden ser privados de eficacia por el procedimiento del Art. 1520 CC, en razón de la irrevocabilidad del título “al portador establecida en el Art. 1520 CC, dispone que: “Salvo disposición especial de la Ley, no se admite la Invalidación de los Títulos “Al Portador Extraviados o Sustraídos”. (voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en disidencia)

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de la inhabilidad de título. PRIVACIÓN DE EFICACIA. CHEQUE.

La privación de eficacia es un juicio que tiene su razón de ser en la irrevocabilidad de la promesa de pago incorporada en el cheque “a la orden”, y, por cuya razón solo judicialmente se puede privar de eficacia, cuando se trata de un título “a la orden” pero no cuando se trata de un título “al portador”, que según el Art. 1520 del CC, no puede ser revocado y privado de eficacia por el trámite del Art. 1530 CC. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en disidencia).

PRIVACION DE EFICACIA. CHEQUE. MALA FE.

En autos no se demostró la mala fe del demandado y que desde luego no podía hacerse, siendo que el pedido de privación de eficacia fue por Extravío, y no por Sustracción. El librador de un cheque al portador no puede invalidar por sí mismo cuando alega sustracción. Tal vez pudiera hacerlo si es por Sustracción y demuestra la mala fe del detentador del cheque al portador. (voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en disidencia)

CHEQUE. Pago de cheque.

Por otro lado cabe señalar, el cheque es un título de crédito instrumentado sobre la orden de pago al banco girado, del cual se entiende que la contraorden de pago dada por el librador al banco, solo afecta la relación de librador con el

girado, por las reglas del mandato, pero no perjudica la “promesa de pago” que se da en la relación del librador con el beneficiario del cheque, el cual en el cheque “al portador” es irrevocable, porque su fuente obligacional es la promesa de pago y no la orden de pago al banco. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en disidencia)

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de la inhabilidad de título. PRIVACIÓN DE EFICACIA. CHEQUE.

No puede una Sentencia de Privación de Eficacia, de fecha posterior a la presentación de la Ejecución, sustentar la Inhabilidad de Título. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en disidencia).

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de la inhabilidad de título. PRIVACIÓN DE EFICACIA. CHEQUE.

Un juicio de Privación de Eficacia Incompleto no es suficiente para fundar la Excepción de Inhabilidad de Título. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en disidencia).

PRIVACIÓN DE EFICACIA. CHEQUE.

El librador de un Cheque al Portador no puede Invalidar el instrumento, cuando la causal invocada es el extravío del mismo, pues denota su propia negligencia que no puede perjudicar la buena fe del detentador. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en disidencia).

PRIVACIÓN DE EFICACIA. CHEQUE. Rechazo del cheque.

Como sea el cheque “al portador” no puede ser privado de eficacia según lo dispone el art. 1520 CC, y, consecuentemente, la privación de oficio dispuesto por el procedimiento de un título “a la orden” no es suficiente para fundar la excepción de inhabilidad de título, por inexistente y violentaría a la disposición dispuesta por el Art. 1520 del CC. (Voto en disidencia del Dr. Carmelo Castiglioni en disidencia).

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 05/08/11. “Carlos Pacífico Lugo c/ Juan Braulio Pérez Gutiérrez y Otros s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac y Sent. N° 102).

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, ORTIZ PIERPAOLI Y CASTIGLIONI.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO YNSFRÁN SALDÍVAR dijo: El nulicidente interpuesto este recurso, ante esta Alzada en el escrito de agravios obrantes a fs. 56/60, obvió fundamentarlo. Sin dudas esta conducta implica una deserción tácita del recurso. De igual manera este Tribunal ha estudiado de oficio el fallo en cuestión constatando que el mismo no adolece de vicios o defectos que ameriten decretar la nulidad del mismo. Consecuentemente debe tenerse por desistido al nulicidente de este recurso. ES MI VOTO.

OPINIÓN DE LOS MAGISTRADOS FREMIORT ORTIZ Y CARMELO CASTIGLIONI: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr. YNSFRÁN SALDÍVAR por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO YNSFRÁN SALDÍVAR dijo: La resolución apelada resolvió: HACER LUGAR a la EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO y RECHAZAR con costas la ejecución, emitiendo los fundamentos el inferior en el Considerando del mismo (ver fs. 51/52).

Al agraviarle la resolución dictada, el recurrente ante esta Alzada presenta el escrito de memorial obrante a fs. 56/60. En una parte del mencionado escrito el apelante dice: *“...En efecto, agravia a mi parte la sentencia recurrida en razón de que el juez inferior ha desconocido o ignorado la naturaleza del proceso ejecutivo, que como es bien sabido veda al juzgador de la evaluación de consideraciones vinculadas con la causa del crédito, limitando estrictamente por ello su análisis a las formas extrínsecas del título base de la acción. El Juez inferior no ha considerado que la excepción de inhabilidad de título como defensa al progreso de la ejecución, solo puede fundarse en la carencia de requisitos extrínsecos del instrumento o título mediante el cual se acciona, que le quita fuerza ejecutiva o cuando el accionante o accionado carecen de legitimación tanto activa como pasiva, esto no ocurre o no se da en autos, por lo que es improcedente la excepción de inhabilidad de título, basada en la denuncia o extravío del documento base de ejecución (cheque al portador de pago diferido), pues esta cuestión escapa al restringido marco cognoscitivo del juicio ejecutivo. El juzgador debió fundar su resolución recurrida en estos elementos o requisitos de forma y no evaluar como fundamento cuestiones que atañen o se dirigen a la causal*

investigativa de la emisión del título, porque contraviene principios de literalidad, abstracción y autonomía que constituyen la ley del Título y porque lo prohíbe el art. 465 del CPC, siendo consecuencia CONTRA-LEGEM la sentencia recurrida..."(sic fs. 56/57). Continúa esgrimiendo una serie de argumentaciones a favor de sus pretensiones y concluye solicitando la revocatoria del fallo recurrido.

La otra parte, al contestar el traslado, lo hace conforme los términos del escrito agregado a fs. 62/63, rebatiendo los argumentos del apelante y solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Pues bien, este Tribunal considera oportuno realizar una serie de manifestaciones referentes al cheque y a la excepción de inhabilidad de título, de manera de dejar sentado su criterio para posteriormente analizar si el fallo se encuentra o no ajustado a derecho.

Conforme el criterio de los doctrinarios se define al cheque como una orden de pago pura y simple. Esta orden se libra a la vista o de pago diferido contra un banco, en donde el librador debe tener fondos suficientes depositados. El cheque posee los caracteres esenciales de todo título de crédito: necesidad, autonomía, literalidad, unilateralidad e incorpora un derecho de contenido pecuniario si el mismo no es pagado.

En ese sentido, decimos que es un título de crédito, pues es representativo de una suma de dinero determinada en él consignada. Aparece como título de crédito si el mismo no es pagado en los plazos establecidos en la ley. El cheque, como todo título de crédito, es transmisible por vía del endoso, esto otorga al endosante todos los derechos inherentes al cheque. El pago solo puede ser exigido por el titular del derecho, es decir, por el propietario del título.

Con respecto a la excepción de inhabilidad de título, es criterio firme que la misma solo es procedente cuando el instrumento base de la ejecución no es ejecutivo; por no ser de los enumerados en el Art. 448 del C.P.C.; cuando no existe legitimación activa no pasiva; cuando no se reclama una suma de dinero sino una obligación de hacer o no hacer; y cuando la deuda no es exigible por hallarse sujeto a plazo o condición. Podemos afirmar que existe inhabilidad de título, que se derive no solo de las formas extrínsecas del documento, sino también de la falta de legitimación activa y pasiva.

Asimismo, es conveniente transcribir lo que dispone la legislación en referencia a este tema estudiado, así tenemos que el Art. 1729 del CC reza: "En caso

de pérdida o sustracción de un cheque, el tenedor comunicará por escrito al banco que no lo pague, y éste deberá negarse a pagarlo siempre que el aviso haya sido recibido antes de la presentación del cheque. Los bancos se negarán también a pagar un cheque cuando el librador y el beneficiario le hayan comunicado en la misma forma que no haga el pago y el aviso se hubiera recibido antes de la presentación del cheque. Si el banco hubiese pagado antes de recibir el aviso, quedará liberado”.

En el caso en estudio, vemos que el demandado al oponer la citada excepción acompaña una Sentencia Definitiva dictada por el Juzgado de San Lorenzo, por la cual se dispone privar de eficacia jurídica al cheque objeto de esta ejecución. Dado este hecho, surge que el título carece de ejecutibilidad y, por tanto, es aplicable lo que veníamos señalando precedentemente en el sentido que la deuda no es exigible por carecer el título de uno de los requisitos básicos para lograr la ejecución del mismo. Si bien externamente es un cheque con orden de pago, que posibilitaría la vía ejecutiva para su cobro al existir una sentencia firme que declara su falta de eficacia jurídica el mismo no se encuentra entre los comprendidos como título ejecutivo previsto en el Art. 448 del CPC.

En base a lo apuntado, debemos confirmar la resolución apelada. Las costas deberán imponerse a la apelante. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI, DIJO: Este recurso interpuesto por la parte demandada ha sido contra la S. D. N° 700 de fecha 24 de agosto de 2010, por la que se resuelve hacer lugar a la excepción de inhabilidad contra el progreso de la ejecución, basado en un cheque, 3003553 del banco HSBC S.A., librado “al portador”, y cuyo pago fuera rechazado por el banco por contraorden del librador dado al banco girado. Que la excepción de inhabilidad de título se sustenta en la S. D. N° 121 de fecha 4 marzo de 2010 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo, por el cual en la cual, en la parte resolutive, se dispuso: 1) hacer lugar a la demanda de privación de eficacia jurídica planteado por Juan Braulio Pérez Gutierrez, 2) declarar la privación de eficacia jurídica del cheque N° 3003553, cargo banco HSBC con los alcances del Art. 1530, 1531 y 1533 del Código Civil, y 3) disponer la publicación de la resolución en un diario de la ciudad, por el plazo de tres días.

Que el apelante basa su expresión de agravios en que al oponerse la excepción no fue negada la deuda y que el título es al portador entre otros argumentos. Seguidamente analizamos los argumentos y concluimos que:

I) NO PUEDE FUNDARSE LA INHABILIDAD DE TÍTULO EN LA PRIVACIÓN DE EFICACIA DE UN TÍTULO AL PORTADOR, PORQUE NO PUEDE INVALIDARSE SEGÚN EL ART. 1520 CC: No puede prosperar la excepción de inhabilidad de título basado en la privación ilegal de un cheque librado “al portador”, y utilizando el procedimiento de invalidación de eficacia prevista en el Art. 1530 CC que está previsto exclusivamente para títulos de crédito “a la orden”. El procedimiento de invalidación para ambos es muy diferente. Los títulos “al portador” solo pueden ser privados de eficacia por el procedimiento del Art. 1520 CC, en razón de la irrevocabilidad del título “al portador” establecida en el Art. 1520 CC, que dispone: “SALVO DISPOSICION ESPECIAL DE LA LEY, NO SE ADMITE LA INVALIDACIÓN DE LOS TÍTULOS “AL PORTADOR EXTRAVIADOS O SUSTRAIDOS”. El principio de irrevocabilidad que sustenta a los títulos de crédito cambiarios es la razón por la que se establece un procedimiento especial, y por el cual se posterga el pago del título “al portador” para después de su plazo de prescripción, si es que alguien no lo reclama antes de esa fecha. La privación de eficacia es un juicio que tiene su razón de ser en la irrevocabilidad de la promesa de pago incorporada en el cheque “a la orden”, y, por cuya razón solo judicialmente se puede privar de eficacia, cuando se trata de un título “a la orden” pero no cuando se trata de un título “al portador”, que según el Art. 1520 del CC no puede ser revocado y privado de eficacia por el trámite del Art. 1530 CC.

II) En el libro “TÍTULOS CIRCULATORIOS, ACERCAMIENTO A UNA TEORÍA GENERAL” editorial La Ley, de Carmelo A. Castiglioni, este comenta que “LA REGLA GENERAL, EN ESTA CLASE DE TÍTULO, ES LA IRREVOCABILIDAD DEL MISMO. SOLO CUAL PERMITE LA LEY, Y AÚN ASÍ, EN MUY CONTADOS CASOS ESTABLECIDOS ESPECIFÍCAMENTE, ES FACILITABLE INVALIDAR LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN EL TÍTULO AL PORTADOR”. En otro punto de ese mismo libro se sostiene que “ENTONCES, LA LEY, EN AUXILIO DE ESTA SITUACIÓN, PREVÉ UNA SOLUCIÓN QUE CONSISTE EN ESTABLECER UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL, POR EL CUAL SE HACE SABER AL EMISOR DE LA CANCELACIÓN CONDICIONAL, PARA QUE SUPERADO EL TIEMPO DE PRESCRIPCIÓN DEL TÍTULO, CONTADO DESDE SU EMISIÓN O DEL TIEMPO QUE SE HIZO LA DENUNCIA Y PASADO EL MISMO SE LE PUEDA PAGAR VÁLIDAMENTE AAQUEL QUE PIDIO LA CANCELACIÓN”. El problema radica, en este caso,

que el que pidió la invalidación del cheque fue el mismo librador de dicho instrumento y este no puede hacerlo, porque como se dice en el libro citado, a página 109, NO SE DEBE PERJUDICAR “AL PORTADOR “ DE BUENA FE. LA REGLA QUE SE INFIERE DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DE ESTA CLASE DE TÍTULO, ES QUE EN EL TÍTULO DE CRÉDITO “AL PORTADOR” AQUEL QUE LO DETENTA DE BUENA FE NO PUEDE SER PERJUDICADO SIEMPRE QUE EL DETENTADOR OBRE DE BUENA FE. SE PRESUME LA BUENA FE DEL DETENTADOR. ESTA REGLA ESTÁ SOSTENIDA EN LA AUTONOMÍA DE LAS INTERVENCIONES PRODUCIDAS EN EL MISMO”. En autos no se demostró la mala fe del demandado y que desde luego no podía hacerse, siendo que el pedido de privación de eficacia fue por EXTRAVÍO, y no por SUSTRACCIÓN. El librador de un cheque al portador no puede invalidar por sí mismo cuando alega sustracción. Tal vez pudiera hacerlo si es por SUSTRACCIÓN y demuestra la mala fe del detentador del cheque al portador.

Por otro lado cabe señalar, el cheque es un título de crédito instrumentado sobre la orden de pago al banco girado, de lo cual se entiende que la contraorden de pago dada por el librador al banco, sólo afecta la relación de librador con el girado, por las reglas del mandato, pero no perjudica la “promesa de pago” que se da en la relación del librador con el beneficiario del cheque, el cual en el cheque “al portador” es irrevocable, porque su fuente obligacional es la promesa de pago y no la orden de pago al banco. La contraorden al banco solo suspende el pago y afecta la relación librador-banco, pero no resta validez a la “promesa de pago”, en la relación librador-beneficiario, y es por eso que se recurre a la privación de eficacia cuando se trata de título a la orden. La privación de eficacia del cheque dispuesto por el A quo es provisorio, pues hasta que se realice la publicación y transcurran los treinta días para que aparezca algún detentador, con quien debe sustanciarse a través de la oposición, para recién luego saber quien tiene mejor derecho sobre el cheque. En autos, el ejecutado que promovió el juicio de privación de eficacia ya conocía quien era el detentador pues tomó parte en el juicio ejecutivo y calló su existencia en el juicio de privación de eficacia. La privación de eficacia del cheque no puede restar validez a un acto válido por ley.

En concreto: no puede tener validez la S. D. que priva de eficacia a un cheque “al portador” por el procedimiento del cheque “ a la orden”, dado que

tiene un procedimiento específico el título “al portador”. La sentencia de privación de eficacia es inexistente, porque el Art. 1520 CC establece que “NO SE ADMITE LA INVALIDACIÓN DE LOS TÍTULOS AL PORTADOR”, lo cual es una prohibición dispuesta por ley y el Art. 27 del Código Civil dispone que “LOS ACTOS PROHIBIDOS POR LAS LEYES SON DE NINGÚN VALOR” y, entonces, la invalidación dispuesta por la S. D. N° 121 de fecha 4 marzo de 2010 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo, es inexistente, dado que no tiene valor para privar de eficacia a un cheque “al portador” utilizando el procedimiento de privación de eficacia de un cheque “a la orden” en vez del procedimiento de privación de eficacia del título “al portador”. Es que una resolución judicial, aunque sea una sentencia, no puede derogar una ley. No puede privarse de eficacia a un cheque “al portador” y si se lo hace no surte efecto para sustentar la inhabilidad de título de un cheque “al portador”, por tanto, la razón expuesta es suficiente para revocar la sentencia recurrida y, en su lugar disponer no hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título y llevar adelante la ejecución.

III) NO PUEDE UNA SENTENCIA DE PRIVACIÓN DE EFICACIA, DE FECHA POSTERIOR A LA PRESENTACIÓN DE LA EJECUCIÓN, SUSTENTAR LA INHABILIDAD DE TÍTULO: En el caso que cupiera para un cheque al “portador” el procedimiento para privación de eficacia de título “a la orden”, aún así, no cabe la inhabilidad de título y esto fundado en que no se puede retrotraer los efectos de la sentencia ,que es de fecha posterior a la iniciación de la preparación de juicio ejecutivo y que, habiéndose iniciado la demanda ejecutiva el 29 de diciembre de 2009, mucha antes de la invalidación dispuesta por la S. D. N° 121 de fecha 4 marzo de 2010 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo, no surte efecto retroactivo sobre la validez del cheque. El ejecutado no ha logrado invalidar el cheque en tiempo propio y antes de ello ya ha tomado conocimiento de la ejecución sobre el mismo cheque que pretende restarle eficacia. Lo que prevalece, no es la fecha de presentación del escrito de privación de eficacia sino la resolución que dispone la ineficacia, pues antes de ello el cheque todavía es eficaz pues si se realiza algún pago, el mismo deviene válido y, por ende, por el mismo argumento, la demanda ejecutiva también prevalece sobre el juicio de privación de eficacia. En el caso de autos, el ejecutado que pidió la privación de eficacia, antes de dictarse la privación de eficacia ya había tomado conocimiento del juicio ejecutivo, a fojas 19 de autos,

en fecha 22 de marzo de 2010, y de este hecho no comunicó en el expediente donde solicitara la privación de eficacia., pero debió comunicar de ese hecho al juez del juicio de privación de eficacia, pues la sentencia es provisoria según el Art. 1530 CC, donde se establece: “SIEMPRE QUE NO SE HAYA FORMALIZADO OPOSICIÓN POR EL DETENTADOR” y el juicio ejecutivo es una oposición y el ejecutado que ya conocía su existencia debió pedir que ambos juicios se acumulen para resolver quién tenía mejor derecho sobre el cheque y para que se tramite la segunda parte del juicio de privación de eficacia, pero no lo ha obrado de esa forma. Después de los treinta días el juez que dicto la privación de eficacia debe validar el pago del cheque ante la incomparecencia de algún interesado, pero en autos ya no pudo validarse pues ya existía un juicio ejecutivo de fecha anterior. No puede fundarse en un juicio de privación de eficacia que es de fecha posterior a la iniciación del juicio ejecutivo, porque la privación de eficacia no surte efecto retroactivo, sino después de haberse notificado la sentencia que dispone la privación de eficacia. Era inexistente para el ejecutante el juicio de privación de eficacia hasta el día 4 de marzo en que se dictó S.D. N° 121 de fecha 4 marzo de 2010 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo. Esto es así porque la misma ley dispone basado en el principio de irrevocabilidad, porque valida “EL PAGO HECHO AL DETENTADOR, NO OBSTANTE LA DENUNCIA AL DEUDOR, ANTES DE LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA”. Pues el pago hecho antes de ello “LIBERAA ÉSTE” y, por el mismo razonamiento, la promoción de la ejecución surte el mismo efecto.

IV) UN JUICIO DE PRIVACIÓN DE EFICACIA INCOMPLETO NO ES SUFICIENTE PARA FUNDAR LA EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO: El juicio de privación de eficacia consta de dos partes y en autos no se cumplió la segunda parte, para poder fundar la inhabilidad de título. La segunda parte se después de treinta días de publicado el edicto de citación, pasado el cual el juez debe validar el pago y confirmar la sentencia de privación de eficacia, entretanto la sentencia de privación de eficacia es provisional.

En la ley está previsto el trámite del juicio como un incidente, lo cual es despropósito, pues no puede haber incidente sin que haya dos partes y si no sabe quién tiene el cheque no puede haber incidente. En un juicio de privación de eficacia, donde se desconoce quien es el poseedor del título, debe tramitarse inaudita altera parte y no con el banco girado que no es el deudor. Al banco girado solo debe notificársele para que no realice el pago, pero nunca sustanciar

la invalidación con el banco, que es un simple mandatario del librador del cheque. La privación de eficacia solo suspende el pago del cheque, pero no da la legitimación, la que se dará recién que se haya sustanciado la segunda parte que viene después de la publicación de edictos, o sea después de los treinta días, que vencía el 7 de abril de 2010, según la constancia de autos. LA SENTENCIA DE PRIVACIÓN DE EFICACIA NO TIENE EFECTO CONTRA UN JUICIO EJECUTIVO INICIADO CON ANTERIORIDAD Y EN DONDE EL DEUDOR QUE SOLICITARA LA PRIVACIÓN DE EFICACIA YA TUVO INTERVENCIÓN y conocimiento de quién detentaba el cheque “al portador”.

V) EL LIBRADOR DE UN CHEQUE AL PORTADOR NO PUEDE INVALIDAR EL INSTRUMENTO, CUANDO LA CAUSAL INVOCADA ES EL EXTRAVÍO DEL MISMO, PUES DENOTA SU PROPIA NEGLIGENCIA QUE NO PUEDE PERJUDICAR LA BUENA FE DEL DETENTADOR: Es peligroso para la seguridad jurídica del cheque que se admita la privación de eficacia cuando la causal es el extravío, pues restaría credibilidad a la negociación de dicho instrumento y, más que eso, afectaría la buena fe del detentador, considerando que en el cheque es “al portador” y en éste se legitima con la sola detención y es infantil la causal de extravío para restarle eficacia al cheque “al portador” cuando que “EL POSEEDOR DEL TÍTULO AL PORTADOR QUEDA HABILITADO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO MENCIONADO EN ÉL CON SU SOLA PRESENTACIÓN”. La causal de extravío altera esta regla circulatoria que es de orden público. Por otra parte, el extravío no es “justa causa” para el título “al portador”, dado que según el Art. 1804 CC, “LA PROMESA PUEDE SER REVOCADA ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO (...) SOLO POR JUSTA CAUSA”. Pero en el título “al portador”, el extravío invocado por el librador no es justa causa, pues la negligencia del librador no puede perjudicar al detentador de buena fe del título al portador.

VI) Como sea, el cheque “al portador” no puede ser privado de eficacia según lo dispone el Art. 1520 CC y, consecuentemente, la privación de eficacia dispuesto por el procedimiento de un título “a la orden” no es suficiente para fundar la excepción de inhabilidad de título, por inexistente y violatoria a la disposición dispuesta por el Art. 1520 del CC. Por tanto, voto, por la revocatoria y que en su lugar se disponga llevar adelante la ejecución, con la costas al ejecutado.

VII) Lo expuesto es suficiente, al ser plenamente hábil el cheque presentado, pues la invalidación dispuesta no puede afectar a un cheque al portador”

y ello autoriza a revocar la sentencia recurrida y, en su lugar disponer no hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título, y llevar adelante la ejecución por el capital, intereses y con costas a la parte ejecutada. Es mi voto

ASU TURNO EL MAGISTRADO FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI. DIJO:
Que se adhiere a la opinión del Dr. YNSFRÁN SALDÍVAR por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mi que certifico, quedado 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 al nulicidente del recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 700, de fecha 24 de agosto de 2010 por las razones dadas en el exordio de la presente resolución.
3. ANOTAR, registrar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A. Castiglioni, Fremiort Ortiz Pierpaoli y Ynsfrán Saldívar L.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 113

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL.

Dada la naturaleza jurídica mixta de Sociedad de Responsabilidad Limitada, la ley es rigurosa y afecta el orden público su cumplimiento, pues al no ser una sociedad puramente de capital, la *affetio societatis* es determinante y no se puede imponer a los otros socios, los socios que no quieran y ni aunque éste fuera el único. Por otro lado se debió hacer la Asamblea Extraordinaria y en la misma, en el caso para aceptarse la cesión debe establecer expresamente que los otros socios renunciaron a su derecho de preferencia.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL. Asamblea de accionistas de la SRL.

No puede fuera del órgano social de la sociedad decidirse y hacerse la cesión de cuotas sociales, en forma extrasocietaria: la resolución de un contrato está justificada cuando la cesión de cuotas se hizo fuera de la sociedad o sea extra societaria, pues no se realizó la Asamblea Extraordinaria para autorizar la cesión de cuotas sociales porque la cesión de cuotas debe hacerse a través de la sociedad y eso significa que debe autorizarse por la Asamblea extraordinaria y, debe constar en el acta que debe ser transcrita en la escritura pública que lo contiene.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL. Asamblea de accionistas de la SRL.

En autos no se realizó la Asamblea Extraordinaria que autorice la cesión y eso autoriza la resolución del contrato de cesión, por ser contrario a la ley. La constancia de la presencia no suple el consentimiento que debe ser expreso.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL. Asamblea de accionistas de la SRL. CHEQUE.

El contrato privado de cesión de cuotas sociales de pago donde se establece la forma de pago en cheques, que el mismo demandado reconoce que no fueron pagados, está vinculado a la escritura pública y en esta por más que diga que están pagados, las mismas no están pagadas si no fueron pagados los cheques, porque los cheques actualmente no tienen efecto cancelatorios.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Asamblea de accionistas de la SRL.

No puede pactarse por escritura pública, sin autorización de la Asamblea Extraordinaria, la modificación del Estatuto Societario.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL. Asamblea de accionistas de la SRL.

La omisión de la Asamblea Extraordinaria para autorizar la cesión de cuotas y la modificación del Estatuto justifica la resolución cuando además no se ha pagado la contraprestación de la venta de las cuotas sociales.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Cesión de cuotas en la SRL. Asamblea de accionistas de la SRL.

El consentimiento no debe ser del socio sino de la sociedad y debe ser expreso. La presencia del socio, fuera del órgano que debe hacerlo, es inexisten-

te si solo se consigna la presencia de dicho socio en la firma de la escritura, sin manifestar que lo hace por la sociedad y que renuncia a su privilegio. La presencia del socio no sustituye a la Asamblea extraordinaria que debió realizarse.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 19/08/11.- “Niels Francois Marais y Otros c/ Electrotel S. R. L y Otros s/ Resolución de Contrato” (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 FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI DIJO: Este recurso fue incoado contra la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010, fundado en que se ha violado el Art. 15 del CPC, que concretamente dice: “que carece de logicidad y congruencia”. Con este argumento pretende anular sustentado en que se demandó a la firma Electro Total S.R.L., pero dice que además esta nunca fue notificada. Falso. La demanda solo fue contra la señora Shirley Edith López Argüello y, nunca se demandó a la sociedad. Esto se comprueba en el escrito de demanda y en la primera providencia, entonces no existiendo vicio de logicidad e incongruencia alguna que amerite la nulidad de oficio, corresponde rechazar el mismo. Es mi voto.

A sus turnos los Magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI PROSIGUIÓ DICIENDO: El recurso interpuesto por la parte actora ha sido contra la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010, por la que se resuelve: rechazar la excepción de la falta de acción promovida contra la demanda de resolución del contrato. Resolver el contrato privado de cesión de cuotas sociales y el contrato de cesión de cuotas sociales y, modificación parcial de los estatutos sociales y la devolución a los demandantes sus cuotas sociales, la comunicación a los Registros Públicos para su toma de razón.

Que, la parte apelante, se agravia contra la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010.-Que, la demanda se basa en el pedido de resolución de un

contrato privado de cesión de cuotas sociales y, su consecuencia, la escritura pública N° 112 de fecha 15 de julio de 2006, en donde se deja asentado la cesión de las cuotas y la modificación del estatuto. La resolución del contrato se ha basado en el incumplimiento del mismo por la falta de pago del precio de la cesión.

Que, en primer lugar cabe hacer mención a que en la mencionada cesión de cuotas sociales, se incumplió la ley y, el contrato de sociedad.

Es cierto que la ley y el contrato admiten la libre transmisibilidad de las cuotas sociales entre socios, pero no cuando la cesión de cuotas sociales es a terceros y que tiene un procedimiento legal y estatutario que no fue cumplido en este caso. La comunicación de la decisión de ceder las cuotas sociales a un tercero, debe ser previa según el Art. 24 del Estatuto establecido en el Acto constitutivo de la sociedad Electro Total S.R.L. En dicha disposición se establece textualmente que: LA CESIÓN DE CUOTAS A TERCEROS SE REALIZARÁ PREVIO ACUERDO DE LOS OTROS SOCIOS A ESE EFECTO EL SOCIO QUE QUISIERA CEDER SUS CUOTAS A TERCEROS SE REALIZARÁ PREVIO ACUERDO DE LOS OTROS SOCIOS, A ESE EFECTO EL SOCIO QUE QUISIERA CEDER SUS CUOTAS PRESENTARÁ A LOS GERENTES UNA NOTA FIRMADA CONJUNTAMENTE CON EL TERCERO INTERESADO INDICANDO LA CANTIDAD DE CUOTAS A CEDERSE Y LAS CONDICIONES DE PAGO. SI ALGUNO DE LOS SOCIOS TUVIERE INTERES EN ADQUIRIR DICHAS ACCIONES EN IGUALDAD DE CONDICIONES, EN TODOS LOS CASOS SE DARÁ PREFERENCIA A ESTE”. Mientras que el Art. 10 de dichos estatutos establece que: “LAS DECISIONES DE LOS SOCIOS EN LAS REUNIONES ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS SERÁN TOMADAS POR EL VOTO QUE LA MAYORÍA TENGAY EN CASO DE EMPATE EL QUE PRESIDE LA REUNIÓN TENDRÁ DOBLE VOTO, A EXCEPCIÓN DE LOS SUPUESTOS EXPRESAMENTE ESTABLECIDOS EN LA LEY QUE EXIJA UNANIMIDAD DE VOTO U OTRA MAYORÍA”. En autos no se cumplió con lo de “previo” dado que debió hacerse por Asamblea Extraordinaria.

De las transcripciones de normas estatutarias surge que en la mencionada cesión de cuotas sociales se ha realizado sin cumplir con los requisitos estatutarios dejando las siguientes irregularidades y, consecuencias jurídicas. En primer lugar, dada la naturaleza jurídica mixta de Sociedad de Responsabilidad Limitada, la ley es rigurosa y afecta el orden publico su cumplimiento, pues al

no ser una sociedad puramente de capital, la *affetiosocietatis* es determinante y no se puede imponer a los otros socios, los socios que no quieran y ni aunque éste fuera el único. Por otro lado se debió hacer en Asamblea extraordinaria y en la misma, en el caso para aceptarse la cesión debe establecer expresamente que los otros socios renunciaron a su derecho de preferencia. Es cierto que en la escritura pública donde consta la cesión de cuotas sociales comparece el otro socio dueño del 50% a suscribirla, eso no quiere decir que pueda hacerse fuera de los términos que señala la ley. La escritura de referencia solo dice: “PRESENTE EN ESTE ACTO EL SEÑOR ROBERTO DE SIMONE QUIEN FIRMA LA PRESENTE ESCRITURA DANDO CUMPLIMIENTO AL ART. 24 DE LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA FIRMA DE REFERENCIA”. O sea, la sola presencia no es la exigencia de los estatutos y de la ley. Este debe manifestar que renuncia a su derecho de preferencia sobre las cuotas sociales.

¿Cuál es el efecto de estas irregularidades? El efecto es que la cesión realizada solo surte efecto entre las partes, aun cuando estuviere inscripto en el Registro Público de Comercio.

Realizadas estas precisiones corresponde analizar cuál es el efecto del contrato privado firmado previamente a la escritura de cesión de cuotas sociales para ver si puede hacerse valer con relación a ésta. Y la misma parte demandada establece la conexión entre ambos instrumento al decir que: EL CONTRATO PRIVADO DE FECHA 29 DE JUNIO DE 2006, EVIDENTEMENTE MOTIVÓ UNA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA FIRMA ELECTRO TOTAL S.R.L. QUE DEBÍA SER FORMALIZADO POR ESCRITURA PÚBLICA”. Con esta declaración se establece la conexión entre ambos instrumentos entre las partes de este juicio. Es válida la resolución del contrato que transgreden las normas societarias y de la ley, si además no consta que se haya pagado por ella, pues al contestarse la demanda, la demandada se ha escudado en un formalismo pero no ha negado la deuda.

NO PUEDE FUERA DEL ÓRGANO SOCIAL DE LA SOCIEDAD DECIDIRSE Y HACERSE LA CESIÓN DE CUOTAS SOCIALES, EN FORMA EXTRASOCIETARIO: La resolución de un contrato está justificada cuando la cesión de cuotas se hizo fuera de la sociedad o sea extra societaria, pues no se realizó la Asamblea Extraordinaria para autorizar la cesión de cuotas sociales, porque la cesión de cuotas debe hacerse a través de la sociedad y eso significa que debe autorizarse por la Asamblea extraordinaria y, debe constar en el acta

que debe ser transcripta en la escritura pública que lo contiene. En la escritura no se transcribió el acta de la Asamblea extraordinaria, por el cual la sociedad autoriza la cesión, por lo tanto la cesión fue realizada extrasocietariamente, aunque figure la firma de presencia del único socio. En autos no se realizó la asamblea extraordinaria que autorice la cesión y eso autoriza la resolución del contrato de cesión, por ser contrario a la ley. La constancia de la presencia no suplente el consentimiento que debe ser expreso.

EL CONTRATO PRIVADO DE CESIÓN DE PAGO DONDE SE ESTABLECE LA FORMA DE PAGO EN CHEQUES, QUE EL MISMO DEMANDADO RECONOCE QUE NO FUERON PAGADOS, ESTÁ VINCULADO A LA ESCRITURA PÚBLICA. Y EN ESTA POR MÁS QUE DIGA QUE ESTÁN PAGADOS, LAS MISMAS NO ESTÁN PAGADOS SI NO FUERON PAGADOS LOS CHEQUES, PORQUE LOS CHEQUES ACTUALMENTE NO TIENEN EFECTOS CANCELATORIOS.

NO PUEDE PACTARSE POR ESCRITURA PÚBLICA, SIN AUTORIZACIÓN DE LA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO SOCIETARIO. La modificación realizada fuera del órgano natural que es la asamblea, es inexistente. Así también la cesión de cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, fuera del órgano natural que es la asamblea extraordinaria prevista en el Estatuto, hace inexistente la misma.

LA FALTA DE ACCIÓN ALEGADA ES INCONSISTENTE CUANDO EL PAGO NO REALIZADO ES RECONOCIDO POR EL DEMANDADO: Cuando se admite la vinculación entre el contrato privado y la escritura pública, es inconsistente la falta de acción. El incumplimiento de lo pactado en un contrato da acción a la parte QUE LO CUMPLIÓ a pedir la resolución del mismo cuando esta admitido el no pago de contraprestación, al admitir la vinculación de ambos contratos. Decir que se pagó con la entrega del cheque, si estos no está demostrado que fueron pagados, es vano, pues los cheques en la actualidad no tienen efectos cancelatorios y solo constituyen una promesa de pago contra una orden de pago al girado, por lo tanto, no prueba pago. El hecho de que en la escritura diga que se pagaron, si los cheques con el que se realizó el pago, no fueron satisfechos, se entiende que no se pago la contraprestación y que hay un incumplimiento por parte de la parte demandada.

LA OMISIÓN DE LA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA PARA AUTORIZAR LA CESIÓN DE CUOTAS Y LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO JUS-

TIFICA LA RESOLUCIÓN CUANDO ADEMÁS NO SE HA PAGADO LA CONTRAPRESTACIÓN DE LA VENTA DE LAS CUOTAS SOCIALES; no consta en la escritura pública que contiene la cesión de cuotas sociales y la modificación del Estatuto Social, que se hayan hecho a través de la Asamblea Extraordinaria. NO SE PUEDE PRESUMIR EL CONSENTIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, al decir que: CON EL PLENO CONSENTIMIENTO OTORGADO POR EL ÚNICO SOCIO QUE PERMANECÍA EN LA SOCIEDAD, EL SEÑOR ROBERTO SIMONE DANDO CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 24 DE LOS ESTATUTOS SOCIALES: Además, que el consentimiento no debe ser del socio sino de la sociedad y debe ser expreso. La presencia del socio, fuera del órgano que debe hacerlo, es inexistente si solo se consigna la presencia de dicho socio en la firma de la escritura, sin manifestar que lo hace por la sociedad y que renuncia a su privilegio. La presencia del socio no sustituye a la Asamblea extraordinaria que debió realizarse

En autos, al no realizarse la cesión de las cuotas sociales por el modo que establece el Estatuto Social y la ley, y además de admitirse el no pago, al reconocer que están vinculados el contrato privado y la escritura pública. Por lo expuesto, voto por la confirmatoria de la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010, e imponer las costas, a cargo de la parte apelante.

A sus turnos los Magistrados Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli, 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 de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.-

RESUELVE:

1. RECHAZAR, el recurso de nulidad.
2. CONFIRMAR, con costas, a la perdedora la S.D. N° 865 de fecha 19 de octubre de 2010, por las razones 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: Linneo Ynsfrán Saldívar, Fremiort Ortiz Pierpaoli y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Federico Tellechea Miller, Actuario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 74

Cuestión debatida: *La controversia suscitada en autos, versa en determinar si el contrato de prestación de servicios y las facturas de créditos poseen o no la calidad de títulos ejecutivos y por ende si traen o no aparejada ejecución.*

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. CONTRATO. Efectos del contrato.

Un contrato bilateral no puede generar un título ejecutivo, ni discutirse en el marco de un proceso de ejecución a menos que el título que se pretende ejecutar este expresamente reconocido por la contraparte en cuanto a la exigibilidad de la obligación dineraria reclamada por el ejecutante, cosa que no ha acontecido en estos autos.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY. Facultades reglamentarias.

No todas las facturas comerciales son títulos de crédito, para que sean tal, deben ser concebidas en los términos de la resolución N° 1 del 1 de julio de 2009 del Banco Central y en dichos términos el emisor de la factura conformada o de crédito, cuando no está conformada o aceptada, la misma es un crédito a cargo de quien la emite.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

Para que sea una factura de crédito debe concebirse desde su misma emisión como instrumento de crédito, por ende, debe tener fecha de vencimiento y, lógicamente, estar vencido el plazo para el pago y estar firmada por la persona contra quien se emitió. En este caso la factura es solo comercial pero no es una factura de crédito, que tiene una naturaleza distinta a la que presentada, y que tiene más bien un propósito fiscal y que es la declaración del que lo emite de que se realizó dicha operación, pero no prueba que la persona contra quien se emite sea automáticamente el deudor, si es que no lo firma expresamente. Si no lo firma y es factura de crédito el deudor es el emisor. Pero en autos no fue creada como título de crédito.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY. Facultades reglamentarias.

Desde que se dispuso la existencia de la factura de crédito por la resolución del Banco Central, la factura de crédito o factura conformada como instrumento de crédito, el deudor es aquel que lo emite, si es que es negociada y no es acep-

tada contra quien se emitió, para lo cual también debe tener clausula circulatoria en la forma dispuesta por dicha resolución.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

Cuando es título de crédito debe ser autosuficiente por el principio de literalidad y autonomía y no puede completarse con otro documento extracartular sin alterar el principio de literalidad, como lo pretende el ejecutante con el contrato de prestación de servicio.

T. de Apel. Civ. y Com. Quinta Sala. 18/06/12. “María Isidora González de Morales c/ Asociación de Trabajadores de Acepar s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac y Sent. N° 74).

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: CARLOS ALFREDO ESCOBAR ESPÍNOLA, CARMELO AUGUSTO CASTIGLIONI y LINNEO YNSFRÁN SALVÍDAR.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MAGISTRADO CARLOS ALFREDO ESCOBAR ESPÍNOLA, dijo: El recurrente interpuso este recurso. Sin embargo, el mismo no fue expresamente fundamentado en esta instancia. No obstante ello, este Tribunal, conforme a las facultades otorgadas por la Ley, analizó el fallo de oficio y al no haber encontrado vicios u omisiones que ameriten la declaración de nulidad, ha considerado que corresponde declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto. **ES MI VOTO.**

A SUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS CARMELO A. CASTIGLIONI y LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR: Manifestaron que se adhieren a la opinión del preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MAGISTRADO CARLOS ALFREDO ESCOBAR ESPÍNOLA, dijo: El recurrente al expresar agravios a fs. 80/82 de autos, entre otras consideraciones expreso que: “*QUE, mi parte se agravia de la resolución que ordena llevar adelante la ejecución en estos autos, basados en las consideraciones que paso a exponer. Que, en estos autos se ha presentado la señora MARÍA ISIDORA GONZÁLEZ DE MORALES, a promover juicio de “preparación de acción ejecutiva por cobro de guaraníes en con-*

tra de la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DE ACEPAR A.T.A” mi representada, acompañó un contrato de prestación de servicio (contadora-trabajo de contabilidad) y acompañando dos hojas de FACTURAS DE CRÉDITOS, por valor de GUARANÍES VEINTIDOS MILLONES SETESCIENTOS MIL (Gs. 22.730.000), las mencionadas facturas de créditos, no se hallan conformadas por la deudora (la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DE ACEPAR), tal cual lo exige la normativa del art. 448 inc. “f” del C.P.C.” ...letra de cambio, factura conformada... “QUE, el instrumento de la factura de crédito al no estar conformada por el deudor; la misma carece de unos de los requisitos esenciales que hace al presupuesto del proceso. Que, el A-quo no se percató en un primer momento del hecho mencionado más arriba, la ausencia de un presupuesto esencial del proceso, en el sentido de que la factura crédito no se hallaba conformada. Y, con posterioridad al plantear mi parte la excepción de pago parcial en el presente juicio, se ha hecho notar al A-quo, de que la factura no era de la denominada “conformada”, sin embargo, en esta segunda oportunidad tampoco examino el hecho de la falta del presupuesto del proceso, cual es el requisito esencial de la factura no era de la denominada “conformada”, no obstante dicto la S.D. N° 854, rechazando la excepción planteada y ordeno llevar adelante la ejecución”. Sigue afirmando el recurrente que: “V.V.E.E. La ley sobre el pretensor de la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión; en otras palabras, de su condición de acreedor. Si no satisface esa exigencia que la ley pone a su cargo, omite la realización de algo que condiciona el reconocimiento de su derecho. En el cumplimiento de esa condición rigurosamente procesal, el Tribunal no podrá emitir sentencia a su favor. Aun cuando su pretensión sea fundada, no podrá ser acogida por ausencia de un presupuesto, condición o requisito, impuesto por la ley para su reconocimiento (factura conformada)... QUE, esta representación ha señalado específicamente en oportunidad de la interposición de la excepción de pago parcial de la obligación establecida en el contrato de prestación de servicio (contador)”.

La otra parte contestó el traslado en tiempo y forma, refutando las alegaciones expuestas por el apelante, sosteniendo que: “...Dice el recurrente en su escrito de Expresión de Agravios: “Que mi parte se agravia de la resolución que ordena llevar adelante la ejecución en estos autos, baso en las consideraciones que paso a exponer: Que, en estos autos se ha presentado la señora MARÍA ISIDORA GONZÁLEZ DE MORALES, a promover juicio de “preparación de

juicio ejecutivo por cobro de guaraníes en contra de la Asociación de Trabajadores de Acepar A.T.A., acompañando un contrato de prestación de servicios y dos hojas de FACTURAS DE CRÉDITOS, por valor de Gs. 22.730.000, las mencionadas facturas de créditos, no se hallan conformadas por la deudora (A.T.A), tal como lo exige la normativa del art. 448". La interposición del Recurso de Apelación, se basa en un cuestión no esgrimada ni planteada, en tiempo oportuno, tal como manda nuestra legislación positiva vigente, y de esto da cuenta la S.D. N° 854 de fecha 13 de Octubre de 2011, en el considerando en el primer párrafo...". El recurrente luego de transcribir una parte de los argumentos expuestos por el A-quo, sigue afirmando: *"Que, de la misma lectura del escrito de Excepción de Pago Parcial, promovido por el Abogado apelante, en representación de la demandada, surge sin lugar a dudas un reconocimiento explícito de la deuda reclamada en el presente juicio, no solamente, por haberse declarado por A.I. N° 2.275 de fecha 15 de Noviembre de 2010, que rola a fs. 23 de autos, por el cual el Juzgado hizo efectivo apercibimiento, teniendo por reconocidas las firmas y el crédito y por autentico los documentos presentados por esta parte, dando inicio de esa forma al juicio ejecutivo, por la suma indicada en mi escrito de demanda".*

La controversia suscitada en autos, versa en determinar si el contrato de prestación de servicios y las facturas de créditos que obran a fs. 9/11, 12 y 13, respectivamente, poseen o no la calidad de títulos ejecutivos, y por ende sin traen o no aparejada ejecución.

La resolución cuestionada por el recurrente se halla individualizada como S.D. N° 854 de fecha del 13 de octubre de 2011, obrante a fs. 73 de autos.

...La citada sentencia definitiva ha RESUELTO: *" I) NO HACER LUGAR, con costas, a la Excepción de Pago Parcial interpuesto por la demandada, Asociación de Trabajadores de Acepar, por improcedente. II) LLEVAR ADELANTE, la presente ejecución promovida por María Isidora González de Morales contra la Asociación de Trabajadores de Acepar, hasta que la acreedora se haga integro cobro del capital reclamado, intereses y costas. III) ANOTAR, ..."*.

Que, en primer lugar, analizando detenidamente el contrato de prestación de servicios celebrado entre el Sr. Carmelino Riveros en representación de la Asociación de Trabajadores de Acepar y la Lic. María Isidora González de Morales obrante a fs. 9/11 de autos, se advierte que dicho documento configura un contrato bilateral.

El Cód. Civil en su art. 719, primera parte, establece que: *"En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare*

haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar ante su prestación”.

Por su parte el art. 443 Inc. “e” del C.P.C. dispone: *“Podrá prepararse la acción ejecutiva pidiendo previamente: ... que el presunto deudor reconozca haber cumplido las obligaciones pactadas en su favor, cuando el título consistiere en un contrato bilateral”.*

Entonces, habiéndose establecido que uno de los documentos base de la presente demanda ejecutiva es el contrato de prestación de servicios en cuestión, correspondía al ejecutante a los efectos de perseguir válidamente el cobro de su crédito, dar primeramente cumplimiento a las disposiciones legales antes citadas. En otros términos, el ejecutante debió probar primeramente el cumplimiento de su parte en relación a las condiciones contractuales estipuladas, y luego intimar al demandado a que reconozca haber recibido los servicios de la actora, para posteriormente plantear la acción ejecutiva pertinente. Por lo que no coincidimos en este punto con el A-quo en los alcances de su resolución obrante a fs. 23 de autos en que tiene por reconocido el crédito. Por dicha resolución, en su numeral uno (A.I. N° 2275 - 15/nov/ 2010), el inferior, ha resuelto: *“I.- HACER EFECTIVO el apercibimiento dispuesto por providencia de fecha 08 de octubre de 2010, y en consecuencia, tener por reconocida las firmas y el crédito, y en consecuencia por auténticos los documentos presentados en autos...”.*

Es así como dijimos que un contrato bilateral no puede generar un título ejecutivo, ni discutirse en el marco de un proceso de ejecución a menos que el título que se pretende ejecutar esté expresamente reconocido por la contraparte en cuanto a la exigibilidad de la obligación dineraria reclamada por el ejecutante, cosa que no ha acontecido en estos autos.

En atención a las manifestaciones precedentes, no se debió dar por reconocida la firma del supuesto deudor, ni la deuda reclamada al demandado, situación que sí aconteció por decisión del inferior, tal como lo señaláramos líneas arriba (ver fs. 23).

En relación a las facturas obrantes a fs. 12 y 13 de autos agregadas por el ejecutado, se aprecia que las mismas no poseen las características de las facturas conformadas. Dispone el art. 448 del CPC, Inc. f), que: *“Los títulos que traen aparejada ejecución, de conformidad con el artículo 439, son los siguientes:... la letra de cambio, factura conformada, vale o pagare...”.*

En este tema resulta importante destacar la Resolución N° 1 del 1 de julio de 2009 del Directorio del Banco Central del Paraguay, que define a la factura

conformada como: “*un instrumento de contenido crediticio que representa bienes entregados y servicios prestados no pagados, debidamente suscrita por el deudor cedido en su conformidad en cuanto a la entrega de los bienes allí precisados, valor y a la fecha de pago de la factura*”. En otras palabras, se trata de una factura crédito emitida con la conformidad del comprador, ésta se manifiesta, se exterioriza con su firma. De esta forma, el documento se convierte en un título ejecutivo (de por sí suficiente para forzar el cumplimiento de la obligación en un proceso ejecutivo), como lo dispone el precitado artículo 448 Inc. “f”, y siendo que, del análisis de los referidos documentos agregados a fs. 12 y 13 de autos, concluimos categóricamente que estos no reúnen las características de las facturas conformadas. En efecto es imperioso manifestar que dichos documentos no poseen fuerza ejecutiva.

Sintetizando sostenemos que los documentos presentadas por el ejecutante, como base de su demanda ejecutiva son inhábiles para dicho procedimiento, y por tal motivo no traen aparejada ejecución. En consecuencia, no puede prosperar la presente acción intentada por la Sra. María Isidora González de Morales.

En cuanto a las costas corresponden que sean soportadas por la parte ejecutante, por resultar ésta vencida, y por imperio del art. 192 y 203 Inc. a) del CPC.

En base a las aseveraciones realizadas líneas arriba, voto por la revocatoria de la individualizada resolución dictada por el inferior, y en consecuencia rechazar la demanda de acción preparatoria de juicio ejecutivo planteada por la ejecutante. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO CARMELO A. CASTIGLIONI, dijo: Adherirse a la opinión precedente por los mismos fundamentos y con los mismos alcances. Pero sólo me permito agregar, que efectivamente, no todas las facturas comerciales son títulos de crédito, para que sean tal, deben ser concebidas en los términos de la resolución mencionada por el Banco Central y en dichos términos el emisor de la factura conformada o de crédito, cuando no está conformada o aceptada, la misma es un crédito a cargo de quien lo emite. Para que sea una factura de crédito debe concebirse desde su misma emisión como instrumento de crédito, por ende, debe tener fecha de vencimiento y, lógicamente estar vencido el plazo para el pago y estar firmada por la persona contra quien se emitió. En este caso la factura es sólo comercial pero no es una factura de

crédito, que tiene una naturaleza distinta a la que presentada, y que tiene más bien un propósito fiscal y que es la declaración del que lo emite de que se realizó dicha operación, pero no prueba que la persona contra quien se emite sea automáticamente el deudor, si es que no lo firma expresamente. Si no lo firma y es factura de crédito el deudor es el emisor. Pero en autos no fue creada como título de crédito.

Desde que se dispuso la existencia de la factura de crédito por la resolución del Banco Central, la factura de crédito o factura conformada como instrumento de crédito, el deudor es aquel que lo emite, si es que es negociada y no es aceptada contra quien se emitió, para lo cual también debe tener cláusula circulatoria en la forma dispuesta por dicha resolución. En la factura comercial de autos no tiene cláusula circulatoria, por tanto, no es título de crédito y no puede ser ejecutada. La norma del Banco Central, dicho sea de paso, es la única norma que prevé expresamente a la factura conformada como título de crédito y se la aplica supletoriamente pues fue creada para el negocio del factoring, pero nada obsta a su aplicación para los otros casos comerciales. Por otro lado, la factura conformada, cuando es título de crédito debe ser autosuficiente por el principio de literalidad y autonomía y no puede completarse con otro documento extracartular sin alterar el principio de literalidad, como lo pretende el ejecutante con el contrato de prestación de servicios. Así como lo presentó el ejecutante solo puede reclamarlo por la vía del juicio ordinario o bien solicitar su regulación de honorarios por la vía judicial, presentado su contrato de prestación de servicios, para lograr la ejecutividad del mismo en la sentencia que lo regula, pero unilateralmente no puede crearse título ejecutivo y comparto totalmente el criterio del Prof. Dr. Carlos Escobar Espínola. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR, dijo: Adherirse a la opinión del colega Carlos Escobar Espínola, 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.

RESUELVE:

I. DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad interpuesto.

II. REVOCAR con costas a la perdidosa, la S.D. N° 854 de fecha 13 de octubre del 2011 dictada por el Juzgado en lo Civil y Comercial del Quinto Turno

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

de la Capital, y en consecuencia rechazar la acción preparatoria de juicio ejecutivo planteada por la Sra. María Isidora González de Morales.

III. ANOTAR, registrar, comunicar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carlos Alfredo Escobar Espínola, Carmelo Augusto Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar.

Ante mí: Federico Tellechea Miller, Actuario.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 356

Cuestión debatida: *Se funda en que la Abog. E.B. al interponer el recurso ya no contaba con la personería reconocida e intervención legal para estar en juicio, pues quien se ha presentado a estar en juicio con posterioridad a su intervención fue la Abog. G.B., reconociéndosele su personería.*

PROCESO LABORAL. Reconocimiento de Personería en el Proceso laboral.

La presentación de otro profesional pidiendo el reconocimiento de su personería, y su admisión por el Juzgado o Tribunal, importa la cancelación de la personería anteriormente reconocida.

PROCESO LABORAL. Reconocimiento de Personería en el Proceso laboral.

La intervención en forma promiscua, desordenada, no está permitida; ya que si se la consintiera, el apoderado no asumiría las responsabilidades en la forma prevista por el art.61 del CPC, y tampoco con el alcance que establece al disponer que, admitida la personería del apoderado, sus actos obligan al poderdante como si él personalmente los practicare.

PROCESO LABORAL. Reconocimiento de Personería en el Proceso laboral.

El efecto que produce la admisión de la personería es trascendente dentro del proceso por las consecuencias jurídicas que ella importa ante lo reglado en el art.61 del CPC... de allí que por las graves consecuencias la admisión de la personería debe ser materia de decisión expresa del Juzgado o Tribunal, descartándose su admisión tácita.

PROCESO LABORAL. Reconocimiento de Personería en el Proceso laboral.

El profesional del derecho se supone conoce de las exigencias legales, para solicitar y urgir del Juzgado o Tribunal la admisión o reconocimiento de su personería; su omisión o negligencia a este respecto no podría ser suplida en forma tácita.

PROCESO LABORAL. Reconocimiento de Personería en el Proceso laboral.

No se debe confundir una cuestión procesal, como la presente, con una cuestión de fondo, atiente a las reglas del mandato establecida en el Código Civil. Es más, en el orden de la representación procesal, se debe hacer constar quien tiene la dirección o patrocinio de la gestión profesional, y quien ejerce la procuración; incluso, la participación ocasional.

PROCESO LABORAL. Reconocimiento de Personería en el Proceso laboral. PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. RECURSO DE APELACION. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

El Auto Interlocutorio citado no constituye una resolución originaria de este Tribunal para que por vía de apelación pueda recurrirse ante la Corte Suprema de Justicia,... en este sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, al declarar mal concedido un recurso interpuesto contra un auto que lo concediera...por lo que corresponde denegar el recurso de apelación interpuesto.

Tapel. en lo Laboral. Sala 1. 12/08/11. "Juicio: Mario Fernando León Scappini c/ Grupo San Miguel S.A. y Aida Teresa Bilbao y responsable s/cobro de guaraníes en diversos conceptos (A.I.Nº 356).

Asunción, 12 de agosto de 2011.

VISTO: Los recursos de reposición y apelación interpuestos por las Abogadas Elida Barrios Sánchez y Gloria Bordón Zorondo (fs. 274/276) contra el A.I. Nº 241 del 8 de junio de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación del Trabajo Primera Sala, y;

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL MAGISTRADO RAFAEL CABRERA RIQUELME: Que, las abogadas Elida Barrios Sánchez y Gloria Bordón Zorondo en el escrito presentado a fs.274/276, interponen recurso de reposición y apelación contra el

A.I.N° 241 del 8 de junio de 2011 (fs. 271/271vltto.) dictado por este Tribunal, resolución que dispuso: “1°) DECLARAR MAL CONCEDIDO el recurso de apelación interpuesto por la abogada ELIDA ELIZABETH BARRIOS SANCHEZ contra la S.D. N° 212 del 15 de noviembre de 2010, de conformidad con lo expuesto en el considerando de la presente resolución. 2°)ANOTAR,...”.

Que lo decidido precedentemente se funda en que la Abog. Elida E. Barrios S. al interponer el recurso ya no contaba con la personería reconocida e intervención legal para estar en juicio; pues, quien se ha presentado a estar en juicio con posterioridad a su intervención fue la Abog. Gloria Bordón, reconociéndosele su personería.

La presentación de otro profesional pidiendo el reconocimiento de su personería, y su admisión por el Juzgado o Tribunal, importa la cancelación de la personería anteriormente reconocida.

La intervención en forma promiscua, desordenada, no está permitida; ya que si se la consintiera, el apoderado no asumiría las responsabilidades en la forma prevista por el Art.61 del CPC, y tampoco con el alcance que establece al disponer que, admitida la personería del apoderado, sus actos obligan al poderdante como si él personalmente los practicare.

El efecto que produce la admisión de la personería es trascendente dentro del proceso por las consecuencias jurídicas que ella importa ante lo reglado por el Art. 61 citado, que en lo pertinente, sobre la admisión de la personería, de modo claro y expreso establece: “admitida su personería, el apoderado asume todas las responsabilidades que las leyes le imponen y sus actos obligan al poderdante como si él personalmente los practicare”; de allí que por las graves consecuencias la admisión de la personería debe ser materia de decisión expresa por el Juzgado o Tribunal, descartándose su admisión tácita.

Cabe agregar que para la admisión de la personería debe mediar solicitud de parte y resolución del Juzgado o Tribunal admitiéndola o desestimándola en el caso del Art.23 del CPC. El profesional del Derecho se supone conoce de las exigencias legales, para solicitar y urgir del Juzgado o Tribunal la admisión o reconocimiento de su personería; su omisión o negligencia a este respecto no podría ser suplida en forma tácita.

En el presente caso, la recurrente no ha vuelto a solicitar el reconocimiento de su personería ante su cancelación por la presentación y admisión de la personería de la otra profesional; subsistiendo por ello la personería de esta con las

responsabilidades que las leyes le imponen, como la obligación de seguir el juicio mientras no haya cesado la personería que le fue admitida(Art.62 inc. b) CPC).

No se debe confundir una cuestión procesal, como la presente, con una cuestión de fondo, atinente a las reglas del mandato establecida por el Código Civil. Es más, en el orden de la representación procesal, se debe hacer constar quién tiene la dirección o patrocinio de la gestión profesional y quien ejerce la procuración; incluso, la participación ocasional.

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto, el recurso de reposición debe ser desestimado.

Por otro lado, el Auto Interlocutorio citado no constituye una resolución originaria de este Tribunal para que por vía de apelación pueda recurrirse ante la Corte Suprema de Justicia, tal como lo prevé el Art.37 Inc. "a" del CPT; de aplicación conforme al Art.14 de la Ley N° 609/95, que Organiza la Corte Suprema de Justicia. En este sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, al declarar mal concedido un recurso interpuesto contra un auto que lo concediera (A.I. N° 1.573 del 23-XI-10). En consecuencia, corresponde denegar el recurso de apelación interpuesto.

POR TANTO, el TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL TRABAJO, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1°) NO HACER LUGAR al recurso de reposición interpuesto por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

2°) DENEGAR el recurso de apelación interpuesto, por improcedente.

3°) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Rafael Cabrera Riquelme, Marité Espínola de Argaña, Angel Daniel Cohene.

Ante mí: Modesto Meza. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 90

Cuestión debatida: *Se solicita se indiquen la tasa de interés y los momentos de inicio del corrimiento de dichos intereses correspondientes a los capitales admitidos.*

INTERESES. Intereses moratorios. Plazos.

Los intereses se deben a partir de la mora en que incurre el deudor; en el caso del empleador obligado a pagar los salarios o aguinaldos desde el incumplimiento al momento que establece el Código del Trabajo abonarlos hasta su efectivo pago o las vacaciones desde el momento que las debe compensar en dinero producida la terminación de la relación laboral o las indemnizaciones por despido desde el momento del despido.

INTERESES. Intereses moratorios. Plazos.

Desde las fechas de nacimiento de cada una de las obligaciones incumplidas por el empleador...al ser planteada la demanda, de modo expreso fueron solicitados. Y el porcentaje es de 2,5% mensual sobre las obligaciones incumplidas.

Tapel. en lo Laboral. Sala 1. 19/09/11. “Félix Argaña c/ Restaurante Portofino SRL S/ cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 90).

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear la siguiente;

CUESTIÓN:

¿Es procedente la aclaratoria interpuesta?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: RAFAEL CABRERA RIQUELME, MARITÉ ESPÍNOLA y ANGEL R. DANIEL COHENE.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO RAFAEL CABRERA RIQUELME, DIJO: La parte actora se presenta a fs. 155 a interponer recurso de aclaratoria expresando, entre otras cosas, que: “La resolución condena a la demandada a abonar los intereses pero omite precisar las bases para su posterior liquidación, por lo que solicitamos respetuosamente que se indiquen la tasa de interés y los momentos de inicio del corrimiento de dichos intereses correspondientes a los capitales admitidos.... La necesidad de la aclaratoria se refuerza en este caso concreto, atendiendo a la jurisprudencia del Juzgado de Primera Instancia del Cuarto Turno, el que sigue sosteniendo que el tiempo de corri-

miento recién se inicia desde que la sentencia queda firme y ejecutoriada (ver, p.e., la S.D. N° 096, del 03/06/2010, en este mismo proceso), en contra de la jurisprudencia de ambas Salas del Tribunal de Apelación del Trabajo, que afirma, con toda justicia, que el momento del comienzo es el del vencimiento del plazo legal que tiene el empleador para pagar su obligación patronal principal. Así, el vencimiento del plazo para pagar salarios se da cada fin de mes; para abonar las indemnizaciones, el día del despido, etc.” (fs. 155). Termina peticionando se aclare la resolución recurrida, en el sentido de precisar las bases (tasa y fechas de inicio y terminación del tiempo de corrimiento) de la liquidación de los intereses.

Ante el recurso interpuesto, corresponde señalar que es de conocimiento elemental que los intereses se deben a partir de la mora en que incurre el deudor; en el caso del empleador obligado a pagar los salarios o aguinaldos desde el incumplimiento al momento que establece el Código del Trabajo abonarlos hasta su efectivo pago o las vacaciones desde el momento que las debe compensar en dinero producida la terminación de la relación laboral o las indemnizaciones por despido desde el momento del despido. Es decir, desde las fechas de nacimiento de cada una de las obligaciones incumplidas por el empleador. Más aún en razón de que al ser planteada la demanda de modo expreso fueron solicitados. Y el porcentaje es del 2,5 % mensual sobre las obligaciones incumplidas. En este sentido se ha expedido el Tribunal en fallos anteriores.

De conformidad con lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de aclaratoria interpuesto. Es mi voto.

A SUS TURNOS, los Magistrados MARITÉ ESPÍNOLA y ANGEL R. DANIEL COHENE se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN DEL TRABAJO, PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1°) HACER LUGAR al recurso de aclaratoria interpuesto, de conformidad con lo expuesto en el considerando de la presente resolución. 2°) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

JURISPRUDENCIA

Magistrados: Marité Espínola, Angel R. Daniel Cohene y Rafael Cabrera Riquelme.

Ante mí: Modesto Meza, Actuario Judicial.

