



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año 2010 – Número 4



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, fotocopiadoras, 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° 4

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

GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.

Primera edición 2010: 1.000 ejemplares

MINISTRO DIRECTOR DE LA DILP:

VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Ministro de la Corte Suprema de Justicia

COORDINACIÓN GENERAL – GACETA JUDICIAL:

Abog. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

Abog. NATALIA MUÑOZ CARMAN

EQUIPO DE ELABORACIÓN:

Abog. SUSANA GÓMEZ FLEITAS

Abog. NATALIA MUÑOZ CARMAN

JUAN PÁEZ ACOSTA

FREDDY CAÑIZA

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

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

ISBN: 978-99953-.....

PRÓLOGO

Estamos finalizando un nuevo año con la satisfacción del trabajo cumplido. A inicios de este año nos hemos trazado objetivos bien delineados, entre los que se destacan: la periodicidad en las publicaciones de la revista, realizándolas de manera trimestral, en segundo lugar y no menos importante mantuvimos como criterio permanente lo substancioso en cuanto al contenido de los fallos, con jurisprudencias seleccionadas y analizadas de la Corte Suprema de Justicia de sus tres salas y de los Tribunales de Apelación de todas las salas y fueros de la capital. Es nuestro principal objetivo para el año 2011 tener acceso a las jurisprudencias de los Tribunales de Apelación de las otras circunscripciones judiciales del Poder Judicial, descentralizando el trabajo de la capital, logrando integrar y acercar al público de cada zona y, en general, publicaciones que abarquen el producto de análisis jurídico del total o al menos de la mayoría de magistrados de la República.

Desmenuzando el contenido del numeral 4 de la Gaceta Judicial, en la primera parte encontramos un rico aporte doctrinal atinente a Daños y Derecho de Familia, seguidamente se observan los fallos clasificados vg: en el área penal, situación que atañe a la correcta utilización del recurso de casación en lo que se refiere al plazo, requisitos y procedencia del mismo. En el plano de la Niñez y Adolescencia han sido seleccionadas resoluciones emblemáticas, como: filiación, asistencia alimenticia, pérdida de la patria potestad, etc., fallos en lo Civil y Comercial, en el plano administrativo vg: la Ley N° 1.626/2000 y la interpretación sobre los derechos adquiridos de los funcionarios públicos por su antigüedad, en qué casos procede y en qué casos no se reconoce como tal.

Para finalizar, podemos concluir que somos conscientes de que nuestra tarea recién empieza a caminar, sumada a la gran aceptación de nuestro prestigioso público lector, se encuentra condicionada nuestra labor a la de seguir mejorando en cantidad y calidad.

Equipo de Coordinación.

CONTENIDO

1. PRÓLOGO	7
2. ÍNDICES	
Índice Temático	17
Índice por Tribunales	23
3. DOCTRINA	
Algunos casos de daños derivados del derecho de familia, <i>por</i> <i>Alberto Martínez Simón</i>	29
4. JURISPRUDENCIA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base del cálculo para la regula- ción de honorarios. (CSJ, Sala Civil y Comercial. 11-03-10. A. I. N° 221)	51
RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de casación/ PROCESO PENAL. Extinción del proceso penal/ NOTIFICACIÓN. Principios Generales. Efectos de la notifica- ción. (CSJ, Sala Penal. 12-03-10. Ac. y Sent. N° 72)	54
RECURSO DE CASACIÓN. Control de logicidad y legalidad/ SEN- TENCIA. Vicios de la Sentencia. (CSJ, Sala Penal. 23-03-10. Ac. y Sent. N° 81).	61
PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN/ PRUEBA/ RECURSO DE CASA- CIÓN. Principios generales. Reenvío en el recurso de casación. (CSJ, Sala Penal. 23-03-10. Ac. y Sent. N° 82)	67
DAÑOS Y PERJUICIOS. Principios generales. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito. Responsabilidad por daños y perjui- cios. Responsabilidad objetiva. Valuación de los daños. Daño moral/ MEDIDA CAUTELAR/ REGULACIÓN DE HONORARIOS.	

CONTENIDO

Honorarios profesionales/ SENTENCIA. Ejecución de Sentencia. (CSJ, Sala Civil y Comercial. 23-03-10. A. y Sent. N° 83)	72
FUNCIONARIO PÚBLICO. Renuncia de funcionario público. Jubilación del Funcionario Público. Estabilidad del funcionario público. (CSJ, Sala Penal. 25-03-10. Ac. y Sent. N° 94)	86
PRUEBA. Legalidad de la prueba. Nulidad de la prueba/ DERECHOS FUNDAMENTALES. (CSJ, Sala Constitucional. 11-06-10. Ac. y Sent. N° 293)	94
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL	
INCIDENTE. Incidente de nulidad/ NOTIFICACIÓN (TApel. Civ. y Com., Primera Sala. 20-05-10. A.I. N° 242)	101
CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia/ RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación Concesión del recurso de apelación/ JUICIO EJECUTIVO. Reconocimiento de firmas. (TApel. Civ. y Com., Primera Sala. 26-05-10. A.I. N° 266)	106
SEGURO. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro. Indemnización del asegurado. Denuncia del siniestro/ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa. (TApel. Civ. y Com., Primera Sala. 31-03-10. Ac. y Sent. N° 14)	113
PRESCRIPCIÓN. Excepción de la prescripción. Prueba de la prescripción. BUENA FE/ MARCA. Nulidad de marca/ LEY. Aplicación de la ley (TApel. Civ. y Com., Segunda Sala. 31-03-10. Ac. y Sent. N° 23)	123
SENTENCIA. Nulidad de la sentencia/ MENSURA Y DESLINDE/ REIVINDICACIÓN. Acción reivindicatoria. (TApel. Civ. y Com., Segunda Sala. 15-03-10. Ac. y Sent. N° 28)	129
CADUCIDAD DE INSTANCIA. Interrupción de la caducidad/ RECUSACIÓN. (TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 12-03-10 A.I. N° 107)	139
ALEGATOS. Suspensión de la etapa siguiente/ PRUEBA. (TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 12-03-10. A.I. N° 108)	141
CADUCIDAD DE INSTANCIA. Cómputo. Feria judicial. Disposición judicial. (TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 18-03-10. A.I. N° 117)	145

CONTENIDO

LEGITIMACIÓN/ COMPRAVENTA. Objeto de la compraventa. Nulidad de la compraventa/ REIVINDICACIÓN. Acción reivindicatoria. (TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 02-06-10. Ac. y Sent. N° 44)	150
SENTENCIA. Motivación de la sentencia. Nulidad de la sentencia/ MANDATO. Contrato de mandato. Efectos del mandato/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización por daños y perjuicios. Prueba de daños y perjuicios. (TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 03-06-10. Ac. y Sent. N° 45)	160
MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial/ SEGURO. Denuncia del siniestro. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro. Indemnización del asegurado/ Vencimiento de la obligación del asegurador/ PRUEBA DOCUMENTAL. Instrumentos privados provenientes de terceros/ CONTRATO. Cumplimiento del contrato/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante. Daño moral. (TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 14-06-10. Ac. y Sent. N° 50)	170
DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito. Responsabilidad subjetiva. Dolo/ SENTENCIA. Sentencia absolutoria. (TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 29-06-10. Ac. y Sent. N° 56)	183
RECURSOS. Admisibilidad. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 08-04-10. A. I. N° 184)	209
MEDIDA CAUTELAR. Caducidad de las medidas cautelares/ HIPOTECA. Ejecución de la hipoteca. Acreedor hipotecario/ INCIDENTE. Incidente de nulidad. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 16-04-10. A. I. N° 217)	212
RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja/ PRUEBA. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 26-04-10. A. I. N° 237)	223
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios/ SUCESIÓN (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 27-04-10. A. I. N° 242)	226
REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios. Regulación en segunda instancia/ DIVORCIO. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 27-04-10. A. I. N° 243) .	230

CONTENIDO

QUERRELLA. Responsabilidad en la querrella. Desistimiento y abandono de la querrella/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral/ MAGISTRADO. Facultades del magistrado. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 27-04-10. Ac. Sent. N° 40).....	232
DIVORCIO. Causas de divorcio. Sevicia, malos tratos e injurias graves/ COSTAS. Costas en el orden causado/ REGULACIÓN DE HONORARIOS/ VIOLENCIA FAMILIAR. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 04-05-10. Ac. Sent. N° 45).....	238
DIVORCIO. Causas de divorcio. Adulterio, Sevicia, malos tratos e injurias graves. Prueba en el juicio de divorcio. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 04-05-10. Ac. Sent. N° 48)	248
PAGARÉ. Prueba del pagaré/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios/ INFORMACIÓN PRIVADA. Inforconf/ PRUEBA. Apreciación de la prueba. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 02-06-10. Ac. Sent. N° 57)	255
OBLIGACIONES PROPTER REM/ PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 04-06-10. Ac. Sent. N° 59)	266
SEGURO. Denuncia del siniestro. Plazo en el contrato de seguro. Informaciones incompletas o falsas en el contrato de seguro. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro/ MUNICIPALIDAD. Ordenanzas, reglamentos y resoluciones. Sanciones municipales/ PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial. Fuerza probatoria/ PRUEBA DOCUMENTAL. (TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 25-06-10. Ac. Sent. N° 80)	270
CADUCIDAD DE INSTANCIA. Carga de elevación al tribunal./ RECURSOS Concesión del recurso. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 16-02-10. A. I. N° 42).....	279
RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 03-03-10. A. I. N° 98)	280
COSTAS. Principios generales/ EXCEPCIÓN. Costas en la excepción. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 04-03-10. A. I. N° 109).....	282
EXCEPCIÓN. Excepción como medio general de defensa. Procedimiento de la excepción. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 25-03-10. A.I. N° 182).....	285

CONTENIDO

EXCEPCIÓN. Procedimiento de la excepción/ EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. Prueba de la excepción de la inhabilidad de título/ TARJETA DE CRÉDITO/ CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 18-02-10.Ac. y Sent. N° 8)	288
EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Retención de inmueble. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 27-04-10. Ac. y Sent. N° 32)	292
RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia del recurso de aclaratoria/ SEGURO. Póliza. Alcance del contrato de seguro. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro. Plazo en el contrato de seguro/ LEY. Aplicación de la ley. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 06-05-10. Ac. y Sent. N° 38) .	296
MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ ACCIÓN DE REPETICIÓN. (TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 14-05-10. Ac. y Sent. N° 39)	302
PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción/ RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia del recurso de aclaratoria. (TApel. Civ. Y Com., Quinta Sala. 14-05-10. Ac. y Sent. N° 40)	310
TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	
FILIACIÓN. Efectos de la filiación. Reconocimiento de filiación. Procedimiento para la filiación/ MEDIDA JUDICIAL/ PRUEBA DE PERITOS. ADN/ REGULACIÓN DE HONORARIOS/ COSTAS. Costas al vencido. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 10-05-10. A.I. N° 166)	317
ALIMENTOS/EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA. Procedencia de la excepción de incompetencia/ RECURSO DE ACLARATORIA/ COSTAS. Costas en el orden causado. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 23-08-10. A.I. N° 352)	323
ALIMENTOS. Modificación del Quántum. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 04-06-10. Ac. y Sent. N° 77)	328

CONTENIDO

ALIMENTOS. Modificación del cuántum. Caudal de alimentante. Base del cálculo para la fijación de asistencia alimenticia/ ABOGADO. Aplicación de sanciones. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 08-06-10. Ac. y Sent. N° 81)	330
ALIMENTOS. Disminución de alimentos. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 09-07-10. Ac. y Sent. N° 107)	337
ALIMENTOS. Suspensión de la asistencia alimenticia/ GUARDA. Derechos y obligaciones del guardador/ ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 16-07-10. Ac. y Sent. N° 110)	341
MEDIDA CAUTELAR/ ACCIÓN DE AMPARO/ RECURSO DE NULIDAD. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 03-08-10. Ac. y Sent. N° 133)	347
CADUCIDAD DE LA INSTANCIA/ ALIMENTOS. Naturaleza jurídica. Proceso. Cesación de alimentos. Disminución de alimentos. Base del cálculo para la fijación de asistencia alimenticia. Beneficiario de alimentos. (TApel. De la Niñez y Adolescencia. 06-08-10. Ac. y Sent. N°140)	355
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL	
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la educación/ HUELGA. Requisito de la huelga. Declaración de ilegalidad de la huelga. Calificación de la huelga/ INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/ ESTADO DE DERECHO. Facultades del Estado. (TApel. en lo Laboral. Primera Sala. 30-07-10. Ac. y Sent. N° 62)	363
RECURSO DE ACLARATORIA. (TApel. en lo Laboral. Primera Sala. 17-08-10. Ac. y Sent. N° 71)	373
Fe de errata	
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la identidad/ ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS. Registro del	

CONTENIDO

Estado Civil de las Personas/ FILIACIÓN. Prueba de la filiación. Reclamación de estado/ ADOPCIÓN. Declaración de estado de adopción. (TApel. de la Niñez y Adolescencia. 07-04-10. Ac. y Sent. Nº 37)	376
--	-----

ÍNDICE TEMÁTICO

- ABOGADO**, p. 331
 - Aplicación de sanciones, p. 331
- ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD**, p. 341
- ACCIÓN DE AMPARO**, p. 347
- ACCIÓN DE REPETICIÓN**, p. 302
- ADOPCIÓN**, p. 377
 - Declaración de estado de adopción, p. 377
- ALEGATOS**, p. 141
 - Suspensión de la etapa siguiente, p. 141
- ALIMENTOS**, pp. 324, 328, 330, 331, 337, 341, 355, 356
 - Base del cálculo para la fijación de asistencia alimenticia, pp. 331, 356
 - Beneficiario de alimentos, p. 356
 - Caudal de alimentante, p. 330
 - Cesación de alimentos, pp. 355, 356
 - Disminución de alimentos, pp. 337, 355
 - Modificación del quantum, pp. 328, 330
 - Naturaleza jurídica, p. 356
 - Proceso, p. 356
 - Suspensión de la asistencia alimenticia, p. 341
- BUENA FE**, p. 123
- CADUCIDAD DE INSTANCIA**, pp. 106, 107, 139, 145, 146, 279, 355
 - Carga de elevación al tribunal, p. 279
 - Cómputo, pp. 145, 146
 - Disposición judicial, p. 145
 - Feria judicial, pp. 145, 146
 - Interrupción de la caducidad, p. 139

ÍNDICE TEMÁTICO

- Procedencia de la caducidad de instancia, pp. 106, 107
- COMPRAVENTA**, pp. 150, 151
 - Nulidad de la compraventa, p. 151
 - Objeto de la compraventa, pp. 150, 151
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY**, pp. 114, 363, 376
 - Derecho a la defensa, p. 114
 - Derecho a la educación, p. 363
 - Derecho a la identidad, p. 376
- CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE**, p. 289
- CONTRATO**, p. 171
 - Cumplimiento del contrato, p. 171
- COSTAS**, pp. 239, 282, 318, 324
 - Costas al vencido, p. 318
 - Costas en el orden causado, p. 239, 324
 - Principios generales, p. 282
- DAÑOS Y PERJUICIOS**, pp. 72, 161, 171, 183, 184, 233, 234, 255
 - Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios, p. 183
 - Daño moral, pp. 72, 171, 233, 234
 - Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito, pp. 72, 183, 184
 - Dolo, p. 184
 - Indemnización por daños y perjuicios, p. 161
 - Lucro cesante, p. 171
 - Principios generales, p. 72
 - Prueba de daños y perjuicios, pp. 161, 255
 - Responsabilidad objetiva, p. 72
 - Responsabilidad por daños y perjuicios, p. 72
 - Responsabilidad subjetiva, pp. 183, 184
 - Valuación de los daños, p. 72
- DERECHOS FUNDAMENTALES**, p. 94
- DIVORCIO**, pp. 230, 238, 239, 249, 250
 - Adulterio, p. 249
 - Causas de divorcio, pp. 238, 239, 249, 250
 - Prueba en el juicio de divorcio, pp. 249, 250
 - Sevicia, malos tratos e injurias graves, pp. 238, 239, 249
- ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS**, p. 376

ÍNDICE TEMÁTICO

- Registro del Estado Civil de las Personas, p. 376
- ESTADO DE DERECHO**, pp. 364, 365
 - Facultades del Estado, pp. 364, 365
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN**, p. 292
 - Retención de inmueble, p. 292
- EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA**
 - Procedencia de la excepción de incompetencia, pp. 323, 324
- EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO**, p. 288
 - Procedencia de la excepción de inhabilidad de título, p. 288
 - Prueba de la excepción de la inhabilidad de título , p. 288
- EXCEPCIÓN**, pp. 282, 285, 288
 - Costas en la excepción, p. 282
 - Excepción como medio general de defensa, p. 285
 - Procedimiento de la excepción, p. 285, 288
- FILIACIÓN**, pp. 317, 318, 377
 - Efectos de la filiación, p. 317
 - Procedimiento para la filiación, p. 317
 - Prueba de la filiación, p. 377
 - Reclamación de estado, p. 377
 - Reconocimiento de filiación, p. 317
- FUNCIONARIO PÚBLICO**, p. 86
 - Estabilidad del funcionario público, p. 86
 - Jubilación del funcionario público, p. 86
 - Renuncia de funcionario público, p. 86
- GUARDA**, p. 341
 - Derechos y obligaciones del guardador, p. 341
- HIPOTECA**, pp. 212, 213
 - Acreeedor hipotecario, p. 212
 - Ejecución de la hipoteca, pp. 212, 213
- HUELGA**, pp. 363, 364
 - Calificación de la huelga, p. 364
 - Declaración de ilegalidad de la huelga, pp. 363, 364
 - Requisito de la huelga, p. 363
- INCIDENTE**, pp. 101, 212
 - Incidente de nulidad, pp. 101, 212

- INFORMACIÓN PRIVADA**, p. 255
 - Inforconf , p. 255
- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**, p. 364
- JUICIO EJECUTIVO**, p. 107
 - Reconocimiento de firmas, p. 107
- LEGITIMACIÓN** , p. 150
- LEY**, pp. 124, 296
 - Aplicación de la ley, pp. 124, 296
- MAGISTRADO**, pp. 170, 234, 302
 - Facultades del magistrado, pp. 170, 234, 302
- MANDATO**, pp. 160, 161
 - Contrato de mandato, p. 160
 - Efectos del mandato, p. 160
- MARCA**, pp. 123, 124
 - Nulidad de marca, pp. 123, 124
- MEDIDA JUDICIAL**, p. 317
- MEDIDA CAUTELAR**, pp. 72, 212, 213, 347
 - Caducidad de la medida cautelar, pp. 212, 213
- MENSURA Y DESLINDE**, pp. 129, 130
- MUNICIPALIDAD**, p. 271
 - Ordenanzas, reglamentos y resoluciones, p. 271
 - Sanciones municipales, p. 271
- NOTIFICACIÓN**, p. 55, 101
 - Efectos de la notificación, p. 55
 - Principios generales, p. 55
- OBLIGACIONES PROPTER REM**, p. 266
- PAGARÉ**, p. 255
 - Prueba del pagaré, p. 255
- PRESCRIPCIÓN**, pp. 123, 266, 310
 - Excepción de prescripción, pp. 123, 266
 - Ley aplicable a la prescripción, p. 310
 - Prueba de la prescripción, p. 123
- PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN**, p. 67
- PROCESO PENAL**, p. 54
 - Extinción del proceso penal, p. 54

ÍNDICE TEMÁTICO

- PRUEBA DE PERITOS**, pp. 170, 271, 317
 - Adn, p. 317
 - Dictamen pericial, pp. 170, 171
 - Fuerza probatoria, p. 271
- PRUEBA DOCUMENTAL**, pp. 172, 272
 - Instrumentos privados provenientes de terceros, p. 171
- PRUEBA**, pp. 67, 94, 141, 223, 255
 - Apreciación de la prueba, p. 255
 - Legalidad de la prueba, p. 84
 - Nulidad de la prueba, p. 94
- QUERELLA**, pp. 233, 234
 - Desistimiento y abandono de la querella, p. 233
 - Responsabilidad en la querella, pp. 233, 234
- RECURSO DE ACLARATORIA**, pp. 280, 296, 310, 324, 373
 - Admisibilidad y procedencia del recurso de aclaratoria, pp. 280, 296, 310
- RECURSO DE APELACIÓN**, p. 106
 - Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación , p. 106
 - Concesión del recurso de apelación, p. 106
- RECURSO DE CASACIÓN**, pp. 54, 61, 68
 - Admisibilidad y procedencia del recurso de casación, p. 54
 - Control de logicidad y legalidad, p. 61
 - Motivo del recurso de casación, p. 61
 - Principios generales, p. 68
 - Reenvío en el recurso de casación, p. 68
- RECURSO DE NULIDAD**, p. 347
- RECURSO DE QUEJA**, p. 223
 - Procedencia del recurso de queja, p. 223
- RECURSOS**, pp. 209, 279
 - Admisibilidad, p. 209
 - Concesión del recurso, p. 279
- RECUSACIÓN**, p. 139
- REGULACIÓN DE HONORARIOS**, pp. 51, 72, 226, 230, 239, 318
 - Base del cálculo para la regulación de honorarios, pp. 51, 226, 230
 - Honorarios profesionales, p. 72
 - Regulación en segunda instancia, p. 230

ÍNDICE TEMÁTICO

REIVINDICACIÓN, pp. 130, 151

Acción reivindicatoria, pp. 130, 151

SEGURO, pp. 113, 114, 170, 171, 272, 296, 297

Alcance del contrato de seguro, pp. 296, 297

Denuncia del siniestro, pp. 114, 170, 272

Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro , pp. 113, 170, 271, 296

Indemnización del asegurado, pp. 114, 170

Informaciones incompletas o falsas en el contrato de seguro, p. 271

Plazo en el contrato de seguro, pp. 271, 296

Póliza, p. 296

Vencimiento de la obligación del asegurador, p. 170

SENTENCIA, pp. 61, 72, 129, 160, 184

Ejecución de Sentencia, p. 72

Motivación de la sentencia, p. 160

Nulidad de la sentencia, pp. 129, 160

Sentencia absolutoria, p. 183

Vicios de la sentencia, p. 61

SUCESIÓN, p. 226

TARJETA DE CRÉDITO, pp. 288, 289

VIOLENCIA FAMILIAR, p. 240

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Civil y Comercial

- 11-03-10. “Reg. de Hon. Prof. del Abog. Fabrice Turboux en los Autos: Juan C. González y otra s/ Convocatoria de Acreedores” (A. I. N° 221) 51
- 23-03-10. “Rafael Hidalgo Ortiz c/ Tania Luisa López Coronel s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 83) 72

Sala Constitucional

- 11-06-10. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Juan Claudio Gaona Cáceres y Rubén Melgarejo Lanzón s/ Soborno, Extorsión en grado de tentativa, cohecho pasivo agravado”. Año 2008-N° 799 (Ac.y Sent. N° 293) 94

Sala Penal

- 12-03-10. “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Abog. Rafael Gorostiaga Saguier en los autos: “Nelson Rubén Mendoza Osorio s/Homicidio Doloso” (Ac. y Sent. N° 72) CSJ, Sala Penal.
- 23-03-10. “Oscar Emilio Portillo Trinidad s/ Homicidio Culposo” (Ac. y Sent. N° 81) 61
- 23-03-10. “Fidel Coronel Carneiro s/Homicidio Doloso” (Ac. y Sent. N° 82) 67
- 25-03-10. “Mirta Lucía Villalba de González contra Decreto N° 5155 de fecha 22 de abril de 2005, dictado por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 94) 86

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

Primera Sala

20-05-10. “Comercial Importadora Productora y Exportadora S.A. (C.I.P.E.S.A.) c/ Roberto Francisco Zacarías Pereira s/ acción preparatoria de juicio ejecutivo” (A.I. N° 242)	101
26-05-10. “Rubén Caballero c/ Rodolfo Torres Gómez y otros s/ Acción Preparatoria de juicio ejecutivo” (A.I. N° 266)	106
31-03-10. “Gladys Alba Vázquez c/ La Agrícola S.A. de Seguros Generales s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 14)	113

Segunda Sala

31-03-10. “Philip Morris Brasil S.A. c/ Tabacalera Boquerón S.A. s/ nulidad del registro N° 198.713 de la marca “LS y Etiqueta”. Clase 34 de fecha 11 diciembre de 1997. (Ac. y Sent. N° 23)	123
15-03-10 “Rosa Isabel Zaracho c/ Iluminada Cabrera, Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña s/ Nulidad de Título y Reivindicación de Partición de inmueble” (Ac. y Sent. N° 28)	129

Tercera Sala

12-03-10 “R.H.P. del Abg. Ignacio Pane en el juicio: Juan Carlos Britos Villate c/ Silvia Leticia González Chamorro s/ cobro de guaraníes”. (A.I. N° 107)	139
12-03-10. “Tercería de dominio planteada por Bruno M. Castiglioni en los autos: Gertrudis y Rodríguez de Cristaldo c/ Luis R. Quezada s/ juicio ejecutivo” (A.I. N° 108)	141
TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 18-03-10. “M.J.S. C. c/ M.de F. A. S s/ Divorcio a petición de una sola parte” (A.I. N° 117)	145
02-06-10. “Arnaldo Burgos Rodas c/ Dionisio Castillo Duarte s/ Nulidad de acto jurídico y otros” (Ac. y Sent. N° 44)	150
03-06-10. “Amarildo Saguier c/ Asociación Rural del Paraguay s/ rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 45)	160
14-06-10. “Cayetano Bogado Toledo c/ El Comercio Paraguayo S.A. s/ cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 50)	170

ÍNDICE POR TRIBUNALES

29-06-10. “Ricardo Recalde c/ Grandes Tiendas de Asunción La Riojana S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 56)	183
---	-----

Cuarta Sala

08-04-10. “Elba Valdez c/ Augusto Cesar Passow Denis y otros s/ Usucapión” (A. I. N° 184)	209
16-04-10. “BNT c/ Luis A. Sarquis Cuquejo y otra s/ Ejecución Hipotecaria” (A. I. N° 217)	212
26-04-10. “Queja por recurso denegados interpuesto por Ursino Torres Lopez en Grupo Bimbo S.A: de C.V. c/ Ursino Torres s. Nulidad del Registro N° 276.403 de la marca “Mariela – Clase 30” (A. I. N° 237)	223
27-04-10. “Regulación de honorarios profesionales del Abogado Aníbal Benítez Rivas en el juicio: C. M. de G. s/ sucesión” (A. I. N° 242)	226
27-04-10. “Regulación de honorarios profesionales de la abogada Olga Recalde Peters en el expediente: “D. F. G. c/ L. M. V. G. s/ Divorcio a Petición de una sola de las partes” (A. I. N° 243)	230
27-04-10. “José César Báez Samaniego c/ Euclides Acevedo s/ Indemnización de daño moral” (Ac. y Sent. N° 40)	232
04-05-10. “R.J. A.V c/ M. del C. P. P. s/ Divorcio a petición de una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 45)	238
04-05-10. “J.M.V.M. c/ E.G.D.B s/ Divorcio a petición de una sola de las partes” (Ac. y Sent. N° 48)	248
02-06-10. “Ricardo Omar Cabrera c/ Núcleo S.A. y otros s/ Indemnización de Daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 57)	255
04-06-10. “Jorge Ismael Yódice Ferreira c/ Lucio Gómez Frankauser y otros s/ Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 59)	266
25-06-10. “Francisco Javier Arce Rolón c/ Mapfre S.A. s/ Cumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 80)	270

Quinta Sala

16-02-10. “RHP Aldo Julián Moreno Cáceres en el juicio Delio Bordón c/ Aide Aguilera Rufinelli y Armando Cirilo Esquivel s/ Usucapión” (A. I. N° 42)	279
--	-----

ÍNDICE POR TRIBUNALES

03-03-10. “Edeltraud Kneifel c/ Uwe Hans Richard Hoffmann s/ Acción ejecutiva” (A. I. N° 98)	280
04-03-10. “Petronio Aguiar y Jorgelina Ortiz de Aguiar c/ La Municipalidad de Asunción y otros s/ Indemnización de Daños y perjuicios” (A. I. N° 109)	282
25-03-10. “Queja por recursos denegados interpuestos por los abogados Nelson Javier Mancuello Chaparro y Dinisio Mancuello López en los autos: “Nelson Hugo Melgarejo Duarte c/ Nelson Javier Mancuello Chaparro y otro s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (A. I. N° 182)	312
18-02-10. “Interbanco S.A. c/ Aurora Wasmosy de Ayub y otros s/ Preparación de acción ejecutiva ” (Ac. y Sent. N° 8)	288
27-04-10. “José Esteban Peña Bado c/ Entidad Binacional Yacyretá s/ Retención de inmueble ” (Ac. y Sent. N° 32)	292
06-05-10. “Antell Comunicaciones S.S. c/ Grupo General de Seguros S.A. s/ cumplimiento de contrato y demanda ordinaria por cobro de guaraníes” (Ac. y Sent. N° 38)	296
14-05-10. “Osvaldo Molinas Casartelli c/ Alicia N. Molinas Casartelli s/ Repetición de lo pagado” (Ac. y Sent. N° 39)	302
14-05-10. “Banco Nacional de Fomento (BNF) c/ Daniel José Artaza Apezgeguia s/ Ejecución prendaria” (Ac. y Sent. N° 40)	310

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

10-05-10. “Regulación de honorarios profesional del Abog. Christian Bazan Crichingo en los autos: A.G.V.G s/ Filiación” (A.I. N° 166)	317
23-08-10. “S.B.G.S. y otra s/ Ofrecimiento de asistencia alimenticia” (A.I. N° 352)	323
04-06-10. “M.R.F.S. s/ aumento de asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N° 77)	328
08-06-10. “S.V.O.R.D y otros s/ Asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N° 81)	330
09-07-10. “M.S.G.R. s/ disminución de asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N° 107)	337
16-07-10. “M.B.J s/ Acción Autónoma de Nulidad. (Ac. y Sent. N° 110)	341

ÍNDICE POR TRIBUNALES

03-08-10. “Clemente Maldonado Capdevilla c/ Sanatorio Migone s/ Amparo” (Ac. y Sent. N° 133).....	347
06-08-10. “G.F.P. y otros s/ cesación de Asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N°140)	355
TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL	
Primera Sala	
30-07-10. “Ministerio de Educación y Cultura c/ Federación de Educadores del Paraguay s/ Declaración de ilegalidad de huelga” (Ac. y Sent. N° 62)	363
17-08-10. “Ministerio de Educación y Cultura c/ Federación de Educadores del Paraguay s/ Declaración de ilegalidad de huelga” (Ac. y Sent. N° 71)	373
Fe de errata	
TApel. De la Niñez y Adolescencia. 07-04-10. “S. de M. B. M. s/ Pérdida de la patria potestad y declaración de estado de adoptabilidad” (Ac. y Sent. N° 37)	376

Algunos casos de daños derivados del Derecho de Familia

*Alberto Martínez Simón**

A MODO DE PRÓLOGO

Las cuestiones que se suscitan entre las personas, derivadas del Derecho de Familia, generan una serie de preguntas morales que hace que la consideración de los daños derivados de dichas relaciones adquieran un perfil particularmente delicado y sensible, por lo que su tratamiento exige una serie de consideraciones especiales, en razón de la *causa fuente* de la cual derivan.

En origen se concibió la posibilidad de que una persona indemnice a otra, siendo ambas extrañas entre sí, o dicho más claramente, no siendo ellas parientes. Durante mucho tiempo, la sola idea de que personas relacionadas entre sí por vínculos familiares se formularan reclamos indemnizatorios, repulsaba la sensibilidad, haciendo que esa posibilidad fuera inadmisibile, dado que se creía de mal gusto y contrario a los principios esenciales de aquellos institutos de orden público, que de un vínculo como el familiar naciera un reclamo indemnizatorio que diera pie luego al pago de una suma de dinero, contante y sonante, entre los afectados. Tuvo que darse un cambio de paradigmas muy notorio, para que se fuera admitiendo –no sin oposiciones, conforme lo veremos más adelan-

* Doctor en Derecho. Juez de 1º instancia en lo Civil y Comercial del noveno turno. Capital.

te—la posibilidad de que los miembros de una familia, o que personas unidas por vínculos de parentesco, puedan formularse estos reclamos indemnizatorios, cambios paradigmáticos que pasaron principalmente, por el hecho de dejar de considerar a la familia como una *unidad*, idea que repelía inmediatamente todo hecho que pudiera resquebrajar la misma, y a sus miembros simplemente como integrantes de dicha unidad, para pasar a considerar a dichas personas en su realidad individual, como individuos dignos de protección personal, y a la familia, simplemente como el ámbito en donde aquellas se desenvuelven.

Entrar a estudiar los motivos que envolvieron esta mudanza de paradigmas sería sumamente interesante, pero superaría grandemente los límites estrechos de este trabajo, y la capacidad de quien lo escribe, ya que envuelve conceptos psicológicos y sociológicos, y no solamente jurídicos. Citemos simplemente, como parte de aquel proceso de cambio de paradigmas, al matrimonio y al divorcio; durante el tiempo en que muchísimas sociedades no admitían el divorcio vincular, a nadie ni se le hubiese ocurrido que el matrimonio podría tener otra consecuencia que la misma constitución del vínculo y ninguna otra. Admitido el divorcio, se centró la mirada solo en la posibilidad de utilizarlo como vía de rompimiento del vínculo matrimonial, y no se asumió que envuelva otra consecuencia. Andando el tiempo es que se arriba a la situación actual —principalmente en el extranjero— en donde se permite —no sin oposición doctrinaria, como dijimos— la admisión de reclamos indemnizatorios derivado de dicha causa de quiebre del matrimonio. Si bien desarrollaremos este punto, un poco más adelante, simplemente lo adelantamos a fin presentarlo como botón de muestra del cambio de paradigmas del cual hablábamos.

Surge también la cuestión de ubicar el ámbito dentro del cual se producen estos daños derivados de situaciones familiares o de vínculos dados dentro del ámbito del derecho de familia: ¿son estos daños contractuales o extracontractuales? Evidentemente no podemos considerar, por ejemplo, al matrimonio, al acto del reconocimiento de filiación o a la familia como *simples contratos*, a pesar de que exista un *consentimiento* libre y expresamente formulado en el primero¹

1. “8. *Carácter de la Responsabilidad. Es indudable que, por lo menos en principio, la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, o del divorcio en sí es extracontractual. Aunque se trate del incumplimiento de deberes derivados del matrimonio, éste no es un contrato; no media, pues,*



y en el segundo, y una suerte de *animus societatis* en la última, dado el carácter de estos *institutos* en los cuales surge manifiesto su evidente perfil *moral*, puestos en la base societaria como puntuales de la vida gregaria. Por ello, cuando la doctrina se pronunció al respecto del ámbito donde ubicar a estos reclamos indemnizatorios, optó por ubicarlos dentro de la responsabilidad *extracontractual*. Entiendo también prudente –por la extensión de este trabajo– no hacer una explicación detallada de las diferencias entre ambos regímenes –el contractual y extracontractual– pero querría simplemente expresar que la distinción no es meramente académica, que existen entre ellas sensibles distinciones que hacen al aspecto práctico de la cuestión debatida, y me permitiría remitirme, por motivos de brevedad, a las clarísimas explicaciones dadas sobre estas diferencias por el Dr. Jorge Bustamante Alsina, en su obra “Teoría General de la Responsabilidad Civil”².

Querría entonces concluir esta introducción breve, indicando simplemente que hoy se presentan casos derivados del Derecho de Familia en los que evidentemente se generan daños y que se están presentando en los Tribunales los reclamos derivados de dichos perjuicios, por lo que nos proponemos, en estas breves líneas, hacer un análisis de aquellos, a fin de tentar delimitar algunas cuestiones esenciales de los mismos y establecer algunas ideas sobre la procedencia o improcedencia de los mismos. Sobra decir que en este trabajo no se tocan todos los supuestos que se dan en relación a los casos del derecho de familia que podría terminar produciendo un reclamo de daños, y por ello es que decidí titular el trabajo en la forma en que lo hice.

-
- *apartamento de obligaciones libremente pactadas en el marco del art. 1137, Cód. Civil, sino de deberes impuestos por la ley a quienes se unen en matrimonio...*” (BELLUSCIO, Augusto César. Artículo titulado: “Daños y Perjuicios derivados del Divorcio y de la Anulación del Matrimonio”, publicado en el libro “Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia”, coautoría de Augusto César Belluscio, Eduardo A. Zannoni y Aida Kemelmajer de Carlucci. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1983, págs. 28 y 29).
2. Me remito específicamente a la obra citada, publicada por la Editorial Abeledo Perrot, 9ª edic. Págs.87 y sgts.

DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS ESPONSALES

Un tema particularmente sensible, no solo desde el punto de vista jurídico, sino desde el familiar, es el acaecimiento de una *promesa de matrimonio* establecida entre un miembro de esa familia –normalmente, uno de los hijos– y otra persona.

La expectativa y los planes de la nueva familia en potencia, proyectada a partir de aquella *promesa* de contraer casamiento, se dan en precipitada cascada, llenando de sentimientos –muchas veces hasta ambivalentes– a los novios prometidos, y a sus respectivas familias, que pasan por una serie de las más variadas sensaciones: desde la ilusión por la creación de una nueva familia, hasta el temor prudente de que dicha unión no resulte tal cual está siendo proyectada, desde el júbilo por el acontecimiento hasta la tristeza por saber que un miembro de la familia saldrá del hogar, todo al mismo tiempo. Los padres, una vez convencidos que es ley de vida que sus hijos hagan su propio camino, terminan aceptando –normalmente en forma rápida– la idea de que se marcharán de la casa, y que construirán la propia.

Sin embargo, una de las características más llamativas de esta promesa de casamiento es que *puede ser incumplida*³, contraviniendo de esta manera el *principio general* de que la palabra empeñada debe ser cumplida de buena fe, y que los contratantes se encuentran obligados a toda prestación que surja del contrato y a la virtualmente comprendida⁴.

Salta a la vista este importante detalle, pues partimos siempre de la base que la palabra empeñada *siempre* debe cumplirse; sin embargo, esta es una

3. La ley, expresa y puntualmente, establece que el promitente de esponsales puede retractarse de esta obligación, dado el carácter eminentemente moral del matrimonio y de la importancia que va a dar la persona, facultándosele a la misma a desdecirse hasta el mismo momento de formalizar el acto jurídico generador del matrimonio. Al respecto las normas en cuestión, disponen:

Art. 136 CC: *La promesa de matrimonio no obliga a contraerlo.*

Art. 3º. Ley 1/92: *La promesa recíproca de futuro matrimonio no produce obligación legal de contraerlo. Tampoco obliga a cumplir la prestación que hubiere sido estipulada para el caso de inejecución de dicha promesa.*

4. Art.715 CC. *Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.*

excepción, expresamente prevista en la Ley, y salta también a la vista el por qué de esta *licencia* otorgada al promitente, para no concluir aquella promesa otorgada: por la *naturaleza eminentemente moral* del matrimonio, que da la posibilidad al promitente a desdecirse hasta el mismo momento de su celebración.

El hecho de que la *promesa de matrimonio* no se cumpla, y consecuentemente no se concrete el casamiento, no implica que no se hayan producido *daños* derivados de este incumplimiento, ya que no tiene vinculación la posibilidad de evitar el cumplimiento de la promesa con los daños efectivamente producidos, siendo ésta una cuestión fáctica que habrá que determinarse en cada supuesto. La duda sobre la procedencia del reclamo indemnizatorio podría surgir desde el momento que el art. 137 del Código Civil⁵, que preveía expresamente la posibilidad de petitionar una indemnización derivado de este incumplimiento *ha sido derogado* expresamente por la Ley 1/92.

He sostenido ya anteriormente, que esta derogación del art. 137 no deja sin base normativa a un eventual reclamo indemnizatorio⁶, ya que el caso puede igualmente decidirse, con las restantes normas del Código Civil que refieren a la Responsabilidad Civil (arts. 1834, 1835, etc.)⁷, y ante la evidencia de haberse producido un perjuicio por dicho *rompimiento*.

-
5. Art.137 CC. El culpable de la ruptura del compromiso matrimonial deberá a la otra parte de una indemnización por los gastos hechos de buena fe. Si la ruptura perjudicare gravemente al prometido inocente, el juez podrá fijar una indemnización en concepto de daño moral. Esta pretensión es incesible. (*Artículo derogado por el art. 98 de la Ley 1/92*).
 6. Ver, del suscrito, “Responsabilidad Civil por pérdida de chance”. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. 2009. Pág. 151: “*El artículo 98 de la Ley 1/92, como dijimos, derogó, entre otros, el artículo 137 del Código Civil, con lo cual podría plantearse si con dicha derogación quedó eliminada la posibilidad de reclamar una indemnización por dicho rompimiento. Entendemos que no. Estamos convencidos que dicha posibilidad de reclamar daños por efecto del rompimiento, no quedó afectada con la derogación del artículo 137 del Código Civil, pues la cuestión encuentra suficiente sustento en las normas generales de la responsabilidad, previstas en nuestro mismo Código Civil, en las normas que rigen la responsabilidad, así como en el principio jurídico añejo de no causar daño injusto a nadie...*”.
 7. Art. 1834 CC: *Los actos voluntarios sólo tendrán el carácter de ilícitos:*
 - a) *cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales, u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisio-*

→

Lo que podría echar un manto de duda sobre la procedencia de dicha indemnización es la aparente *licitud* de formular el rompimiento de la promesa. Entiendo que, si bien la línea divisoria es bastante tenue, la misma existe, y podemos diferenciar claramente a la prerrogativa del incumplimiento del daño causado con la aplicación de la misma. Por ende, es innegable que el novio promitente puede echarse atrás y no contraer matrimonio, pero no por ello deberá de dejar de pagar por los daños generados por el rompimiento intempestivo de la promesa dada al respecto, en la medida que éstos se produjeron como consecuencia directa o indirecta del quebrantamiento de la promesa.

Por ende, a pesar de la derogación del art. 137, la obligación resarcitoria debe considerarse viable, ante la producción de daños derivados del incumplimiento de los esponsales.

¿Qué rubros se indemnizan en caso de rompimiento de esponsales?

Haciendo una lista de prestaciones a ser realizadas, entendemos que *ambos promitentes* deberían *restituirse todo aquello* que aportaron para la conformación del hogar común. Estos *regalos* deben comprender a los que se hagan los promitentes entre sí, así como los que hagan los terceros a favor de los mismos.

El motivo de establecer esta devolución, es que si bien dichos *regalos* han sido entregados como *donaciones*, debe entenderse que las mismas fueron realizadas *bajo la condición* de que se formalice el matrimonio. No contraído éste, queda sin producción la mentada *condición* y las partes están obligadas a restituirse aquello sujeto a dicha modalidad, ante la evidencia del incumplimiento de la misma.

-
- *nes que causaren perjuicio a terceros, cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido;*
b) si hubieren causado un daño, o produjeren un hecho exterior susceptible de ocasionarlo; y
c) siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratase de una simple contravención.
Art. 1835 CC: *Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.*

Llamativamente el artículo del Código Civil que preveía la posibilidad de plantear la restitución de estos obsequios, ha sido también derogado por la Ley 1/92⁸. Sin embargo, entendemos que el reclamo de devolución, podría encontrar, perfectamente, base normativa en el instituto del *enriquecimiento sin causa*, que repele la situación de que una persona acreciente el haber de su patrimonio, sin que exista una explicación razonable y lícita de dicho incremento, quedando obligada ante el empobrecido en la medida en que aquel se dio, sin causa válida⁹.

Otro de los rubros que se indemnizan en caso de incumplir una promesa de casamiento es el atinente a los *daños emergentes*. ¿Qué debería considerarse *daño emergente*, en un caso como éste? Entiendo que es todo aquel daño que se haya producido como directa consecuencia del casamiento frustrado, y que se produjeron en vistas al mismo: los gastos de vestuario de la novia o del novio no culpable del rompimiento, el de su familia, los gastos de preparación de las fiestas, de los accesorios (como fotos, orquestas, etc., a quienes se podría haber dejado la mal llamada *seña*, a fin de asegurar la participación de los profesionales afectados, o “*reservar*” la fecha para ellos), los gastos de alquiler del salón, los gastos del viaje de bodas en caso de no poder ser recuperados, etc.

En cuanto al rubro del *lucro cesante*, en principio la doctrina se ha pronunciado adversa a admitir el mismo, como derivado del rompimiento de una promesa de esponsales. Sin embargo, la posición que tan claramente explica la Dra. Graciela Medina¹⁰ no puede ser dejada de lado, pues ella entiende –y me inclino

-
8. Art. 138 CC: *Los prometidos pueden, en caso de ruptura, demandar la restitución de los regalos que se hayan hecho en consideración a la promesa de matrimonio. Si los regalos no existieren en especie, la restitución se hará como en materia de enriquecimiento ilegítimo. Si la ruptura ha sido causada por la muerte, no habrá lugar a repetición. Toda acción derivada de los esponsales prescribe al año, computado desde el día de la ruptura de la promesa de casamiento.* (Artículo derogado. Art. 98, Ley 1/92).
 9. Art.1817 CC: *El que se enriquece sin causa en daño de otro está obligado, en la medida de su enriquecimiento, a indemnizar al perjudicado la correlativa disminución de su patrimonio. Cuando el enriquecimiento consiste en la adquisición de una cosa cierta, corresponderá la restitución en especie, si existe al tiempo de la demanda.*
 10. “...sí considera viable el rubro (de *Lucro cesante*), en el entendimiento de que correspondería cargar al culpable de la ruptura de esponsales, con las consecuencias económicas por la renuncia al trabajo del otro miembro de la pareja, hecho inequívocamente por la perspectiva cierta del matrimonio...” (“Código Civil Comentado. Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía”. Derecho de Familia. Tomo I. Artículos 159 a 263. Directores: Francisco A. M. Ferrer, Graciela Medina, María Josefa Meralez Costa. Rubinzal-Culzoni Editores. Año 2004. Buenos Aires, Argentina. Comentario al artículo 165. Autoría del texto: Graciela Medina, pág. 35.

a opinar en similar forma— que no pueden negarse la indemnización por lucro cesante, cuando el promitente inocente se vio inducido a *renunciar* a su trabajo remunerado, teniendo en vista la inminencia de su matrimonio, y motivado por éste acto, ya que —según el caso— se iba a dar un cambio sustancial en su vida de casada, por ejemplo, por el cambio de domicilio a otra ciudad, o por exigencia del futuro cónyuge, quien es luego el que rompe la promesa de casamiento. En este caso, un sentido básico de justicia nos mueve a admitir el rubro indemnizatorio indicado.

Finalmente, llegamos al rubro que entendemos se daría, casi evidentemente, en este tipo de casos: los *daños morales*. No puede pasarse por alto la evidencia de que este tipo de rompimiento, culposo o doloso, podría producir, casi con seguridad, un pesar muy grande para el novio o la novia no culpable del quebramiento de la promesa, y también para su familia y su entorno social próximo¹¹. Será evidente la situación gravemente enojosa del novio inocente, y de su familia, la situación de crispación, sufrimiento psicológico y humillación social, acentuado por los comentarios que se darán en el entorno de la persona afectada, haciendo aún más doloroso y más vergonzante el momento. Por ende, acreditada esta situación, ninguna duda me cabe que el Juez podrá conceder una indemnización por estos daños morales, derivados del rompimiento de estos esponsales.

DAÑOS DERIVADOS DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN

La doctrina extranjera¹² —principalmente hemos revisado la argentina— ha

-
11. “...Estamos convencidos que un quiebre intempestivo, doloso o culposo, configurará para el miembro de la pareja no culpable del mismo —y hasta para su entorno familiar— una situación de sufrimiento psicológico y moral evidentes, en el cual la humillación social será patente, originándose una serie de situaciones enojosas, incómodas y perturbadoras, por los comentarios sociales que harán más pesada aún la situación de aflicción interna grave y angustia de la víctima de dicha afrenta. Por ende, podrá concederse una suma resarcitoria por daños morales, ante la constatación de los hechos configurativos del rompimiento culpable a causa de uno de los novios...” (“Responsabilidad Civil por Pérdida de Chance”. Del autor de este artículo. Intercontinental Editora. Pág. 155).
 12. Ver al respecto el artículo titulado “Filiación. Falta de reconocimiento del hijo. Daño

→

establecido claramente que el acto de *reconocer una filiación* es un hecho *voluntario*, realizado en forma *espontánea* por el padre o la madre de un niño –o niña– nacido de una relación *extramatrimonial*¹³.

El acto del *reconocimiento de filiación extramatrimonial* es un acto *humano, voluntario y lícito*, que produce no solo una, sino una serie de consecuencias jurídicas, y por ende conforma claramente un *acto jurídico*. El objeto del mismo es atribuir el *estado de hijo* al reconocido, en relación a quien lo reconoce. La legislación utiliza un término descriptivo puntual, para indicar que el reconocimiento *ubica* al reconocido como hijo, y así dice que el acto de reconocer sirve para *emplazar* al hijo reconocido en esa condición.

El *reconocimiento* es un acto *unilateral*, pues no requiere sino de la actividad del *reconociente*, sin que sea exigida la participación o la aceptación del hijo reconocido, quien podrá desconocer dicho reconocimiento a través de la llamada *acción de contestación* según la denominación que le daba el antiguo –y hoy derogado– Código del Menor¹⁴.

→ *moral*”, de Romano, Claudio Gustavo. LLBA 1999, 161 Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBuenosAires) ~ 1998/04/28 ~ P., M. D. c. A., E. (C. 59.680).

13. Hacemos hincapié en este punto, en razón de que el nacimiento de un hijo matrimonial no exige del padre –o la madre– ninguna actividad. Basta que nazca dentro del matrimonio para ser tal, y la inscripción de dicho niño –o niña– realizada por cualquiera de los padres, aún sin la participación del cónyuge, liga al infante a la familia. Al respecto, el Art. 225 CC establece: *Son hijos matrimoniales: a) los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución o anulación, si no se probase que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento; b) los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse y que hayan sido reconocidas antes, en el momento de la celebración del matrimonio de sus padres, o hasta sesenta días después de ésta. La posesión de estado suple este reconocimiento; c) los que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre y los que nacieren dentro de los trescientos días contados desde que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado; y d) los nacidos dentro los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer; o si consintió que se lo anotara como hijos suyos en el Registro del Estado Civil, o si de otro modo los hubiere reconocido expresa o tácitamente.*
14. Esta *acción de contestación* está prevista para “...el hijo o los herederos de aquel para desconocer un reconocimiento que se le haya hecho”. (Moreno Ruffinelli, José Antonio.

→

El *reconocimiento* es un acto jurídico *irrevocable* una vez producido que no podrá ser dejado sin efecto por la sola voluntad del mismo; finalmente, cabría decir que este acto jurídico, es *puro y simple*, ya que siendo de *orden público* y vinculado al derecho de familia no puede estar afectado a las *modalidades* que pueden gravar los demás, como son la condición, el plazo o el modo.

Posiciones sobre el reclamo indemnizatorio por omisión de reconocer una filiación.

“*Antes de entrar, propiamente en materia, digamos que, como en muchos casos, aquí también se presentan no dos, sino hasta tres posiciones sobre la procedencia de estos reclamos: una tesis que sostiene que son viables estos reclamos de daños, en todos los supuestos planteados, que llamaremos arbitrariamente, tesis permisiva; otra tesis, que no los admite, que en este trabajos llamaremos tesis negatoria; y una tercera posición, que los admite en unos casos y los niega en otros, que llamaremos tesis ecléctica*”¹⁵.

En resumen podríamos señalar que tenemos tres posiciones o tesis:

La Tesis negatoria: que indica que los reclamos de daños NUNCA SON PROCEDENTES.

La Tesis permisiva: que señala que los reclamos de daños son SIEMPRE PROCEDENTES.

La Tesis Ecléctica: que establece que los reclamos de daños A VECES son PROCEDENTES.

Hagamos una revisión de los fundamentos específicos de cada una de ellas.

→ Derecho de Familia. Tomo II, pág. 547, Intercontinental Editora). “...Este régimen es muy parecido al establecido en el Código Civil, que como ya hemos apuntado, siguió en gran medida al Código del Menor abrogado. Si bien el título de la sección se refiere a ‘la acción de filiación’ es obvio que este es el género y que existen varias especies distinguibles plenamente. Entendemos que en nuestro Código pueden hablarse de las siguientes acciones de emplazamiento de estado.4) Acción de impugnación por los hijos, dirigida por los hijos en contra del reconocimiento que hicieron sus padres del mismo...” (Moreno Ruffinelli, José Antonio, op.cit., pág. 548).

15. Del artículo titulado: “DAÑOS DERIVADOS DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN. UNA BOCANADA DE AIRE FRESCO EN EL DERECHO DE DAÑOS PARAGUAYO”. Del autor de este artículo, redactado para una publicación hecha en homenaje al Dr. Ramón Silva Alonso. Inédito al momento de redactarse este artículo para la Gaceta Judicial.

Posición negatoria

Como primer fundamento, esta posición parte de la base que el *reconocimiento es un acto voluntario*, y como tal puede ser libremente realizado u omitido. Por ende, la falta de realizar ese reconocimiento no tendría que traer aparejada ninguna consecuencia.

Asimismo, esta Posición negatoria indica que la falta de reconocimiento de filiación por parte del padre, podría dar origen a una avalancha de juicios de indemnización. Este argumento, utilizado como base de la tesis, no es sustentable, en razón de que no es un argumento jurídico, sino pragmático y especulativo. No se puede fundar el desconocimiento de un derecho indemnizatorio, con el argumento simple de que se generarán muchas demandas.

Esta Posición reconoce que la omisión de reconocer la filiación no constituye violación a una conducta ordenada, pues la Ley no impone expresamente dicho reconocimiento, siendo éste —como dijimos— *un acto voluntario*. Al respecto, encontramos en la doctrina: “...*Ante esta argumentación cabe preguntarse si existe una obligación jurídica o un deber jurídico de reconocer a los hijos. Podría contestarse a ese interrogante diciendo que el reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo, y que por ser voluntario no es obligatorio; además podría argumentarse que la madre no puede atribuir la paternidad de un hijo a nadie...*”¹⁶.

Posición Permisiva

Uno de sus fundamentos señala al derecho superior del niño a tener una filiación cierta, que lo ligue con sus progenitores biológicos, y a ser reconocido como hijo de los mismos. Sobre el reconocimiento de filiación reconoce que si bien es voluntario, NO ES DISCRECIONAL, y debe ser realizado ante la noticia del nacimiento del niño.

“...*Estos argumentos no son válidos (referidos a los de la Posición NEGATORIA) porque una cosa es que el reconocimiento sea voluntario y otra, muy*

16. MEDINA, Graciela. “*Daños en el Derecho de Familia*”. Rubinzal-Culzoni. Editores. Pág. 122.

distinta, que sea discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo. Es que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional, otorgado por la Convención sobre los Derechos del Niño, a conocer su realidad biológica, a tener una filiación, y para tener una filiación paterna extramatrimonial requiere del reconocimiento del progenitor varón, ya que la madre no puede atribuirle la paternidad (art. 250, Cód. Civ.). El negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar....”¹⁷.

La Posición Ecléctica

Más que una *tesis* o una *posición* distinta a las otras dos, es una variación de la *posición permisiva*. Al respecto, esta *Posición* indica que la mera falta de reconocimiento de un *hijo extramatrimonial* no generaría por sí sola la obligación indemnizatoria, ya que para que esa obligación se de esa omisión de reconocimiento debe ser *dolosa* entendiendo que se da la misma cuando es omitido el *reconocimiento* teniendo el padre la noticia del *alumbramiento* del hijo y la *certeza* de que el hijo es suyo¹⁸. Agrega esta *Posición* que constituye una conduc-

17. MEDINA, Graciela. “Daños en el Derecho de Familia”. Rubinzal-Culzoni. Editores. Pág. 122.

18. “...no basta el no reconocimiento para generar la responsabilidad sino que, además, deben darse todos los presupuestos que obligan a reparar. Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa, debe además haberse producido un daño y existir relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño. También constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso mediante la negativa infundada a la realización de la prueba biológica...” (MEDINA, Graciela. “Daños en el Derecho de Familia”. Rubinzal-Culzoni. Editores. Págs. 122 y 123).

“...Pero, puntualmente, para la concesión de estos rubros –o de otros rubros indemnizatorios– debería tenerse –como anticipamos más arriba– la certeza de que la omisión de reconocimiento fue dolosa, en el sentido de que el padre tenía el conocimiento del alumbramiento, y la noticia cierta de su paternidad, omitiendo así el cumplimiento de esta obligación –no solo legal, sino moral– y de las cargas económicas que ellas trae aparejada.... La posición de otorgar inexorablemente una indemnización por daños por la sola falta de reconocimiento de filiación, no es, como vimos, unánime, y es más, se podría decir que una mayoría sensible se inclinaría a otorgar esta indemnización, siempre y cuando se demuestre dolo o culpa en la omisión del reconocimiento de la filiación, posición que he identificado en este trabajo con el nombre de tesis ecléctica...” (Del artículo



ta antijurídica y por ende, reprochable, la negativa, en forma infundada, del padre demandado de someterse a las pruebas laboratoriales, especialmente del ADN, hechas a fin de determinar si es o no el progenitor del niño, ello sin perjuicio de la *presunción* que genera dicha situación en el eventual reclamo de filiación¹⁹.

Los rubros que se reclaman ante la falta de reconocimiento de filiación

En primer término, se ha establecido como viable que el padre que omitió dolosamente el reconocimiento del hijo abone rubros referidos a las *pérdidas de chances* que afectaron al hijo y que le privaron de una mejor posibilidad de educación, de formación, de atención a su salud.

Recordemos que la *pérdida de chance* es un rubro que forma parte del *daño emergente*, y consecuentemente del *daño material* de carácter patrimonial. Por lo tanto, cuando se decida una indemnización por este rubro, en estos casos de falta de reconocimiento de filiación, nos estaremos refiriendo a *daños materiales*²⁰.

-
- titulado: “*DAÑOS DERIVADOS DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN. UNA BOCANADA DE AIRE FRESCO EN EL DERECHO DE DAÑOS PARAGUAYO*”. Del autor de este artículo, redactado para una publicación hecha en homenaje al Dr. Ramón Silva Alonso. Inédito al momento de redactarse este artículo para la Gaceta Judicial).
19. Artículo 184. *Código de la Niñez y de la Adolescencia. DE LA PRUEBA PERICIAL DE SANGRE: La prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN) u otras pruebas científicas equivalentes serán consideradas preferencialmente. En caso de renuencia de someterse a la misma, la oposición deberá considerarse como PRESUNCIÓN de paternidad o maternidad. El Poder Judicial arbitrará los medios necesarios para facilitar la realización de dichas pruebas y por acordada reglamentará este artículo.*
20. “...El daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Éstas pueden o no producirse; se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderoso que, de haberlo reconocido, le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales...” (MEDINA, Graciela. “*Daños en el Derecho de Familia*”. Rubinzal-Culzoni. Editores. Pág. 123).

“...por las privaciones que produjo la falta de un reconocimiento de filiación oportuno de parte del padre no reconociente, privaciones que podemos identificar como chances perdidas por el hijo no reconocido, en el marco de una mejor educación, de una mejor atención a su salud, de mejores condiciones de vida, etc. Si se admitiese esto último, podríamos entrar en el campo de los daños emergentes, pues recordemos que la frustración de una posibilidad puede ser clasificada, según el caso, como un daño emergente, y consecuentemente, como daño patrimonial. Ello abriría la discusión sobre la posibilidad de otorgar daños patrimoniales –a lo que el Dr. Moreno Ruffinelli formula sus serias objeciones– por falta de reconocimiento de filiación, basados en la pérdida de chance...”²¹.

El otro rubro que podría indemnizarse en caso de omisión dolosa del reconocimiento de filiación es el de *daño moral*. Aquí el perjuicio a las afectaciones íntimas de una persona navegan en aguas que son propias y casi exclusivas a la filiación: la negación al derecho al patronímico, al consecuente derecho a la identidad, la afectación a la formación de la personalidad, a la ausencia de la figura paterna, y el rechazo del hijo por el padre que le niega el reconocimiento del vínculo. Todas estas constituyen –como dijimos– ámbitos muy propios del ámbito familiar, y más específicamente del reconocimiento de filiación, y podrían generar en consecuencias indemnizatorias de agravios morales puntuales²².

-
21. Del artículo titulado: “*DAÑOS DERIVADOS DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN. UNA BOCANADA DE AIRE FRESCO EN EL DERECHO DE DAÑOS PARAGUAYO*”. Del autor de este artículo, redactado para una publicación hecha en homenaje al Dr. Ramón Silva Alonso. Inédito al momento de redactarse este artículo para la Gaceta Judicial).
 22. Uno de los pocos, sino el único caso judicial dado hasta ahora en el Paraguay, señala al respecto: “...*Que, por ello en la relación de familia, corresponde la procedencia de la indemnización, como en el caso que nos ocupa, en que el padre no reconoce espontáneamente al hijo extramatrimonial. Por eso, se concibe una demanda resarcitoria del hijo contra el padre, a causa de los daños inferidos a éste por su culpa. Que, la falta de reconocimiento del hijo por parte de su progenitor, ha sido suficiente razón como para concederle indemnización por el daño moral por no haber contado con el apellido paterno y no haber sido considerado, en el ámbito de las relaciones humanas, hijo de su progenitor. Se encuentra entendido que la omisión del reconocimiento espontáneo del hijo constituye un ilícito y el daño moral es resarcible cuando ‘se niega maliciosa o culpablemente el estado civil de una persona obligándola a iniciar las correspondientes*

→

El Dr. Moreno Ruffinelli²³ se vuelca sólo a favor de conceder estos *daños extrapatrimoniales*, es decir, es partidario de otorgar solamente daños morales, excluyendo, en consecuencia, los eventuales daños materiales o patrimoniales, a los que habíamos hecho referencia más arriba.

DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO

Moreno Ruffinelli califica a los daños derivados del DIVORCIO como “...uno de los temas más espinosos y más discutidos en los últimos años en el ámbito del derecho de familia...”²⁴. Explica este autor la dificultad diciendo que “...la complicación surge en primer lugar porque a la natural dificultad que entraña todo el tema de la responsabilidad civil en general, se le suman las particularidades que reviste el derecho de familia, las que no pueden dejarse de lado al efectuar una apreciación crítica del tema...” (op. cit., pág. 506).

Habíamos dicho párrafos arriba, que la responsabilidad civil fue concebida en origen, principalmente, para ser aplicadas a aquellas relaciones sociales que se producen fuera del ámbito familiar, y solo hace no mucho tiempo es que se ha concebido la idea –y se ha llevado a la práctica– que pueda ser formulado un reclamo indemnizatorio vinculado al derecho de familia. Para ello, ha tenido que producirse un *cambio paradigmático* grande, que mueva a la familia del

→ acciones de reclamación de estado para obtener el reconocimiento del carácter de hijo’. La jurisprudencia ha acordado reiteradamente indemnizaciones por este motivo. (Brebba, Roberto H., p. 281, *Derecho de Daños*. Atilio Alterini, Roberto M. López Cabana. CE 1992, p. 240 num. 15)...” Ac. y Sent. N° 26 del 25 de marzo de 2009. TApel Civil y Com., sala 4. LLP 2009 (mayo), 461.

Cita el Prof. José A. Moreno Ruffinelli en su obra la opinión de Yugano y Novellino al decir: “...Como explica consecuentemente Yugano, la actitud negativa de los progenitores produce un daño moral a sus hijos, en tanto lesiona su derecho al nombre, a conocer su identidad y a su personalidad, consagrados en la ‘Convención sobre los Derechos del Niño’ ... por todo lo cual debe deducirse que quienes eluden el deber jurídico de reconocer a sus propios hijos deben ser responsables de resarcir los perjuicios que ello originan...” (Moreno Ruffinelli, José Antonio. *Derecho de Familia*. Tomo II, pág. 553, Intercontinental Editora).

23. *Derecho de Familia*. Tomo II, pág. 554, Intercontinental Editora.

24. Moreno Ruffinelli, José Antonio. *Derecho de Familia*. Tomo II, pág. 506, Intercontinental Editora.

epicentro de la escena en que se ubicó durante mucho tiempo, y que abdique el carácter de *unidad* que tenía, dando paso a la preponderancia del individuo, como sujeto a ser protegido, y a quien se reconoce el derecho de exigir –incluso– un resarcimiento a sus propios parientes, o a su ex cónyuge, en caso de haber sido dañado por éstos.

Tendríamos que empezar el desarrollo de este tema diciendo que no existe unanimidad entre los doctrinarios sobre la procedencia del reclamo indemnizatorio, derivado de un juicio de divorcio o de las causales que dieron pie al mismo: No todos están de acuerdo en la procedencia de estos reclamos, aunque podemos hablar de una sensible MAYORÍA a favor de la tesis que los admite. Veamos seguidamente, por lo menos brevemente, un extracto de la posición de cada uno.

Entre los que NIEGAN se encuentra BORDA²⁵, quien repitió en el *TRATADO* las ideas que había adelantado como magistrado²⁶, considerando contraria a la moral y a las buenas costumbres la acción resarcitoria.

25. *“...Cabe preguntarse si el cónyuge inocente del divorcio tiene acción de daños y perjuicios contra el culpable. La cuestión se ha planteado sobre todo en caso de adulterio, y tanto la doctrina como la jurisprudencia europeas se inclinan –no sin oposición– en el sentido de abrir la acción, tanto contra el cónyuge adúltero como contra su cómplice. ¿Debemos aceptar esta solución también en nuestro Derecho? La opinión afirmativa se apoya sobre todo en la consideración de que el adulterio es un hecho ilícito y, por tanto, deben indemnizarse todos los daños provenientes de él... No compartimos este punto de vista. Bien dice Bibiloni que la conciencia se subleva ante los reclamos del marido que pretende cobrarse el precio de su honor lastimado. Hay en esta conducta una indignidad que resulta intolerable a la sensibilidad argentina. En materias que rozan cuestiones morales, los precedentes extranjeros suelen tener muy relativa importancia. Hay modalidades y costumbres de otros pueblos que resultan chocantes a nuestro espíritu; así por ejemplo el corretaje matrimonial, tan común en otros países, ha sido reputado con razón, contrario a la moral y a las buenas costumbres; la acción por daños y perjuicios por ruptura de la promesa matrimonial, en otros países admitida y origen de numerosísimos pleitos, está prohibida en nuestra legislación (art. 8º, ley mat. Civil). Que estos litigios en los cuales el marido exhibe ante los tribunales las miserias de su vida conyugal y hace mérito de ellas para cobrarse en dinero contante y sonante su deshonor, son indignos del punto de vista de la sensibilidad argentina, lo prueba el hecho de que haya tan pocos precedentes judiciales, siendo el adulterio tan frecuente...” “...Es verdad que el adulterio es un hecho ilícito y que el marido engañado puede haber sufrido daños con motivo de él; pero la acción por la cual se pretende lucrar con la deshonor, es contraria a la moral y a las buenas costumbres y no puede ser acogida por los tribunales. (Tratado de Derecho Civil. Familia I, págs.509/510, 6ª edic. Editorial Perrot).*

26. En un fallo dictado como Juez de 1ª Instancia, el 3 de julio de 1957.

Niegan además, BIBILONI y J.J. LLAMBÍAS.

Están a FAVOR: BELLUSCIO, SALAS, GUASTAVINO, BARBERO, ACUÑA ANZORENA, COLOMBO, SPOTA, MOSSET ITURRASPE, LÓPEZ DEL CARRIL y ZANNONI.

Los daños reclamados en estos casos

Se ha dividido el tema de los *daños* derivados del Divorcio en dos grupos: a) Los daños derivados del *divorcio en sí*; b) Los daños derivados de las *causales del divorcio*.

Hagamos una rápida revisión de los mismos.

Entre los ***Daños derivados del divorcio en sí*** se cuentan:

1. Los gastos en que debe incurrir el marido que luego es declarado inocente en el juicio de divorcio, para pagar una empleada doméstica que realice los quehaceres del hogar.

2. Los gastos de internación en un colegio privado que debe realizarse para los hijos en edad escolar, habida cuenta que el marido que sufrió el abandono debe dedicarse a sus actividades lucrativas.

3. Los gastos de guardería hechos a favor de los hijos pequeños, por las mismas razones explicadas más arriba.

4. Los gastos hechos como específicas consecuencias del juicio del divorcio: □ los gastos de alojamiento del cónyuge que fuera excluido del hogar conyugal durante la tramitación del juicio, y que luego, por el sentido de la sentencia dictada, resulta ser el cónyuge inocente²⁷.

27. BORDA, Tratado, Familia, I, pág.510, asienta su posición contraria a los daños y menciona un caso judicial llamándolo “*un buen ejemplo de la indignidad que generalmente inspiran estas demandas*”. Al respecto BORDA escribe: “*El marido reclamaba al amante de su mujer que le pagara el departamento que debió ocupar en un hotel central con sus dos hijas, para calmar su estado de ánimo, herido por la comprobación del adulterio; el importe del internado de sus hijas en un colegio particular; los gastos necesarios para instalar una nueva casa, el servicio doméstico necesario para atender a las hijas ya que faltaba la madre; el ajuar completo para las hijas; los mayores gastos que se originaban en el hogar con motivo de la falta de la esposa; el desmedro de sus actividades comerciales y, en fin, el daño moral...*” (op. cit., Borda. pág. 510).

Entre los ***Daños derivados de las causas del divorcio*** se cuentan:

1. Los gastos derivados de la curación de lesiones, en caso de haberse dado las mismas, y de haber constituido éstas las causales del divorcio (por agresiones físicas).

2. Los daños –principalmente morales– producidos por la difamación y el escándalo público, cuando la causal alcanzó este estado.

3. Los gastos generados en específicas atenciones médicas, especialmente para la curación de ciertas enfermedades, por ejemplo, las venéreas.

Debemos señalar, sin embargo que en materia de DAÑOS, “...*El daño material, en la mayoría de los casos, será de menor entidad que el moral...*” (Barbero, Omar. Responsabilidad por Daños derivados del Divorcio, 1977, pág. 236).

Por su parte, el Dr. Moreno Ruffinelli, en la doctrina nacional, divide los daños del divorcio en tres: los *derivados del divorcio en sí*, los *derivados de las causales del divorcio*, y los *del mutuo consentimiento*. Veamos su posición a este respecto:

DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO EN SÍ: “...*Del Divorcio en sí, del divorcio como hecho, no pueden derivar daños, porque si bien todo divorcio entraña una situación difícil para los cónyuges, el remedio está previsto en la propia ley: la disolución del vínculo y los deberes matrimoniales...*”²⁸.

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO: aduce que “...*no habrá posibilidad de una acción de daños y perjuicios...*” (Moreno Ruffinelli, op. cit., pág. 508).

DAÑOS DERIVADOS DE LAS CAUSALES DEL DIVORCIO: “...*La cuestión se complica cuando estamos ante un caso de divorcio culpable. Y es que cuando se ha producido el hecho del adulterio, cuando se ha atentado contra la vida del otro cónyuge, etc., es posible concebir que exista una causa de reparación por un posible daño moral causado al otro cónyuge...*” (Moreno Ruffinelli, op. cit., pág. 508)

28. Moreno Ruffinelli, José Antonio. *Derecho de Familia*. Tomo II, pág. 508, Intercontinental Editora.

El tercero

De acuerdo a cuál sea la causal que determine la declaración del divorcio, podrá vincularse a la eventual acción resarcitoria a un tercero, en carácter de codemandado. Deberíamos reconocer que la casuística que se dio con mayor frecuencia en demandas en las que se involucró a un tercero, se originaron por la causal de *adulterio*. Sin embargo, ésta no es exclusiva o excluyente. Así, podrían darse demandas de indemnización contra *terceros*, por agresión contra el cónyuge inocente, hecha en forma de cómplice o instigador del cónyuge culpable. O, también podría darse esta demanda en la que también se involucre a un tercero, además de al cónyuge culpable, por la causal de *atentado contra la vida*, o incluso por *sevicia*. Reconozcamos, sin embargo, que la causal usual, es la del adulterio, antes citada.

El carácter de este tercero, en función a la eventual responsabilidad indemnizatoria, es en el rol de *deudor solidario*, hecho establecido claramente en el art. 1841 del CC, cuya primera parte, establece: *Si el acto ilícito es imputable a varias personas, responden todos solidariamente*.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la doctrina al indicar que “...el tercero coautor o cómplice del hecho que da lugar al divorcio, o el que aconseja o lleva al cónyuge a cometer el hecho culpable, responde solidariamente con él por los perjuicios ocasionados...”²⁹.

La relación procesal entre la acción de divorcio y la de daños

La demanda de indemnización de daños que sea deducida como consecuencia de los hechos perniciosos dados en el marco del rompimiento de un vínculo matrimonial, podrá darse *conjuntamente* con la acción de divorcio, o bien, *después* de ejecutoriada la sentencia de aquel proceso.

29. BELLUSCIO, Augusto César. Artículo titulado: “Daños y Perjuicios derivados del Divorcio y de la Anulación del Matrimonio”, publicado en el libro *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*, coautoría de Augusto César Belluscio, Eduardo A. Zannoni y Aida Kemelmajer de Carlucci. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. 1983, págs. 39 y 40, en la que cita a Conf. BARBERO.

De darse acciones secuenciales —es decir, primero el divorcio, y luego la acción de daños— se ha recomendado que, por cuestiones de *conexidad* en la materia, ambos procesos sean competencia del mismo Juez. Si bien el hecho de que el Juez del divorcio haya conocido ya los detalles de ese caso y lo haya juzgado podría recomendar esa solución, la posición contraria podría sugerir que el Juez del divorcio podría estar —en cierta forma— inclinado a fallar a favor de la parte a cuyo favor dictó la sentencia de divorcio, declarando el mismo, por la culpa del otro cónyuge, ya que para llegar a esa determinación, frecuentemente se hace una valoración de la conducta de los cónyuges en su vida de pareja, y se juzga el caso, según dicha conducta; si el Juez ya consideró a una de las partes como *culpable* del divorcio, es muy probable que le conceda igualmente una indemnización, por lo que tampoco sería desatendible la posición que sugiere que el juicio de *daños* sea juzgado por otro Juez.

Se ha dicho arriba, que ambas acciones —la de divorcio y la de daños— pueden ser planteadas y tramitadas conjuntamente. La practicidad de esta opción, salta a la vista, y corresponderá —obviamente— a la competencia de un mismo y único magistrado que las resolverá en una única sentencia. Para ello, entendemos existe suficiente base normativa, en la disposición del art. 100 del CPC³⁰.

Al respecto de la posibilidad de tramitar ambos reclamos conjuntamente, traigamos a colación un caso judicial, dado en la República Argentina, del cual surge claramente que el Tribunal de Apelación que entendió —en grado de recurso— de la cuestión suscitada, otorgó tanto el divorcio como la indemnización reclamada en el mismo proceso, dando la pauta inequívoca que ambas pretensiones fueron hechas en un solo juicio y resueltos en una sola sentencia³¹.

-
30. Art. 100 CPC: *ACUMULACIÓN OBJETIVA DE ACCIONES*. El actor podrá acumular, antes de la notificación de la demanda, todas las acciones que tuviere contra una misma persona, siempre que:
- a) no sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra, salvo el caso en que se promueva una como subsidiaria de la otra;
 - b) correspondan a la competencia del mismo juez; y
 - c) puedan sustanciarse por los mismos trámites.
31. “...Sumario: Resulta procedente otorgar a la cónyuge una indemnización por daño moral en tanto existen indicios ciertos, serios, precisos, graves y concordantes acerca de las situaciones que ha debido padecer la actora debido a la exposición pública del deman-

→

Prescripción

En cuanto a la prescripción de la acción, existen ciertas particularidades que debemos señalar. En primer término, debemos indicar que, tratándose de una responsabilidad derivada de una relación *extracontractual*, el plazo de prescripción inequívoco es el de dos años, de conformidad al art. 663 inciso f) del Código Civil, independientemente de que el motivo del reclamo sea como consecuencia del juicio de *divorcio en sí*, o como consecuencia de las *causales del divorcio*. Al respecto, la doctrina ha establecido: “*La acción prescribe a los dos años del hecho dañoso o de la sentencia de divorcio, según que se reclamen los daños derivados del hecho constitutivo de la causal de divorcio, o del divorcio en sí, respectivamente*”³².

Debemos recordar, que los plazos de prescripción entre los cónyuges no corren, sino hasta que el divorcio sea judicialmente declarado, ello en razón de que, por expresa disposición del Código, las acciones *entre cónyuges* se encuentran suspendidas³³.

→ *dado con una señorita, especialmente en cuanto al desmedro de su persona y su dignidad, con evidente menoscabo y lesión de esos derechos de la personalidad que justifican la referida indemnización.*

... *Hechos: Se interpuso recurso de apelación contra la sentencia que decretó el divorcio vincular por culpa exclusiva del cónyuge demandado por las causales de adulterio y abandono voluntario y malicioso del hogar, rechazando la reconvención y el reclamo del daño moral de la actora. La Cámara modificó parcialmente la sentencia apelada haciendo lugar al reclamo de daño moral e incluyendo como causal de divorcio la de injurias graves...*”. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala II. 07/10/2008. LLGran Cuyo, 2009 (febrero).

32. BELLUSCIO, Augusto César. Artículo titulado: “Daños y Perjuicios derivados del Divorcio y de la Anulación del Matrimonio”, publicado en el libro “*Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*”, coautoría de Augusto César Belluscio, Eduardo A. Zannoni y Aida Kemelmajer de Carlucci. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. 1983, pág. 40.

33. Art.644 CC: *La prescripción queda suspendida: a) entre los cónyuges, aunque estén separados de mutuo acuerdo o judicialmente, cualquiera sea el régimen patrimonial por el cual hubieren optado. Esta norma se aplicará también cuando la acción de la mujer durante la unión conyugal, hubiere de recaer sobre los bienes del marido por garantía, resarcimiento u otra causa.*

La cuestión se suscita en referencia al eventual *tercero codemandado*. Una posición establece que la prescripción, en referencia al mismo, no se encuentra suspendida por no referirse la Ley al punto, por lo que el plazo de prescripción podría seguir corriendo desde el momento en que éste se produjo. Sin embargo, si consideramos que el Código Civil supedita el inicio del conteo del plazo prescripcional a que la vía del reclamo se encuentre expedita³⁴, podríamos preguntarnos si dicha vía está en efectivamente libre de obstáculos, antes de que el divorcio sea declarado por sentencia firme, que establezca la causal específica. Entendemos que no. Recién cuando la sentencia de divorcio sea dictada, estará expedita la vía para el reclamo indemnizatorio. En cualquiera de estos casos, no podemos considerar que el plazo de prescripción liberatoria para el tercero, haya corrido, sino desde el momento en que el divorcio fue declarado, por sentencia firme.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Estos párrafos no pueden servir sino de introducción al tema, vasto e intrincado, de la responsabilidad que surge como consecuencia de las relaciones familiares, de parentesco o conyugales. El tópico es arduo. Generó discusiones en la doctrina sobre la misma admisibilidad de estos reclamos y se han mezclado en la discusión temas tan diversos como las instituciones de orden público afectadas y la moral que subyace en todo el ordenamiento positivo como cimiento general al mismo. Por ello, se han planteado serios cuestionamientos a lo largo del desarrollo de estos conceptos, y se sigue haciéndolo. Por ello, no existe unanimidad de criterios al respecto, y por lo mismo el tema debe ser discutido ampliamente, tratado con delicadeza en la doctrina y con mayor cuidado aún en la jurisprudencia, a fin de conceder –en caso de que ese sea el sentido de lo resuelto– una indemnización en los casos en que la Justicia del reclamo así lo requiera.

34. Art.635 CC: *La prescripción empieza a correr desde el momento en que nace el derecho de exigir.*

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

AUTO INTERLOCUTORIO Nº 221

Cuestión debatida: Nos hallamos ante la regulación en segunda instancia de los trabajos en causa propia realizados a los efectos de obtener una verificación de crédito en juicio de convocatoria de acreedores.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios.

Para verificación de crédito y su reconocimiento hasta el cobro efectivo, corresponde el diez por ciento de la cantidad percibida.(art.53 inc. 5) de la Ley Nº 1376/88).

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios.

El monto base del cálculo de cada acreedor que comprenda la verificación de crédito y su reconocimiento hasta el cobro efectivo, es la cantidad efectivamente percibida por acreedor verificador, es decir, el ingreso económico realmente obtenido.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios.

Al no existir constancias de que se haya producido tal circunstancia (posibilidad de fijación de monto base), la regulación debe ser diferida hasta tanto el monto base, dado por la cantidad realmente cobrada, se determine, o en su caso, que se demuestre la definitiva imposibilidad de cobro, hipótesis en la cual el profesional representante del acreedor tiene derecho a cobrar honorarios, pues la gratuidad de la labor profesional no puede ser presumida.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 11-03-10. "Reg. de Hon. Prof. del Abog. Fabrice Turboux en los Autos: Juan C. González y otra s/Convocatoria de Acreedores" (A. I. Nº 221)

Asunción, 11 de marzo del 2010.

Y VISTOS: El Recurso de Apelación presentado por el Abogado Santiago Vera Kennedy a Fs. 7 contra el A.I. N° 240, de fecha 6 de abril del 2006, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, y;

CONSIDERANDO:

Nulidad: El Recurso no fue interpuesto por el Abogado recurrente; no obstante ello, del estudio oficioso del interlocutorio en cuestión se constata que no existen vicios en el mismo ni el procedimiento que motiven la declaración de nulidad conforme lo disponen los Artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Por los fundamentos indicados por el preopinante, el recurso debe ser declarado desierto.

Apelación: En el presente caso nos hallamos ante la regulación, en Segunda Instancia, de los trabajos en causa propia realizados a los efectos de obtener una verificación de crédito en Juicio de convocatoria de acreedores.

Analizadas las constancias del principal, se advierte que el Abog. Fabrice Turbax solicitó la verificación en fecha 6 de agosto del 2002 (f. 137), la que fue observada por el Agente Síndico interviniente (f. 299) al paso de oponerse el propio convocatorio, conforme con el escrito de fs. 342/344, lo que mereció el traslado y la contestación de f. 368. El A.I. N° 1194, de fecha 30 de julio del 2004 (fs. 390/391 vlto.) reconoció el crédito del Abog. Fabrice Turbax, lo que fue confirmado en Alzada por A.I. N° 988, de fecha 27 de Septiembre del 2.005 (f. 415 y vlto.).

Tratándose de un pedido de verificación de crédito, debe encontrar estricta aplicación el Art. 53, inciso 5) de la Ley N° 1.376/88, que establece: “Verificación de crédito y su reconocimiento hasta el cobro efectivo: diez por ciento sobre la cantidad percibida”.

La norma transcripta es harto clara, en el sentido de indicar que el monto base de cálculo es la cantidad efectivamente percibida por el acreedor verificante, es decir, el ingreso económico realmente obtenido. La Doctrina así lo enseña: “Los honorarios profesionales de los abogados y procuradores de cada acreedor que comprendan la verificación de crédito y su reconocimiento hasta el cobro efectivo, serán regulados en el diez por ciento sobre la cantidad percibida” (Torres Kirmser, José Raúl. Honorarios de abogados y procuradores. Asunción, Litocolor, 4ª ed., 2004, pág. 478). La Jurisprudencia Nacional se ha pronunciado

en igual sentido: “La abogada ha actuado en los autos incidentales de verificación de crédito como patrocinante y procuradora de la parte convocatoria. El artículo aplicable es el 53 inc. 5) de la Ley de Aranceles, que dispone que por verificación de crédito y su reconocimiento hasta el cobro efectivo corresponde el diez por ciento de la cantidad percibida. En la especie, no existen constancias de que el crédito verificado haya sido cobrado o percibido, razón por la cual, conforme con criterios jurisprudenciales de este mismo Tribunal, corresponde diferir el justiprecio de los honorarios de la solicitante. A.I. N° 136/2002, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala de la Capital” (Torres Kirmser, José Raúl. Honorarios de abogados y procuradores. Asunción, Litocolor, 4^a ed., 2004, pág. 479).

Lo expuesto coincide con el tenor de la norma, que es explícito en indicar el monto efectivamente percibido como base de cálculo. Al no existir constancias, en los autos principales, que se haya producido tal circunstancia, la regulación debe ser diferida hasta tanto el monto base, dado por la cantidad realmente cobrada, se determine; o, en su caso, que se demuestre la definitiva imposibilidad de cobro, hipótesis en la cual el profesional representante del acreedor tiene Derecho a cobrar, de igual modo, honorarios, pues la gratuidad de la labor profesional no puede ser presumida.

Opinión del Ministro Miguel Oscar Bajac:

Apelación: El Tribunal en la resolución recurrida reguló los honorarios profesionales del abogado Fabrice Turbaux, por los trabajos realizados en dicha instancia en su doble carácter de abogado patrocinante y procurador, en la suma de guaraníes Veinte y Dos Millones Doscientos Noventa Mil (Gs. 22.290.000) y más la de guaraníes Dos Millones Doscientos Veinte y Nueve Mil (Gs. 2.229.000), al considerar aplicables los Arts.53, 33, 26 inc. e) y concordantes de la Ley N° 1.376/88 y la Acordada N° 337 de fecha 24 de noviembre de 2004, dictada por la Corte Suprema de Justicia.

El recurrente expresa agravios alegando que la resolución no se encuentra ajustada a derecho, siendo una incorrecta aplicación de la ley que rige la materia. Afirma que en el peor de los casos el monto a ser regulado no podría superar el 5% del importe admitido en el concurso de acreedores de sus principales, por lo que solicita finalmente la retasa de los honorarios fijados para el Abog. Turbaux.

El abogado Fabrice Turbaux, contesta dicho escrito manifestando que en la resolución recurrida el Tribunal de Apelación realizó una interpretación válida

de los preceptos normativos vigentes, pidiendo la confirmación con expresa imposición de las costas.

Analizada la resolución recurrida se advierte que el Tribunal al establecer los honorarios, aplicó correctamente las disposiciones legales vigentes y los porcentajes previstos en la ley de honorarios, así como también en la Acordada, que rige para el tipo de situaciones como la planteada en autos.

RESUELVE: Declarar Desierto el Recurso de Nulidad. Revocar el A. I. N° 240 de fecha 6 de abril del 2006, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, difiriendo el justiprecio de esta Regulación de Honorarios con los alcances explicitados en el Exordio. Anotar, registrar y notificar.

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

Ante mí: Abog. Alejandrino Cuevas Caceres. Secretario

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 72

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

La resolución recurrida es un Auto Interlocutorio dictado por un Tribunal de Apelación que revoca la extinción de la acción penal, es una resolución que no admitiría la interposición del recurso extraordinario de casación, pero al ser una cuestión discutida declarable de oficio –extinción de la acción penal– y configurar ésta una cuestión de orden público, corresponde el estudio de la misma.

PROCESO PENAL. Extinción del proceso penal.

El principio de plazo razonable implica una limitación al ius puniendo estatal, por el cual el Estado no puede tener enjuiciadas a las personas sin un tiempo límite, presumiendo que en cualquier momento se probara su culpabilidad, lo que atenta contra el principio de inocencia, circunstancia inaceptable en el sistema democrático, correspondiendo a los propios órganos estatales, la jurisdicción, el deber de velar su vigencia efectiva, no pudiendo consentirse en manera alguna su vulneración, prescindiendo del órgano que provenga.

NOTIFICACIÓN. Principios Generales. Efectos de la notificación.

La notificación de la sentencia judicial tiene una doble función: por un lado hacer funcionar la garantía de la defensa en juicio (derecho a recurrir) y por otro la eficiencia del sistema (decisiones que se ejecutan y restablecen la paz social). El órgano jurisdiccional se constituye en garante del derecho a la defensa en juicio, porque le importa que sus pronunciamientos sean válidos y legales y porque en definitiva todo su actuar resultaría inocuo si no asegura la ejecución de sus pronunciamientos.

CSJ, Sala Penal. 12-03-10. “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Abog. Rafael Gorostiaga Saguier en los autos: “Nelson Rubén Mendoza Osorio s/Homicidio Doloso” (Ac. y Sent. N° 72)

CUESTIONES:

¿Es admisible para su estudio el recurso de casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos del análisis correspondiente de las cuestiones a ser estudiadas y con el objeto de establecer un orden en la emisión de los votos, se procede al sorteo, arrojando el siguiente resultado: Blanco, Pucheta de Correa y José Raúl Torres Kirmser.

A la primera cuestión planteada, el ministro Blanco, dijo: El recurso extraordinario de casación fue interpuesto por el Abog. Rafael Gorostiaga Saguier en contra del Auto Interlocutorio N° 113 de fecha 07 de junio de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, 3ª. Sala, de la circunscripción judicial del la capital (fs. 299/302).

La mencionada resolución dispone: “1) Declarar la competencia para que este Tribunal de Apelaciones en lo Penal pueda sustanciar y resolver el Recurso de Apelación General interpuesto por el Abog. Willians Dante Justiniano, en ejercicio de la defensa de Nelson Rubén Mendoza Osorio, acusados por el supuesto hecho punible contra la vida (homicidio doloso), contra el A. I. N° 80 de fecha 5 de marzo del 2007, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abogado Isacio Cuevas. 2) Declarar la admisibilidad del recurso de apelación planteado. 3) Revocar la resolución A. I. N° 80 de fecha 5 de marzo del 2007, dictado por el Juez Penal de Ejecución Abogado Isacio Cuevas...”.

En primer término corresponde pronunciarse acerca de la admisibilidad de la impugnación interpuesta. En ese sentido, el artículo 477 del Código Procesal Penal, dispone en relación al objeto del recurso: “Solo podrá deducirse el recurso

extraordinario de casación contra las sentencia definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena”.

La resolución recurrida es un Auto Interlocutorio dictado por un Tribunal de Apelación que revoca la extinción de la acción penal, lo que, conforme a la redacción del citado artículo, es una resolución que no admitiría en principio la interposición del recurso extraordinario de casación, no obstante al ser la cuestión discutida la extinción de la acción penal en razón al transcurso del plazo dispuesto por el art. 136 del C.P.P. y configurar esta una cuestión de orden público, declarable de oficio, conforme a los parámetros del art. 137 del mismo cuerpo legal, corresponde el estudio de la misma y determinar si ha transcurrido o no el plazo de duración del procedimiento y las posibles afectaciones a las garantías del debido proceso en cuanto al plazo razonable de decisión de las causas penales (arts. 17, 137 de la C.N. en concordancia con el art. 8, inc. 1, del Pacto de San José de Costa Rica).

La Constitución Nacional en su art. 17 dispone: “...*De los derechos procesales. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: inc. 10... El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley*”. El artículo 8º, inc. 1, del Pacto de San José de Costa Rica, que por imperio de la norma constitucional del art. 137, tiene plena vigencia para los casos sometidos a jurisdicción nacional y de aplicación preeminente señala: “...*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...*”.

El principio de plazo razonable implica una limitación al ius puniendi estatal, por el cual el Estado no puede tener enjuiciadas a las personas sin un tiempo limite, presumiendo que en cualquier momento se probara su culpabilidad, lo que atenta contra el principio de inocencia, circunstancia inaceptable en el sistema democrático, correspondiendo a los propios órganos estatales, en este caso, la jurisdicción, el deber de velar su vigencia efectiva, no pudiendo consentirse en manera alguna su vulneración, prescindiendo del del órgano que provenga.

Es por ello, que el art. 136 del C.P.P., dispone: “...*Duración máxima. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años,*

contados desde el primer acto del procedimiento. Este plazo solo se podrá extender por seis meses más cuando exista una sentencia condenatoria, a fin de permitir la tramitación de los recursos". Por otro lado, esta Sala Penal ha determinado como primer acto de procedimiento a partir del cual se contabiliza el plazo, la notificación del acta de imputación en los siguientes términos: "...la duración máxima del procedimiento debe ser evaluada a partir de la notificación al imputado del acta de imputación correspondiente" (Acuerdo y Sentencia N° 1.322 de fecha 24 de setiembre del 2004 en la causa Valeria Ortiz y otros s/ lesión de confianza).

Tomando en consideración lo señalado corresponde abocarse al estudio del caso en cuestión en cuanto a su duración total: 1) la causa fue notificada al señor Nelson Rubén Mendoza Osorio en fecha 29 de agosto del 2001, durante la sustanciación de la audiencia prevista en el art. 242 del C.P.P. (fs. 15);

2) En fecha 07 de octubre del 2002, el Tribunal de Sentencia conformado al efecto condenó a Nelson Rubén Mendoza Osorio a la pena privativa de libertad de Diez años (fs. 198/203);

3) Por Acuerdo y Sentencia N° 22 de fecha 19 de marzo del 2003, el Tribunal de Apelación, 3ª Sala, resuelve confirmar el fallo apelado (fs. 237/239);

4) En fecha 11 de agosto del 2005, fue notificada la resolución de la Cámara de Apelación al condenado (fs. 232);

5) Por escrito de fecha 18 de noviembre del 2005 el defensor del procesado plantea la extinción de la acción penal (fs. 246/248);

6) Por A. I. N° 109 de fecha 21 de febrero del 2007 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia declara que el Juez de Ejecución Penal es competente a los efectos de expedirse en relación a la extinción de la acción penal planteada;

7) Por A. I. N° 80 de fecha 05 de marzo del 2007, el Juez de Ejecución Penal N° 3 decreta la extinción de la causa por el trascurso del tiempo (fs. 270/271);

8) Por A. I. N° 113 de fecha 07 de junio del 2007, el Tribunal de Apelación en lo Penal, 3ª Sala, revoca la resolución dictada por el Juez de Ejecución Penal (fs. 299/302).

Conforme a lo constatado precedentemente, desde la notificación del acta de imputación (29 de agosto del 2001) al momento de dictarse la sentencia de primera instancia (07 de octubre del 2002) habían transcurrido Un año un mes y ocho días, a su vez desde que se dictó la sentencia definitiva (07 de octubre del 2002) hasta que fue confirmada en segunda instancia (19 de marzo del 2003),

cinco meses y diecisiete días. Por otro lado, la notificación al condenado de la resolución del Tribunal de Apelación se produjo en fecha 11 de agosto del 2005, dos años cuatro meses y veintitrés días después que se dictó la resolución del A quem.

En total, desde la notificación del acta de imputación (29 de agosto del 2001) hasta la notificación de la sentencia del tribunal de apelación (11 de agosto del 2005) transcurrieron tres años once meses y dieciocho días, habiéndose extinguido la causa en fecha 28 de febrero del 2005, en la cual se agotó el plazo de tres años y seis meses que el citado art. 136 del C.P.P. dispone para la duración máxima del proceso, incluidos los seis meses a los efectos de la tramitación de los recursos.

Es dable afirmar, ante las constancias de autos, que la causa ya se había extinguido al tiempo de la notificación personal al condenado de la resolución del A quem (11 de agosto del 2005), presupuesto fundamental e ineludible previsto en los artículos 153 y 154 del C.P.P., que imponen al órgano jurisdiccional la obligación de notificar las sentencias definitivas remitiendo copias de las mismas a los fines de que las partes puedan hacer uso de las herramientas procesales correspondientes, asimismo, tiene como objetivo que sus decisiones sean controladas públicamente, puesto que son un acto de gobierno y por último porque al ser la sentencia judicial una norma jurídica que presupone su ejecutoriedad posterior, requiere necesariamente que la misma ya no pueda ser discutida en cuanto a su firmeza, en otras palabras que sea una cosa juzgada.

La notificación de la sentencia judicial tiene una doble función: por un lado hacer funcionar la garantía de la defensa en juicio (derecho a recurrir) y por otro la eficiencia del sistema (decisiones que se ejecutan y restablecen la paz social). En ambos casos, el órgano jurisdiccional se constituye en garante del derecho a la defensa en juicio, por que le importa que sus pronunciamientos sean válidos y legales y porque en definitiva todo su actuar resultaría inocuo si no asegura la ejecución de sus pronunciamientos.

Consecuentemente, a la vista de tales circunstancias, la extinción de la acción penal en la presente causa se produjo en razón a la omisión de la notificación del Acuerdo y Sentencia N° 22 de fecha 19 de marzo del 2003, tiempo en el cual el expediente principal permaneció en el Tribunal de Apelación en lo Penal, 3ª Sala.

En ese orden de cosas, estimo necesarias algunas consideraciones respecto al fallo de la Cámara de Apelación en lo Criminal, 3ª Sala, en cuanto a las

interpretaciones en ella plasmadas referidas a la resolución del pedido de extinción de la acción penal de autos y la forma en que se abordó la cuestión con la consecuente decisión adoptada. Esto es así porque la extinción de la acción penal es una cuestión de orden público, que interesa a la justicia y a los órganos jurisdiccionales, dado que implica el respeto de derechos y garantías fundamentales de la persona humana, en este caso del individuo sometido a un proceso penal, de los cuales el Poder Judicial, a través de sus órganos y por mandato constitucional del art. 247 se constituye en custodio.

El Auto Interlocutorio N° 113 de fecha 07 de junio del 2007 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Tercera Sala es nulo por ser incongruente. El mismo fue dictado en abierta contravención a disposiciones constitucionales y legales.

La querrela, al momento de interponer el recurso de apelación se agravio señalando que la sentencia dictada en autos se encontraba firme al momento de la resolución de extinción penal declarada por el Juez de Ejecución Penal (fs. 276). Igualmente afirma que no es competencia material del citado órgano jurisdiccional la declaración de extinción de la causa (fs. 277). El Ministerio Público, al contestar el planteo señala que la apelación general deviene improcedente en razón a que la extinción de la causa se produjo por el transcurso del plazo, al igual que lo afirmado por la defensa del procesado Nelson Rubén Mendoza Osorio.

No obstante ello, el Tribunal de Apelación centró su estudio en la competencia material del Juez de Ejecución Penal a los efectos de la declaración de extinción de la acción penal, lo cual excede el marco de su competencia decisoria puesto que la misma –competencia para declarar la extinción de la acción penal– ya fue definida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (A. I. N° 109 de fecha 21 de febrero del 2007) para la presente causa, por lo cual, aún cuando, ni las partes ni los magistrados, estuvieran de acuerdo con lo resuelto por el alto Tribunal, la cuestión sobre competencia material ya fue definida por una resolución firme.

Si bien es cierto el apelante introdujo la cuestión entre sus agravios, el Tribunal no debió emitir un pronunciamiento de las características del citado auto, por cuanto revoca una resolución sobre la base de una controversia que ya ha sido decidida debidamente en una etapa que quedó preclusa, obviando la respuesta al cuestionamiento central del apelante, que se constituía no sólo en

la competencia del Juez de Ejecución Penal, sino en que se produjo la extinción de la acción penal por el transcurso del plazo razonable previsto en el art. 136 del C.P.P. A lo largo de la resolución en estudio no se vislumbra razonamiento alguno en cuanto al cómputo del plazo y a su correcta o errónea aplicación y cálculo por parte del Juez A-quo, por lo cual la resolución es incongruente por ser citra petita.

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

Consecuentemente, y dado que el Tribunal de Apelación en lo Penal 3ª Sala, al resolver una cuestión de orden público, como lo es la vigencia y aplicación del principio constitucional del plazo razonable, obró afectando seriamente el principio de legalidad y el derecho a la defensa en juicio, revocando la declaración de extinción de la acción penal sobre la base de argumentos arbitrarios, es que entiendo procedente declarar nulo el fallo, disponiendo en consecuencia la extinción de la acción penal en la presente causa seguida al señor Nelson Rubén Mendoza Osorio, con el consecuente sobreseimiento definitivo tal como lo dispone el art. 359 del C.P.P., conforme los fundamentos expuestos precedentemente y a lo dispuesto por los art. 16, 17, 137, 247, 256 de la C.N., art. 8º, incs. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 5º, 6º, 39, 40, 127, 136, 153, 154, 359, 480 y concordantes del C.P.P. Es mi voto.

A su turno, los ministros Pucheta de Correa y Torres Kirmser manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el ministro Sindulfo Blanco, dijo: No procede el estudio de la segunda cuestión, dada la manera en que fue resuelta la primera, así doy mi voto.

A su turno, los ministros Pucheta de Correa y Torres Kirmser manifestaron 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: Anular el Auto Interlocutorio N° 113 de fecha 07 de junio del 2007 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Tercera Sala, por los fundamentos expuestos en el exordio que antecede. Declarar la extinción de la acción penal en la causa seguida a Nelson Rubén Mendoza Osorio por los motivos precedentes y disponer el sobreseimiento definitivo en el marco de la presente causa por imperio del art. 359 del C.P.P. Remitir estos autos al Juzgado competente a los fines pertinentes. Remitir compulsas de estos autos al Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia a los efectos previstos en el exordio del presente fallo. Anotar, notificar y registrar.

Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y José Raúl Torres Kirmser.

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 81

RECURSO DE CASACIÓN. Control de logicidad y legalidad. SENTENCIA. Vicios de la Sentencia.

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

CSJ, Sala Penal. 23-03-10. “Oscar Emilio Portillo Trinidad s/ Homicidio Culposo” (Ac. y Sent. N° 81).

CUESTIONES:

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

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: Pucheta de Correa, Blanco y Bajac.

A la primera cuestión planteada, la doctora Pucheta de Correa dijo: Los abogados Tarek Tuma, Cristian Knapps y Alcides Cáceres interponen Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado a favor de Oscar Portillo.

Por Sentencia Definitiva N° 16 del 28 de mayo de 2007, el Tribunal de Sentencias dispuso declarar comprobado el hecho punible de homicidio culposo,

la autoría del acusado Oscar Portillo y condenarlo a la pena privativa de libertad de dos años.

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 9 de Octubre de 2007, estando dicha presentación planteada en tiempo, ya que la notificación al recurrente y sus abogados fue realizada por cédula de notificación en fecha 25 de Setiembre de 2007, por lo que se halla dentro del plazo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal. El recurrente impugna el A. y S. N° 31 de fecha 12 de setiembre de 2007, emanada de un Tribunal de Apelación; así también esta resolución pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal se halla cumplido. Y el recurrente invocó como motivo que amerita la procedencia del recurso la causal prevista en el numeral 3° del Art. 478 del Código Ritual (falta de fundamentación).

En cuanto al motivo invocado, para analizar el mismo ya se debe estudiar el fallo impugnado, por lo que procede declarar la admisión del mismo.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, el recurrente es condenado, 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, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales. En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, corresponde declarar admisible para su estudio el recurso deducido. Es mi voto.

A su turno, los doctores Blanco y Bajac manifiestan que se adhieren al voto de la Ministra preopinante, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la Doctora Pucheta de Correa prosigue diciendo: 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 día del hecho, la víctima se hallaba circulando con su motocicleta en su carril cuando realiza un giro hacia otra calle, y en ese ínterin la camioneta al mando del condenado ingresa al carril no permitido a alta velocidad, chocando a la moto en su parte trasera y arrastrándola por treinta metros, de lo cual resulta la muerte del conductor.

2. Fundamentos del Tribunal de Sentencia: El Tribunal de Sentencias, para llegar a la parte resolutive de su fallo tuvo especial atención a las pruebas testificales a más de los informes técnicos brindados en autos y valorados en su oportunidad.

3. Argumentos del Tribunal de Alzada: Confirma el fallo de primera instancia. Indica que la valorización de las pruebas es correcta y que no es permitido a ellos el volver a analizarlas, así también que los incidentes fueron clara y correctamente respondidos a más de que la sentencia se halla encuadrada dentro de derecho.

4. Resumen del escrito de casación del recurrente: El recurrente solicita la casación de la resolución de Cámara argumentando que ha interpuesto su recurso de apelación especial mencionando varios agravios, los cuales no han tenido respuesta en su totalidad. Posteriormente reitera los agravios dados en segunda instancia.

5. Resumen de la contestación de las partes: El Ministerio Público contesta el traslado diciendo que el recurso debe ser declarado procedente en razón a que se observa el error resaltado por la defensa, antes mencionado.

Análisis de la procedencia del recurso:

Avocándose así al único agravio del recurrente, es menester antes que nada leer su escrito de apelación especial, a objeto de determinar los agravios allí interpuestos para luego cotejar si fueron todos respondidos en Cámara de Apelación. De esta forma se ve que en su oportunidad la defensa hoy recurrente se agravio por ser la sentencia infundada, por no tener fundamento la norma utilizada para imponer condena, por utilizar una prueba ilegal, por tener razonamientos contrarios en cuanto al análisis de la misma prueba y mala aplicación de otros artículos de la ley de fondo.

A la vista de los agravios expuestos en su momento por la defensa, y observando el fallo objeto de estudio, se puede ver que realmente la Cámara de Apelación no ha respondido a todos ellos en su momento. Efectivamente, la

Cámara de Apelación respondió solo en forma muy general los dos primeros citados para profundizar luego solo en otro de los nombrados, faltando respuesta clara en relación a los demás.

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

Continuando con la jurisprudencia salida de esta Corte como fruto de las normas antes explicadas, se ve el fallo dictado en la causa: "Hugo Javier Pera s/ Estafa y otros", donde se dijo: "De la lectura del escrito de interposición del recurso de apelación especial por un lado y del fallo emitido por el mencionado órgano jurisdiccional por el otro, se puede observar que los miembros del tribunal transgredieron el principio de congruencia al no dar respuesta a los requerimientos expuestos por el apelante concernientes a la mala aplicación de los artículos 187, 192 y 246...".

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

Así también, la Corte Suprema de Justicia, en su fallo 1297 de fecha 13 de setiembre de 2004 ha dicho: "No es suficiente la excusa destacando que la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la Sentencia de Primera Instancia no son atacables por la vía de la Apelación Especial de Sen-

tencia. El Tribunal de Alzada está obligado a controlar el proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento, y al expresar su conclusión sobre dicha verificación, es su deber expresar la correlación lógica de argumentos o de razones suficientes que demuestren su conclusión, lo cual, no significa necesariamente incursión del Tribunal en el terreno de los hechos”.

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

Por las razones expuestas precedentemente, corresponde que el Acuerdo y Sentencia N° 31 de fecha 12 de setiembre de 2007 sea anulado. Ahora bien, en cuanto a la solución que debe darse a este caso, es pertinente la utilización de la decisión directa, propuesta en nuestro artículo 474 del CPP, ya que los agravios expuestos ante esta Corte Suprema de Justicia en cuanto a la casación, son similares a los ya presentados ante la Cámara de Apelación en la apelación especial, por lo que no es necesario la realización de un nuevo control en segunda instancia, sino solo ya la respuesta acabada de los agravios de la defensa.

En este sentido cabe pasar a responder el primer y segundo agravio de la defensa, por ser ambos iguales. La defensa se agravia debido a que no se ha realizado una correcta subsunción del hecho dentro del tipo penal, ya que faltaba la norma lesionada dentro del tipo, es decir, faltaba determinar claramente cuál era el deber de cuidado que tenía el condenado que, al infligirlo, produjese el tipo legal. Sigue manifestando que el fallo no cumple con las normas constitucionales y penales sobre como debe fundarse un fallo jurídico.

Al respecto, es menester expresar que el fallo de primera instancia posee los argumentos requeridos y la construcción lógica de hechos y derechos necesarios para no caer en los vicios que indica la defensa. Desde que se comienza a tratar el estudio en el fallo de primera instancia, se puede ver el hilo mental de los jueces y determinar claramente sus razones, viendo también ya los fundamentos que éstas han tenido; el deber de cuidado que el tribunal ha acreditado como violado aparece en la sentencia definitiva y se concreta en la alta velocidad que el rodado manejado por el condenado poseía, dentro de un radio urbano que como tal impedía la acción verificada. La constatación de esta acción traduce como obligada la norma de haber reducido la velocidad en el lugar del hecho, y esto fue claramente identificado por el tribunal; no puede deducirse la falta de fundamento cuando el tribunal tiene por acreditado los extremos que hacen a

una imprudencia, verificada más que nada por el trabajo pericial que fue presentado en el juicio oral. En definitiva, no se hallan en la sentencia de primera instancia los vicios que indican los recurrentes, por lo que no debe hacerse lugar a estos agravios.

En cuanto a la tercera y cuarta cuestión presentada por la defensa, aducen que en el cuerpo de la sentencia aparece y fue valorado como tal un elemento probatorio que no posee el revestimiento de la legalidad. Esta prueba impugnada es justamente la pericia dada en autos por medio de la cual se verifica el estado del lugar del hecho, su visibilidad, la velocidad del vehículo y el estado del mismo; la defensa indica que la misma no fue realizada como anticipo jurisdiccional de prueba y que por ello la misma es nula. Al respecto, la respuesta que ya diera en su oportunidad el tribunal de méritos es correcta y debe acotarse que su razonamiento sobre la misma se ajusta a la Sana Crítica; la misma fue ingresada principalmente por la declaración y las explicaciones del perito, y esto no viola en absoluto el principio de libertad probatoria y mucho menos atenta contra la Sana Crítica del tribunal, si bien es verdad que algunos actos deben revestirse de ciertas formalidades, no es precisamente el presente uno de ellos, ya que el Ministerio Público, con el objeto de llegar a la verdad y aclarar el hecho punible, tiene la potestad de emplear los medios que considere pertinente, tal como lo establece las normas contempladas en el artículo 52 en adelante del CPP.

La introducción hecha de la evidencia, que no opone justamente un carácter de anticipo probatorio por no reunir los requisitos, se ajusta a la buena marcha del proceso, ya que le mismo declara por sus conocimientos y estudios realizados en el acto, y en cuanto a su valoración, solo puede decirse que la misma está acorde a la lógica de sucesos fácticos de la vida cotidiana, como así también a las normas que hacen a la valoración de la prueba, siendo luego imposible avanzar en este camino por impedirlo el Principio de Inmediación, por lo que estos dos agravios deben ser rechazados.

En cuanto al último tópico, la defensa aduce que fueron mal utilizados varios artículos del Código Penal, pero inmediatamente se ve que en este apartado lo único que desean es volver a discutir la autoría y la posibilidad de existir una culpa concurrente, cuestiones no permitidas a los órganos de alzada; por otro lado, la utilización de la duda a favor del reo no puede ser pedida tampoco al tribunal de méritos, ya que en el estudio de sus argumentaciones, se ve que

ellos en ningún momento estuvieron en duda, por lo que este agravio tampoco debe hacerse lugar.

Por todas estas consideraciones, debe confirmarse la sentencia definitiva N° 16 de fecha 28 de mayo de 2007, quedando la misma firme en todos sus puntos.

Las costas se impondrán a la parte perdedora como lo dice el artículo 261 del Código Procesal Penal. Es mi voto.

A su turno los doctores Blanco y Bajac manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE:

1. Declarar la admisibilidad de los Recursos Extraordinarios de Casación planteados por la defensa de Oscar Portillo.

2. Hacer lugar al Recursos Extraordinario de Casación planteado por Oscar Portillo contra el Acuerdo y Sentencia N° 31 de fecha 12 de setiembre de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación de la Circunscripción de Ñeembucú, por los argumentos vertidos en el considerando de la presente resolución.

3. Resolver directamente la apelación especial vertida en su oportunidad por Oscar Portillo y confirmar en relación al mismo la S.D. N° 16 de fecha 28 de mayo de 2007, dictada por el tribunal de méritos en esta causa.

4. Imponer las costas a la perdedora.

5. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Alicia Beatriz Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Miguel Oscar Bajac.

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 82

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN. PRUEBA.

El Principio de Inmediación que rige en nuestro proceso, tiene un efecto que aquello que fuera analizado y estudiado por un determinado juez, es decir los integrantes de un tribunal méritos, solo puede ser analizado por ellos mismos,

y no por otra magistratura superior, las pruebas rendidas y los hechos verificados son revestidos luego por una intangibilidad, que hace imposible para los posteriores jueces el volver a analizarlos y lógicamente, modificarlos.

RECURSO DE CASACIÓN. Principios generales.

La Cámara de Apelación solo debe controlar el razonamiento del inferior, estudiar si el mismo se adecua a la Sana crítica, es decir, si se compadece de la lógica de los hechos y de la certeza del derecho, pero no puede asignar nuevo o diferente valor al dado a las pruebas, ni agregar, quitar o modificar los hechos de la manera que quedaron asentados.

RECURSO DE CASACIÓN. Reenvío en el recurso de casación.

Si en el caso que los camaristas hubiesen encontrado un error en el razonamiento del inferior, y de ello lógicamente derive una modificación del quantum punitivo, lo que deberían haber realizado es una remisión al inferior al solo efecto de imponer nueva carga punitiva, no reducir por ellos mismos la pena impuesta.

CSJ, Sala Penal. 23-03-10. “Fidel Coronel Carneiro s/Homicidio Doloso” (Ac. y Sent. N° 82).

CUESTIONES:

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

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: Pucheta de Correa, Blanco y Bajac.

A la primera cuestión planteada, la doctora Pucheta de Correa dijo: El agente fiscal adjunto Edgar Moreno interpone Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, confirmatorio de la sentencia dictada en primera instancia en todas sus partes, a excepción de la calificación otorgada y la pena impuesta que fuera modificada.

Por Sentencia Definitiva N° 24 del 6 de junio de 2008, el Tribunal de Sentencias dispuso tener por comprobado el hecho punible de homicidio, la autoría de Fidel Coronel Carneiro y además condenar al mismo a la pena privativa de libertad de ocho años.

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 22 de setiembre de 2008, estando dicha

presentación planteada en tiempo, ya que la notificación del recurrente fue realizada por cédula de notificación en fecha 8 de setiembre 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 de Apelación, A. y S. N° 55 de fecha 5 de setiembre de 2008, bajo el amparo de las normas 477 y 478 inciso 3 del Código Ritual, esta resolución pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal se halla cumplido. El recurrente invocó como motivo que amerita la procedencia del recurso la causal prevista en el numeral 3° del Art. 478 del Código Ritual (falta de fundamentación).

En cuanto al motivo dado en el inciso 3°, para determinar su presencia debe analizarse ya la sentencia impugnada.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, el recurrente es agente fiscal adjunto de la causa, 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, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales.

En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, corresponde declarar admisible para su estudio el recurso deducido. Es mi voto.

A su turno, los doctores Blanco y Bajac manifiestan que se adhieren al voto de la Ministra preopinante, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la doctora Pucheta de Correa prosigue diciendo: En el presente caso se pasa a clarificar la cuestión a ser debatida. El recurrente pretende la casación del fallo traído a estudio debido a que la Cámara de Apelación evaluó nuevamente las pruebas rendidas en juicio, además de aplicar el Principio del *Indubio Pro Reo* y efectuar una modificación de la pena impuesta al acusado Fidel Coronel; este fallo no fue cuestionado en ningún punto por la defensa.

Al respecto, expresa el casacionista que es vedado a los órganos de alzada el volver a evaluar las pruebas que fueran presentadas ante el tribunal de

méritos, así como utilizar una supuesta duda a favor del reo y establecer una modificación de la pena que fuera impuesta en primera instancia, es decir, impuesta por el Tribunal de Méritos. Manifiesta que por nuestro sistema procesal penal, solamente el Tribunal de Sentencias es el único habilitado para el análisis de los hechos, de las pruebas, de los autores y la evaluación de la reprochabilidad de ellos y la pena a ser impuesta en su caso.

Entrando ya en materia de examen, corresponde analizar si los estudios realizados y la reducción hecha por la Cámara de Apelación está sujeta a lo autorizado por la Sana Crítica a efectos de la apelación especial, es decir, se debe investigar si la modificación hecha por los jueces de Cámara responde a un mal análisis hecho por el tribunal inferior.

Ya la Corte Suprema de Justicia ha indicado en innumerables fallos, entre otros se menciona el A. y S. N° 1.370 de fecha 29 de diciembre de 2006, dictado en la causa: “Ignacio Benítez Zolían s/ Secuestro”, que para los órganos de alzada lo único que cabe es examinar si el razonamiento utilizado por el inferior es correcto y no está contra Derecho o contra el Principio de la Sana Crítica, y no pueden volver a cotejar las cuestiones fácticas para asignar un resultado diferente al que ya dieron en primera instancia.

El Principio de Inmediación, que rige en nuestro proceso, tiene por efecto que aquello que fuera analizado y estudiado por un determinado juez, es decir los integrantes de un tribunal de méritos, solo puede ser analizado por ellos mismos, y no por otra magistratura superior; de allí nace la conocida expresión, derivada de ello, que indica que las pruebas rendidas y los hechos verificados son revestidos luego por una intangibilidad, que hace imposible para los posteriores jueces el volver a analizarlos y lógicamente, modificarlos.

En el caso de autos, los camaristas han evidenciado que vuelven a estudiar pruebas rendidas e inclusive aplican el *Indubio Pro Reo* en la causa; sobre estos puntos, a más de lo arriba ya dicho, se puede agregar que la Cámara de Apelación debe solo controlar el razonamiento del inferior, estudiar si el mismo se adecua a la Sana Crítica, es decir, si se compadece de la lógica de los hechos y de la certeza del derecho, pero no puede asignar nuevo o diferente valor al dado a las pruebas, ni agregar, quitar o modificar los hechos de la manera que quedaron asentados. Sobre la pena impuesta, los camaristas sopesan la pena aplicada al condenado, y la encuentran muy elevada luego del cambio de calificación que otorgan al hecho a consecuencia de las modificaciones fácticas encontradas;

esta calificación fue modificada porque encuentran que no existe dolo en el homicidio del caso, pero justamente esto es lo que así consideró el tribunal de méritos y esto es lo que no puede cambiar el órgano de alzada, si en caso que los camaristas hubiesen encontrado un error en el razonamiento del inferior, y de ello lógicamente derive una modificación del *quántum* punitivo, lo que deberían haber realizado es una remisión al inferior al solo efecto de imponer nueva carga punitiva, no reducir por ellos mismos la pena impuesta.

Por las razones antedichas, encontramos que 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.

Por tanto, corresponde anular el acuerdo y Sentencia N° 55 de fecha 5 de setiembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación de Amambay, y confirmar en todas sus partes la sentencia definitiva N° 24 de fecha 6 de junio de 2008 dictada por el tribunal de sentencias de autos. Esto último obedece a la posibilidad de utilizar la decisión directa facultada por ley y en atención que una remisión a otra Cámara de Apelación, igualmente debe votar en el sentido expuesto, lo cual hace impertinente y dilatorio dicha remisión.

Las costas se impondrán a la parte perdedora, como lo dice el artículo 261 del Código Procesal Penal. Es mi voto.

A su turno los doctores Blanco y Bajac manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE:

1. Declarar la admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación planteado por el agente fiscal adjunto Edgar Moreno.

2. Hacer lugar al Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el Acuerdo y Sentencia N° 55 de fecha 5 de setiembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación de Amambay.

3. Confirmar la Sentencia Definitiva N° 24 de fecha 6 de Junio de 2008 dictada por el tribunal de sentencias de autos.

4. Imponer las costas a la perdedora

5. Anotar, registrar y notificar.

Ministros: Alicia Beatriz Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Miguel Oscar Bajac.

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 83

Cuestión Debatida: El actor promovió demanda por indemnización de daños y perjuicios emergentes de medidas cautelares solicitadas las cuales fueron desestimadas y caducas, configurándose una medida cautelar abusiva o excesiva. Para este caso se aplica la responsabilidad objetiva.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito. Responsabilidad por daños y perjuicios. Responsabilidad objetiva. MEDIDA CAUTELAR.

En el caso en estudio las Medidas Cautelares fueron levantadas por la improcedencia del Interdicto y por la Caducidad del Juicio de Reivindicación, demostrando que la interesada en las medidas abusó del Derecho concedido por la ley, por lo cual es plenamente admisible la indemnización de Daños y Perjuicios, pues el thema decidendum se encuadra en lo previsto en la Ley.

DAÑOS Y PERJUICIOS. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios profesionales. SENTENCIA. Ejecución de Sentencia.

En lo que atañe a los gastos de Honorarios Profesionales, ello no corresponde ser estudiado en el presente juicios de daños y perjuicios, pues de las constancias de los Juicios de Interdicto de Recobrar la Posesión y de obra Nueva y de Reivindicación se tiene que hubo condenatoria en costas, a mas que los honorarios profesionales sumados a la condena en costas deben ser reclamados por otra vía procesal, como es el Juicio de Ejecución de aquellos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Valuación de los daños. Principios generales. MEDIDA CAUTELAR.

Se debe relacionar el menoscabo del daño con el derecho para así lograr precisar la valuación del daño. De esto resulta que a la idea del menoscabo a un bien se le agregue de que sea producido en violación a la norma jurídica (anti-juricidad), y la de hacer nacer la responsabilidad de la persona, lo cual, se ajusta al caso de la medida cautelar trabada indebidamente, que ha afectado al hoy demandante, causándole un daño.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Daño moral, entendido como aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privaci-

dad o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual. El daño moral es subjetivo y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano, el nivel de afectación varía de un sujeto a otro.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 23-03-10. “Rafael Hidalgo Ortiz c/ Tania Luisa López Coronel s/Indemnización de Daños y Perjuicios.”(Ac. y Sent. N° 83).

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ella ajustada a Derecho?

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

A la primera cuestión el señor Ministro César Antonio Garay dijo: El recurrente, si bien interpuso Recurso de Nulidad contra la Resolución recurrida, no realizó fundamentación discriminada; empero estudiada la Resolución que nos ocupa no se constatan vicios ni defectos, los que obligatoriamente hagan viable la anulación de oficio. En consecuencia, corresponde declarar Desierto el Recurso. Así voto.

A sus turnos, los señores ministros Miguel Oscar Bajac Albertini y José Raúl Torres Kirmser manifestaron que: Se adhieren al voto preopinante por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el señor ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por Sentencia Definitiva Número 364, dictada al 3 de noviembre del 2.004, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Hernandarias resolvió: “...I. No hacer lugar, con costas a la presente demanda ordinaria de indemnización de daños y perjuicios, promovida por el Sr. Rafael Hidalgo Ortíz en contra de la Sra. Tania Luisa López Coronel por improcedente, fundado en las consideraciones indicadas en el considerando de la presente resolución...” (fs. 90/94 vltos.). La mencionada Resolución del A-quo fue objeto de Recursos de Apelación y Nulidad por la adversa.

Por Acuerdo y Sentencia Número 132, del 30 de noviembre del 2005 el Tribunal de Apelación, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú resolvió: “...1) Declarar desierto el recurso de nulidad. 2) Revocar el fallo apelado, haciendo lugar a la demanda promovida por el Sr. Rafael Hidalgo Ortíz contra la Sra. Tania Luisa López Coronel por Indemnización de Daños y Perjuicios y, en su consecuencia, condenar a la parte demandada a abonar a la parte actora la suma de Guaraníes Veinte Millones (20.000.000),

más accesorios legales, dentro de los diez días de notificada de este Acuerdo y Sentencia. 3) Imponer las costas del juicio a la parte vencida” (fs. 127/128 vltto.).

En su escrito de “Expresión de Agravios” el recurrente aseveró –entre otras manifestaciones– que el Fallo le produjo agravio irreparable al hacer lugar a la demanda, por haber incurrido en error en la apreciación y valoración de los hechos y de las pruebas conducentes a la demostración de lo acaecido, mereciendo especial estudio a criterio del Profesional recurrente los puntos allí detallados (fs. 142/157).

Al contestar el traslado, la Parte Actora requirió la confirmación del Fallo apelado, al haberse demostrado la existencia del daño por el actuar reticente de la Demandada, conforme las probanzas ofrecidas en la estación procesal pertinente y en base a los méritos y valoraciones de ellas por el Ad-quem al dictar el Acuerdo y Sentencia Número 132, del 30 de noviembre del 2.005 (fs. 159/162).

Cabe precisar el término “Daño” y “Responsabilidad” en el ámbito civil para determinar su existencia o no en el caso en juzgamiento.

“...Daño. Según la Academia, que remite la definición del sustantivo al verbo; detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia. Maltrato de una cosa. Si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La adquiere cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra. El causante del daño incurre en responsabilidad, que puede ser civil, si se ha ocasionado por mero accidente, sin culpa punible ni dolo; o penal, si ha mediado imprudencia o negligencia (culpa), o si ha estado en la intención del agente en producirlo. La responsabilidad civil por los daños puede surgir aun cuando el responsable no haya tenido ninguna intención directa ni indirecta; cual sucede en los casos de responsabilidad objetiva y en aquellos otros en que se responde por los hechos de terceras personas...”. Daño material. El daño puede ser de dos tipos: material o moral.

Entiéndase por la primera especie aquel que, directa o indirectamente, afecta a un patrimonio, a aquellos bienes (cosas o derechos) susceptibles de valuación económica (agravio material) (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Osorio, p. 194).

El Artículo 1833 del Código Civil dispone: “*El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediere culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente*”.

El Art. 1834 del Código Civil establece: “*Los actos voluntarios sólo tendrán el carácter de ilícitos: a) cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas*

municipales, u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisiones que causaren perjuicio a terceros, cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido; b) si hubieren causado un daño, o produjeren un hecho exterior susceptible de ocasionarlo; y c) siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratase de una simple contravención". El artículo 1835 del mismo Cuerpo Legal expresa: "Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos...".

Este Juicio fue iniciado por Rafael Hidalgo Ortiz contra Tania Luisa López Coronel en concepto de indemnización por daños y perjuicios. El accionante había iniciado la construcción de una fosa de mantenimiento de vehículos en su propiedad, con la finalidad de obtener mayores ingresos económicos para financiar el estudio universitario de uno de sus hijos. Siguió diciendo, que una vez iniciada la construcción Tania Luisa López presentó demanda por Interdicto de Obra Nueva y Recobrar la posesión, arguyendo que la construcción se estaba realizando en una porción del terreno de su propiedad, presentación que en su oportunidad fue rechazada ante la falta de pruebas por el A-quo y confirmada la Resolución por el Ad-quem. Manifestó –igualmente– que con posterioridad a la Acción mencionada precedentemente López Coronel inició Juicio de Reivindicación de Inmueble contra el Actor y que dicho caso concluyó por Caducidad de Instancia. También reveló que en ambos Juicios los Juzgados que entendieron decretaron medidas de prohibición de innovar y suspensión de obra. Concluyó solicitando Indemnización por causa del perjuicio económico ocasionado por la privación de ganancias y daño moral ocasionados por Tania Luisa López Coronel, reclamando la suma de Guaraníes ochenta y cinco millones doscientos cincuenta y siete mil cuatrocientos (Gs. 85.257.400) (fs. 21/6).

En este estadio, corresponde estudiar los fundamentos de los "Agravios" presentados por el abogado recurrente.

Seguidamente escudriñamos en el material probatorio –en su conjunto– a fin de determinar la existencia de responsabilidad civil y del daño en el Derecho subjetivo patrimonial del Actor.

Por cuerda disímiles a este Juicio obran constancias de Juicios: Interdicto de recobrar la posesión y de obra nueva y Reivindicación, promovidos por Tania Luisa López Coronel contra Rafael Hidalgo Ortiz, en lo cuales bajo Caución Juratoria de la Accionante se decretaron medidas de Prohibición de Innovar y suspensión de obras. Igualmente, por cuerda separada están las Regulaciones de Honorarios del Abogado Herminio Aranda, representante convencional de Rafael Hidalgo Ortiz en el Interdicto de Recobrar la Posesión y de Obra Nueva. A fs. 1/2 vlto. de la Regulación del indicado profesional del Foro se glosó copia simple de la S.D. N° 177, del 30 de mayo del 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Hernandarias, que resolvió no hacer lugar a la Demanda de Interdicto de recobrar la posesión y obra nueva iniciada por Tania Luisa López contra Rafael Hidalgo Ortiz. A fs. 34 de esos mismos Autos rola copia del Acuerdo y Sentencia Número 13, del 22 de Febrero del 2.001, dictado por el Tribunal de Apelación, Primera Sala, de aquella Circunscripción, que confirmó la Resolución dictada en Primera Instancia.

El Código Procesal Civil en lo que concierne a las Medidas Cautelares norma cuanto sigue:

Artículo 693: “Presupuestos genéricos de las medidas cautelares. Quien solicite una medida cautelar deberá, según la naturaleza de ella: a) acreditar prima facie la verosimilitud del derecho que invoca; b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida según las circunstancias del caso; y c) otorgar contracautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho, salvo aquellos casos en que no se la requiera por la naturaleza de la medida solicitada”.

Artículo 700: “Promoción de la demanda. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubiere ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si, tratándose de obligación exigible, no se interpusiere la demanda dentro de los diez días, siguientes al de su traba.

Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa”.

Artículo 702: “Responsabilidad. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 700, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley

otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado. La determinación del monto de éstos se sustanciará por el trámite del proceso de conocimiento sumario”.

Artículo 704: “Contracautela. La clase y el monto de la caución a que se refiere el artículo 693 inciso c), como condición para decretar la medida precautoria, será graduada prudentemente por el juez o tribunal, teniendo en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. Podrá ser prestada por el interesado o por tercero”.

Artículo 725: “Prohibición de innovar. Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: a) existiere el peligro que alterada la situación de hecho o de derecho, ello pudiere influir en la sentencia o convirtiere su cumplimiento en ineficaz o imposible; y b) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria”.

Como que el Juicio de Interdicto de recobrar la posesión y de obra nueva fue rechazado y el de Reivindicación de Inmueble caducó, ambos generaron Medidas Cautelares de suspensión de obra y prohibición de innovar que fueron otorgadas bajo caución juratoria de la solicitante Tania Luisa López y bajo responsabilidad de ésta. En ambos Juicios no fueron demostrados –en forma fehaciente– los extremos sostenidos para demandar, ni los requisitos mínimos de las medidas cautelares.

Coincido plenamente con lo expresado por el Ad-quem sobre el particular, en el sentido que someter a una persona a dos Juicios consecutivos en los cuales se dispusieron Medidas Cautelares que cercenaron el Derecho de propiedad por un largo lapso, sin demostrar justificación ni verdad jurídica de lo pretendido en los Juicios, todo ello representa daños y agravios en detrimento de los Derechos subjetivos patrimoniales de Rafael Ortiz Hidalgo, que a su vez generó malestar en sus afecciones más íntimas y en su posibilidad de disponer libremente de lo que en Derechos Reales le corresponde, por lo que el Daño Moral se dio, pues existió abuso del Derecho al petitionar Tania Luisa López las Medidas Cautelares en cuestión. Y al respecto, el Artículo 702 del Código Procesal civil es diáfano al prever que: “cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado”. En el caso en estudio las Medidas Cautelares fueron levantadas por la improcedencia del Interdicto y

por la Caducidad del Juicio de Reivindicación, demostrando que la interesada en las medidas abusó del Derecho concedido por la Ley. En consecuencia, es plenamente admisible la indemnización de Daños y Perjuicios, pues el *thema decidendum* se encuadra a lo previsto en la Ley.

El Daño Moral reclamado por el Actor –como consecuencia que su hijo Gustavo Rafael Hidalgo haya dejado de realizar estudios superiores debido a gastos en los que incurrió el progenitor y la falta de ingresos que le generó el cese de la construcción– debe ser atendido en razón de las constantes y reiteradas aprehensiones económicas a que fue sometido por culpa de las demandas que afectaron Derechos Reales del patrimonio familiar.

“Tesis objetiva. Según esta tesis, la responsabilidad del peticionario tiene origen en la mera circunstancia de que la medida haya sido trabada indebidamente, sea en virtud de desestimarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho alegado por el actor o bien por razones relativas a la improcedencia de la cautela o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de ésta (desistimiento o caducidad de la medida). A esta tesis adhieren los CPC Corrientes (art. 379) y Córdoba (art. 1061) en cuanto, al aludir a la caución que debe prestarse para cubrir los daños y perjuicios, el primero condiciona su eventual efectividad al supuesto de que la medida se haya pedido “sin derecho” y el segundo al de que “la deuda” no exista. Más remarcada aparece la adhesión del CPC Jujuy, cuyo art. 271 tiene por configurada la responsabilidad *sub examine* “cuando se mande levantar una medida cautelar ya sea porque se obtuvo indebidamente, o porque el demandado resultó absuelto de la demanda principal, o por cualquier otro motivo. Los partidarios de esta tesis sustentan, fundamentalmente en la consideración de que las resoluciones recaídas en el proceso cautelar, a diferencia de las que recaen el proceso definitivo, pueden originar perjuicios patrimoniales directos que no se resarcen mediante la condena en costas, de modo que las medidas correspondientes, en tanto responden a una facultad procesal cuyo ejercicio impone la mayor prudencia, deben reputarse adoptadas por cuenta y riesgo de quien las peticiona, añadiéndose que entre éste, que se beneficia aunque en definitiva sin derecho, y quien la padece, sin que en ningún caso pueda obtener de ella un beneficio, no es dudoso que las consecuencias deben ser soportadas por el primero” (Medidas Cautelares, Martínez Botos, Editorial Universo, Buenos Aires, ps. 142/3).

En las condiciones presentadas y de conformidad al Artículo 702 del Código Procesal Civil, en concordancia con las disposiciones en la materia del Derecho

de Fondo, corresponde la Indemnización de Daños y Perjuicios por haber abusado del Derecho que le otorga la Ley para peticionar Medidas Cautelares, ocasionando daño moral en los Derechos patrimoniales y de propiedad, motivaciones que permiten condenar a la enjuiciada de conformidad al Artículo 452 del Código Civil a abonar al perjudicado la suma de Guaraníes veinte millones (Gs. 20.000.000), más los intereses legales correspondientes desde la iniciación de la Acción indemnizatoria como quantum debeatur, que fueron expresamente solicitados en el escrito inicial (ver fs. 26). Esto consistió a fs. 161 y 162 la abogada Danice Mariela Vera Giménez.

En cuanto al lucro cesante éste no fue demostrado en forma precisa, ni fehaciente, ya que más bien fue invocado al albur y basándose en documentales correspondientes a otros servicios de lavaderos de vehículos, por lo que a falta de prueba concreta, no corresponde otorgar.

Referente al Daño Material producido por la pérdida de los materiales de construcción con el transcurso del tiempo y el reembolso del costo de los mismos: En primer término no se demostró el detrimento de los materiales de construcción y en segundo lugar el costo total de los gastos en concepto de compra de los mismos no fue demostrado, pues solo se presentaron boletas simples de compra de materiales de construcción por módicas sumas de dinero y que no fueron reconocidas las firmas en su totalidad, por lo que la Indemnización por Daño Material será desestimada.

En lo que atañe a los gastos de Honorarios Profesionales, ello no corresponde ser estudiado en el presente Juicio, pues de las constancias de los Juicios de Interdicto de Recobrar la Posesión y de Obra Nueva y de Reivindicación se tiene que hubo condenatoria en costas; a más que los Honorarios Profesionales sumados a la condena en Costas deben ser reclamados por otra vía procesal, como es el Juicio de Ejecución de aquellos.

Por los razonamientos aludidos, de conformidad a las previsiones de los Códigos de Fondo y Forma enunciadas, aplicadas a la Sana Crítica, reflexiono que la Indemnización de Daños y Perjuicios debe ser confirmada con los alcances, méritos y fundamentos sostenidos en esta Resolución.

En las circunstancias manifestadas, razonadas y explicitadas, según las Normas Jurídicas en la materia es justo en Derecho confirmar el Acuerdo y Sentencia Número 132, del 30 de noviembre del 2005, dictado por el Tribunal de Apelación, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canin-

deyú. En lo que respecta a las Costas, imponer a la perdidosa en virtud de lo dispuesto por los Art. 192 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

A su turno el Ministro Miguel Oscar Bajac Albertini manifestó que: Coincidió con la decisión del preopinante el Ministro Garay, pero en igual sentido me permito realizar las siguientes consideraciones:

Que, a todas luces se encuentra probada la existencia de un daño, el cual es el objeto del juicio de indemnización de daños y perjuicios emergente de las medidas cautelares, solicitada por la ahora demandada. La idea de que el daño es el menoscabo de un bien, implica dar un concepto demasiado amplio y general que le resta trascendencia. Entonces se debe relacionar este menoscabo con el derecho para así lograr precisarlo. De esto resulta que a la idea del menoscabo a un bien se le agregue de que sea producido en violación a una norma jurídica (antijuridicidad), y la de hacer nacer la responsabilidad de la persona, lo cual, se ajusta al caso concreto debido a que la Medida Cautelar que ha afectado al hoy demandante a efectuado un daño. Lato sensu, el término se refiere a toda suerte de mal material o moral, más particularmente, en Derecho Civil, la palabra “daño” representa al detrimento, perjuicio, menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.

Que, debido a la existencia clara del daño que la medida cautelar ha producido al demandado no nos queda más que analizar el tipo de daño producido de conformidad a las probanzas existentes en el juicio. En este orden de ideas solo identificamos probada la existencia del daño moral y el lucro cesante, no así el daño emergente.

Al analizar el daño moral y retornando a la definición de “daño” como el mal o perjuicio producido a una persona y le aunamos el término “moral”, en referencia a la suma de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano, podremos acercarnos al concepto de Daño Moral, que entendido como aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual. El cual en el caso concreto se encuentra comprobado debido a que el demandante ha sido imposibilitado de continuar con un emprendimiento, ampliando el rubro en que se desempeñaba, y de esta manera cumplir su intención de aumentar sus ingresos, asimismo, no pudo saciar su esperanza de ayudar a su hija en costear sus estudios el cual ya había iniciado.

Que, el caso que nos ocupa confirma una vez más que el daño moral es subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no, por ello la apreciación económica es discrecional del juzgador como lo establece el Código Civil Paraguayo.

Que, en este sentido, el significado otorgado al “daño moral” en sentido restringido equivaldría a su tradicional contenido que no es otro que la formulación, esquemática y simplista, de dolor, sufrimiento, perturbación psíquica no patológica. Es del caso advertir, por lo demás, que en esta hipótesis, como es sabido, la designación de “daño moral” no toma en cuenta el aspecto del ser humano que se lesiona -que es su esfera afectiva o sentimental -sino que se hace referencia a la consecuencia del daño que es, precisamente, dolor o sufrimiento.

Ya se ha expresado esta Sala en otros fallos que la doctrina en la materia refiere que el daño moral es toda modificación disvaliosa del espíritu, y en tal sentido Stiglitz y Echevedí concuerdan en afirmar que el mismo “Es la alteración espiritual no subsumible en el dolor, que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona, sobre el cual los demás no pueden avanzar (P. 242 Responsabilidad Civil)”. (Sala Civil C.S.J. A.S. 43.08.03.06).

Ahora bien, es necesario puntualizar como lo hace Larenz que lo que se trata al indemnizar el daño moral, es de una aplicación de la teoría de las distintas funciones que pueden asignarse al pago de una suma de dinero: función de compensación, función de satisfacción y función punitiva. En cuando a la función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral al ofendido, nos dice el autor “proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero si una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida”. Ahora bien sin perder de vista, la naturaleza del daño moral y teniendo presente la tendencia de la Jurisprudencia Nacional en la cual se cuantifica la existencia del daño moral, de conformidad a la teoría compensatoria, el caso particular no se debe apartar del mismo.

En cuanto a la necesidad de resarcir el lucro cesante al caso concreto me adhiero a la posición del ministro Torres. Debiendo ser confirmado el Acuerdo y Sentencia e impuestas las costas al apelante.

A su turno el ministro José Raúl Torres Kirmser manifestó que: Coincido con la decisión del señor ministro Garay, pero me permito realizar las siguientes consideraciones:

El actor promovió demanda por indemnización de daños y perjuicios emergentes de las medidas cautelares solicitadas por la ahora demandada, consistentes en la prohibición de innovar las condiciones de un inmueble de propiedad de Rafael Hidalgo Ortiz. El derecho pretendido por el actor se encuentra previsto por el Art. 702 del Código Procesal Civil, que establece como supuesto para la existencia de la obligación de resarcir que la medida cautelar haya sido levantada por cualquier motivo que demuestre que el requirente de la misma abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga. Por lo tanto, producido el levantamiento de la medida cautelar en dichos términos, ya se configura plenamente el hecho ilícito que genera la obligación de resarcir, es decir, haber solicitado una medida cautelar en dichos términos, ya se configura plenamente el hecho ilícito que genera la obligación de resarcir, es decir, haber solicitado una medida cautelar abusiva o excesiva. Así lo establece la teoría objetiva, a la que hiciera referencia el Preopinante y que trasluce su influencia en la norma analizada: “Quien solicita una medida precautoria debe tener plena conciencia de la responsabilidad que asume al poner en marcha un arma muy celosa, que, por lo tanto, requiere de un cuidado superior al común; si los hechos demuestran luego que la trabó mal, es imposible que se exima de responsabilidad argumentando que su conducta no es culpable” (Ramírez, Jorge Orlando; “Medidas Cautelares”; Ed. Depalma, Bs. As.; 1976, pág. 71).

Analizadas las constancias de autos, se advierte que en el presente caso se encuentran presentes los requisitos enunciados en la norma precitada. En efecto, si bien el expediente del interdicto de obra nueva y recuperar posesión no ha sido agregado a estos autos, no es un hecho controvertido la existencia de tal juicio, ni su rechazo, ni que se hayan trabado medidas cautelares –ver contestación de la demanda, fs. 32/41– y además, los autos de regulación de honorarios que fueron agregados a este juicio, dan cuenta suficiente de la existencia del juicio y su resultados -ya que constituyen instrumentos públicos-. Por otra parte, también está probado que luego de haber resultado perdidosa en el interdicto

posesorio, la hoy demandada planteó una demanda de reivindicación, en cuyo contexto logró obtener una nueva medida cautelar de no innovar, para luego permitir que por su inactividad procesal se produzca la caducidad de la instancia en el mentado juicio, fs. 23 a 28 y 57 del expediente: “Tania Luisa López Coronel contra Rafael Hidalgo Ortiz sobre reivindicación de inmueble”.

Ahora bien, probada la conducta ilícita que constituye el hecho generador de la responsabilidad, corresponde analizar la existencia del daño.

El actor, en su escrito de demanda, expresó que el daño sufrido consistió en la pérdida sufrida por los gastos en la construcción y adquisición de materiales de la fosa; los gastos por el pago de honorarios profesionales —ambos rubros pueden ser considerados como daño emergente—; la frustración de obtener mayores ingresos por la imposibilidad de ampliar su local comercial, como consecuencia de la medida de no innovar —que no es otra cosa que el lucro cesante—; y daño moral, dado por la frustración de no poder disponer de un inmueble de su propiedad y no poder cumplir con su deseo de solventar la educación universitaria de sus hijos. Cada rubro amerita un estudio independiente para su correcta valoración.

En lo referente al daño emergente, lo gastado en la construcción de la fosa, así como en la compra de los materiales no configura por sí mismo un argumento suficiente para demostrar la existencia del daño. En primer lugar porque no ha sido demostrado en autos que la fosa haya dejado de ser aprovechable para la destinación que tenía en mente el actor de la presente demanda al iniciar su construcción, ni tampoco parece que el deterioro de lo construido sea una consecuencia necesaria del transcurso del tiempo. Los gastos realizados en concepto de adquisición de materiales tampoco pueden ser considerados en sí mismo como un daño emergente, ya que son cosas no perecederas y el actor no ha demostrado que su supuesto deterioro —no probado en autos— se haya debido a la conducta de la parte demandada. Por otra parte, en los expedientes de regulación de honorarios adjuntados por cuerda separada consta que la perdedora en costas en el interdicto ha sido quien abonó los honorarios del abogado de Rafael Hidalgo Ortiz, por lo que el actor no puede reclamar a la demandada que pague dos veces en el mismo concepto. Para que la pretensión de repetición de lo pagado en concepto de honorarios sea procedente, el actor debió demostrar que él abonó los honorarios profesionales del abogado que ejerció su representación, prueba que no se ha producido en estos autos. El actor tampoco demostró haber abonado los honorarios de su abogado por los trabajos realizados en el juicio

petitorio. Por lo expuesto, no se ha demostrado en autos la existencia de un daño emergente que deba ser reparado.

En cuanto al daño moral la situación cambia, considerablemente. El daño moral está reconocido como la afección causada a una persona como consecuencia de la realización de un acto contrario a derecho; la frustración o la alteración que provoca en el fuero interno de la persona la conducta antijurídica del agente del daño y que causa una modificación en la forma de percibir la realidad y encarar el futuro en el sujeto pasivo del daño. Por ello, se ha establecido que el daño moral debe ser probado, mediante el aporte de elementos idóneos para formar la convicción de la existencia de un bien jurídico o derecho subjetivo particular, no patrimonial, que no podrá disfrutarse como consecuencia del ilícito ocurrido. Cabe recordar que derecho es todo interés protegido por el ordenamiento jurídico (Ihering; “La Lucha por el Derecho”); en este sentido, el demandante demostró la existencia de un interés concreto, cual era poder ampliar su explotación comercial y disfrutar de los beneficios económicos que ello implicaría y, además, poder brindar a sus hijos una carrera universitaria –f. 25–. La suspensión de las obras de ampliación del local comercial, sin ningún derecho que lo justifique, es más idónea para provocar la frustración de ver truncado el emprendimiento comercial. Cabe agregar que es una consecuencia lógica del obstáculo de ver aumentados sus ingresos el hecho de no poder contar con el excedente deseado para solventar la carreta universitaria de los hijos del actor. En este punto debe hacerse una precisión: el daño está dado por el hecho de que el actor no pudo solventar los estudios universitarios de sus hijos, no por el hecho de que éstos haya o no cursado estudios terciarios. En otras palabras, los hijos bien podrían cursar sus estudios universitarios que el daño igual existiría –lo que ocurre en el caso de una de sus hijas, quien solventa sus propios estudios según testificales– ya que el legítimo interés del padre de regalar o brindar a sus hijos tal educación por sus medios se ha visto frustrado como consecuencia del obstáculo producido por la medida cautelar a la ampliación de sus ingresos económicos. Este interés es de contenido no económico o moral, se arraiga en el fuero interno del accionante y está jurídicamente tutelado, por lo que es idóneo para configurar el daño moral. En suma, el accionante ha alegado y demostrado haber sufrido una alteración disvaliosa en su fuero interno como consecuencia de las privaciones para disponer de un inmueble de su propiedad –en estos autos no se discute la titularidad del inmueble donde se realizaron las obras–, ampliar su negocio y solventar la carreta universitaria de sus hijos.

En cuanto al lucro cesante, el Art. 450 del Código Civil establece que tal rubro está dado por la utilidad dejada de percibir como consecuencia del hecho antijurídico. Como ha sido ampliamente probado en autos por medio de las testificales y no es rebatido por la parte demandada, el acto destinaba el inmueble a la explotación de un lavadero de vehículos y las obras estaban destinadas a ofrecer a los clientes los servicios correspondientes a cambio de aceite y filtros. Dado el tiempo en que estuvo en vigencia la prohibición de innovar, y el hecho de que el actor contaba con un negocio en funcionamiento en el lugar, en un ramo afín al que no se pudo concretar, parece razonable pretender que varios de sus clientes hubiesen tomado el servicio de cambio de aceite y filtros, por lo que el perjuicio es de por sí evidente.

Ahora bien, tomando en cuenta las disposiciones de los Arts. 451 y 452 del Código Civil y la antigüedad de la privación sufrida por el actor de la presente demanda, así como las demás circunstancias que conforman el contexto fáctico de la presente causa considero adecuada la suma fijada por el Tribunal y por el Ministro Preopinante en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Por último, en cuanto a la imposición de costas realizada por el Tribunal, cabe agregar que fue ajustada a derecho, ya que el actor claramente dejó establecido en su escrito de demanda que el monto reclamado era una estimación librada al arbitrio del órgano jurisdiccional, para que éste la establezca en el monto que en más o en menos corresponda, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 215 del Código Procesal Civil y con lo establecido por la jurisprudencia nacional y extranjera.

Por lo expuesto, el acuerdo y sentencia apelado debe ser confirmado. Las costas de esta instancia deben ser interpuestas al recurrente.

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

RESUELVE: Declarar Desierto el Recurso de Nulidad. Confirmar el Acuerdo y Sentencia Número 132, del 30 de noviembre del 2005, dictado por el Tribunal de Apelación, Primera Sala, de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, por los fundamentos y con los alcances previstos en el exordio de esta Resolución. Imponer Costas al vencido. Anotar, registrar y notificar.

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

Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 94

Cuestión debatida: Funcionaria que renuncia a un cargo en una dependencia pública en el cual tenía años que otorgan estabilidad laboral, es nombrada inmediatamente en otro cargo en otra dependencia pública, y a los seis meses dan por terminada la relación jurídica sin que medie sumario ni indemnización alguna, ya que al renunciar, todos los derechos por antigüedad del anterior cargo, se extinguen.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Renuncia de funcionario público.

La funcionaria, luego de alejarse voluntariamente del cargo público que ocupaba fue nombrada nuevamente –readmitida– en la función pública, pero en institución pública distinta. Con ello la funcionaria no puede invocar derechos relativos al cargo que anteriormente ocupaba en la anterior institución pública y del que se desvinculara merced a su libre dimisión.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Renuncia de funcionario público. Jubilación del Funcionario Público.

Ante la renuncia quedan a salvo los derechos emergentes de la Seguridad Social previstos en el art. 107 de la Ley 1.626, que faculta al funcionario que hubiese renunciado y se reincorpore a la función pública, siempre que no hubiere retirado su aporte, a incorporarse a la caja de jubilaciones conservando su antigüedad, debiendo transferir a la caja a la que se incorpore, el monto de su aporte acumulado en el régimen de donde proviene. La reincorporación supone suspensión de la antigüedad a los efectos jubilatorios.

FUNCIONARIO PÚBLICO. Estabilidad del funcionario público.

No se configuró la estabilidad prevista en el art. 47 de la Ley 1.626, que requiere de dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública. El nombramiento tenía carácter provisorio (art. 18 Ley 1.626), según el cual durante dicho periodo, cualquiera de las partes puede dar por terminada la relación jurídica sin indemnización, sumario ni preaviso alguno.

CSJ, Sala Penal. 25-03-10. “Mirta Lucía Villalba de González contra Decreto N°5155 de fecha 22 de abril de 2005, dictado por el Poder Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 94).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ella ajustada a derecho?.

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Blanco, Pucheta de Correa y Bajac Albertini.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Blanco, dijo: El recurrente desistió expresamente del recurso interpuesto. No obstante, efectuado el análisis de oficio, no se observan vicios en los términos de los artículos 15, 113 y 404 del Código Procesal Civil. Debe tenerse por desistido del recurso en estudio. Es mi voto.

A su turno, los Dres. Pucheta de Correa y Bajac Albertini manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Blanco, prosiguió diciendo:

Por Acuerdo y Sentencia N° 165, del 07 de noviembre de 2008, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, resolvió: “1. *Hacer lugar a la presente demanda contencioso-administrativa instaurada en estos autos por la señora Mirta Lucía Villalba de González contra el Decreto N° 5.155 de fecha 22 de abril de 2005, dictado por el Poder Ejecutivo, y en consecuencia, 2. Revocar, el Decreto citado precedentemente, impugnado en estos autos, de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 3. Imponer, las costas a la parte perdedora ...*”, bajo el argumento textual siguiente: “...se colige que la actora es una funcionaria pública con antigüedad de más de once años y, por ende, con sobrada estabilidad en la función pública. Al respecto, la Ley de la Función Pública N° 1.626/00, en su Art.47, expresa: ‘...la estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública’. No compartimos el criterio esgrimido por el Procurador Adjunto al decir que: ‘La recurrente antes de asumir el cargo de Directora de Auditoría Interna del Ministerio del Interior, presentó renuncia a su cargo de Jefa de Personal de la Procuraduría General de la República en forma voluntaria, que debido a esa acción dejó de pertenecer a la Función Pública hasta nuevo nombramiento, lo que implica que la misma ha perdido todos los derechos adquiridos (antigüedad) hasta la fecha de la presentación de su renuncia, o sea hasta el 3 de diciembre de 2004’ ”.

Prosigue manifestando, que “Los derechos adquiridos no se pierden. Al respecto Manuel Ossorio en su obra ‘Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales’, pag. 315, expresa: ‘Derecho Adquirido: El incorporado definitivamente al patrimonio de su titular por haberse cumplido los presupuestos de hecho necesarios según la ley vigente, para darle nacimiento, por oposición a las ‘simples expectativas’ meras posibilidades de que el derecho nazca. La distinción

tiene importancia por cuanto, comúnmente, los ordenamientos disponen que las leyes retroactivas no pueden violar los derechos adquiridos, pero si las meras expectativas. Por otra parte, el Decreto N° 4.287 de fecha 10 de diciembre de 2004, dice: Por el cual se reincorpora a la Administración Pública como funcionarios del Ministerio del Interior”. El término “reincorporar traduce la idea de volver a incorporar de nuevo una persona a un empleo o servicio. No se puede desconocer simple y llanamente la trayectoria de un funcionario que ha adquirido la estabilidad en el cargo, y más aún, si es un funcionario de carrera. Es por esta razón que en materia de jubilación a los efectos de establecer el plazo legal de antigüedad, la ley reconoce a favor del funcionario todos los años de servicios prestados en la Administración Pública, aunque sean en distintas reparticiones y el servicio no sea continuo. El Procurador Adjunto al contestar la demanda alega que la señora Mirta Lucía Villalba de González, como Directora de Auditoría Interna del Ministerio del Interior ocupaba un cargo de confianza, sujeto a libre disposición de la Autoridad Administrativa, conforme al Art. 8º inc. “e” de la Ley N° 1.626. El citado artículo en su inc. “e”, se refiere a “los directores jurídicos, económicos o similares de los organismos o entidades del Estado, con excepción de los que integran la carrera de la función pública”.

Finaliza, exponiendo que: “Es sabido que en el Derecho Administrativo rige la interpretación restrictiva de las normas y en tal sentido, debe señalarse que es criterio sustentado por esta Sala que los cargos similares a los directores jurídicos económicos, son los llamados ‘asesores jurídicos económicos’ y no los directores de otras áreas que no tienen relación con los citados cargos. Por tanto, el cargo de Directora de Auditoría Interna no puede considerarse como un cargo similar a los efectos de lo dispuesto por el Art. 8º, inciso “e” de la ley N° 1.626”. Respecto a la reposición solicitada, la demandada debe dar cumplimiento a lo dispuesto por los Arts. 44 y 45 de la Ley N° 1.626, De la Función Pública...”.

Argumento de las partes:

1. Apelante – Procuraduría Adjunta: Refiere, que la demandante al renunciar a su cargo de Jefa de Recursos Humanos de la Procuraduría General, produjo que su antigüedad quede a fojas cero, y su nueva designación, sostiene, como Directora de Auditoría Interna del Ministerio del Interior, reinicia el cómputo del tiempo para su antigüedad, pero, agrega, como dicho cargo es de confianza, no genera antigüedad.

Refiere, que el fallo en cuestión, no hace mención al Decreto N° 4289/04, y remarca que la accionante no tiene la estabilidad reclamada por cuanto, sostiene

ne, el cargo que ocupaba era de confianza y, por ende, de libre disposición. Finaliza, peticionando se revoque la resolución impugnada.

2. Apelada – Accionante: Sostiene, que su parte ha demostrado con certeza, que merced al Decreto N° 2.481, del 25 de febrero de 1994, ingresó a la Función Pública y, con el dictado del Decreto N° 5.155/2005, del 22 de abril de 2005, agrega, fue dejada cesante, sin causa legal suficiente. Refiere, que cuenta con carrera administrativa, que totalizan 11 años ininterrumpidos de prestación de servicios en la Función Pública.

Remarca que su parte renunció al cargo que ostentaba según Decreto N° 4.289, del 10 de diciembre de 2004, pero tal decisión, refiere, obedeció al hecho de que fue nombrada como Directora de Auditoría Interna con Categoría B26, para prestar servicios en el Ministerio del Interior. Peticiona, finalmente, se confirme la sentencia impugnada.

c. Análisis jurídico:

1. La cuestión es clara. Se trata, en definitiva, de determinar si se ajusta a derecho o no la decisión del órgano de inferior grado, en el sentido de dejar sin efecto los actos administrativos impugnados, en virtud de los cuales la accionante fue destituida de su cargo.

2. Examinadas las instrumentales obrantes en autos, se observa que la accionante fue nombrada por primera vez, en fecha 25 de febrero de 1994, como funcionaria de la Procuraduría General de la República, habiendo sido ascendida en dos oportunidades (abril de 2001 y octubre de 2003). Luego, en fecha 10 de diciembre de 2004, según Decreto N° 4.289, del 10 de diciembre de 2004, se dieron por terminadas sus funciones, porque la misma renunció a su cargo.

3. El mismo día, 10 de diciembre de 2004, según Decreto N° 4.287, la demandante se incorpora nuevamente como funcionaria del Ministerio del Interior. En el sobredicho Decreto se utiliza el término de “reincorporación”. Luego, en fecha 22 de abril de 2005, según Decreto N° 5.155, se dieron por terminadas sus funciones.

4. En síntesis, la accionante fue primeramente nombrada como funcionaria en la Procuraduría General de la República, luego renunció. El mismo día de su renuncia fue reincorporada –término utilizado en el Decreto– al Ministerio del Interior, y pasados cuatro meses aproximadamente, fue destituida.

5. En primer lugar, es preciso distinguir entre las figuras de la reincorporación y la readmisión a la función pública, pues, se advierte confusión, y en ello

radica la solución del tema en cuestión. La readmisión, es definida por la doctrina especializada de la siguiente manera: *“Es una figura jurídica en la que la Administración ejerce la facultad discrecional de nombrar nuevamente a un agente que se alejó, voluntariamente o no, de un cargo público. Es una figura distinta de la reintegración (v. vocablo) e implica siempre un nuevo nombramiento. Por ello, puede decirse que en la readmisión hay una verdadera solución de continuidad en la relación de la función y, en consecuencia, el readmitido no tiene ningún derecho que alegar para volver al servicio. Mientras que en la reincorporación implica un deber de la Administración cuando el acto del agente es ilegítimo, no existe en la readmisión ninguna obligación por parte de ella. Es simplemente una facultad de la Administración, que ejerce ella discrecionalmente, y que no se diferencia jurídicamente de la que se pone en acción para el nombramiento de los demás agentes públicos. Si el agente hubiera renunciado, su readmisión estaría sujeta, por requerir un nuevo nombramiento, a las mismas condiciones de idoneidad que regulan la admisión; inclusive, si la edad excediera en ese momento el límite máximo legal, la readmisión sería improcedente. El readmitido no puede, pues, invocar derechos emanados del empleo o función anterior. La readmisión, por lo demás, no tiene aptitud para modificar los hechos ya definitivamente juzgados”* (Fernández Vázquez, Diccionario de Derecho Público, pag. 628, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981).

6. A la luz de la definición antes transcripta, se colige que la accionante Mirta Lucía Villalba de González, luego de alejarse voluntariamente del cargo ocupado en la Procuraduría General de la República –renuncia– fue nombrada nuevamente –readmitida– en la Función Pública, pero en una institución pública distinta, el Ministerio del Interior. Con ello, la funcionaria readmitida, hoy demandante, no puede invocar derechos relativos al cargo que anteriormente ocupaba en la Procuraduría, y del que se desvinculara merced a su libre dimisión.

7. Distinto hubiera sido si se configuraban los supuestos previstos en los artículos 37 o 54, inciso a), de la Ley 1.626, por los cuales, sin que medie renuncia, un funcionario puede ser trasladado de un organismo o entidad a otro; o bien, merced a un permiso sin goce de sueldo, puede prestar servicios en otra repartición, hasta un año, respectivamente. En autos, la accionante fue readmitida en la Función Pública, vale decir, fue nombrada nuevamente. De ahí que, este nuevo nombramiento requiere de las mismas condiciones de idoneidad necesarias para incorporarse a la carrera de la función pública.

8. Lo expuesto, cobra aún mayor relevancia, al examinarse lo anterior, de manera armónica, con la norma contenida en el artículo 47, de la citada Ley 1626, que dispone que se requiere de dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública, para adquirir la estabilidad que es entendida como el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. El vocablo interrumpir, es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como “*cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo*”. Y el artículo 40, inciso a) de la Ley de la Función Pública, estatuye que la relación jurídica entre un organismo o entidad del Estado, y sus funcionarios, termina por renuncia. En otros términos, la secuencia de la antigüedad de la accionante se extinguió, se interrumpió, como consecuencia de su renuncia al cargo en la Procuraduría.

9. En síntesis: La readmisión o nuevo nombramiento de la accionante en el cargo de Auditora Interna del Ministerio del Interior, produjo el cese o extinción de la antigüedad que venía acumulando durante su carrera en la Procuraduría General de la República, quedando a salvo, claro está, los derechos emergentes de la seguridad social, previstos en el artículo 107 de la Ley 1.626, que faculta al funcionario que hubiera renunciado, y se reincorporase a la función pública, siempre que no hubiese retirado su aporte, a incorporarse a la caja de jubilaciones conservando su antigüedad, debiendo transferir a la caja a la que se incorpore, el monto de su aporte acumulado en el régimen de donde proviene. La reincorporación supone suspensión de la antigüedad a los efectos jubilatorios.

10. En segundo lugar, hecha la precisión que antecede, la antigüedad de la demandante debe ser considerada a partir de su readmisión a la Función Pública, en el Ministerio del Interior, vale decir, en fecha 10 de diciembre de 2004, por lo tanto, dado el momento en que se produjo su destitución –22 de abril de 2005– no se configuró la estabilidad prevista en el artículo 47 de la Ley 1626, que requiere de dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública. La readmisión es consecuencia de la interrupción de la relación laboral por haberse operado la sustitución del empleador. El nombramiento de la accionante tenía carácter provisorio en aquél momento, con fundamento en el artículo 18, de la sobredicha Ley 1626, y según el cual, durante dicho periodo, cualquiera de las partes puede dar por terminada la relación jurídica sin indemnización ni preaviso alguno.

10. En resumen: El reingreso de la accionante, Mirta Lucía Villalba de González, al Ministerio del Interior, tenía aún el carácter de provisorio, por

consiguiente, la cesación de la relación jurídica entre ambas partes, no conlleva ninguna obligación por parte del Estado, respecto de sumario previo o pago de indemnizaciones, con fundamento en el artículo 18 de la ley 1626.

11. En cuanto a las costas, habida cuenta que la cuestión requirió de interpretación judicial, ellas deben ser impuestas en el orden causado, con sustento en el artículo 193 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

Voto ampliatorio de la Sra. Ministra Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa. A su turno dijo: Me adhiero al voto del ilustre colega y compañero de Sala, Dr. Sindulfo Blanco, y agregó: Por Decreto N° 2.481 de fecha 25 de febrero de 1994, el Presidente de la República, Art. 15°: “Nómbrese a la señorita Mirta Lucía Villalba González como operadora de Computadora de la Procuraduría General de la República, en la categoría H03 con antigüedad del 1 de febrero de 1994 (fs. 5).

Por Decreto N° 12.767 de fecha 6 de abril de 2001, se decreta: “ Art.2°: “Asciéndase a la señora Mirta Lucía Villalba de González, funcionario de la Procuraduría General de la República, a la categoría E -17, Jefe de sección con antigüedad al 1° de abril de 2001” (fs. 7).

Por Decreto del Poder Ejecutivo N° 4.287 de fecha 10 de diciembre 2004, la señora Mirta Lucía Villalba de González, como Directora de Auditoría Interna Categoría B26 (fs. 9/10).

Por Resolución N° 25 de fecha 6 de abril de 2001, el Procurador General de la República, resolvió: “Designar a la licenciada Mirta Lucía Villalba de González como Jefe de Personal de la Procuraduría General de la República, con antigüedad del 1 de abril de 2001...” (fs. 11).

Por Decreto N° 5.155 de fecha 22 de abril de 2005, emanado del Poder Ejecutivo se resolvió: “Art. 5°) Dánse por terminadas las funciones de la señora Mirta Lucía Villalba de González como funcionaria del Ministerio del Interior, al cargo de Directora de Auditoría Interna, categoría B26, con antigüedad del 1 de abril de 2005 (fs. 1416).

La Sra. Mirta Lucía Villalba de González fue notificada del Decreto citado precedentemente en fecha 2 de mayo de 2005, conforme consta a fs. 12 de autos.

Habiendo transcrito los antecedentes administrativos que hacen a la presente litis, la cuestión a ser resuelta resulta clara. Por un lado tenemos que a la actora Sra. Mirta Lucía Villalba de González, por Decreto N° 2.489 de fecha 10 de diciembre de 2004, se dio por terminadas sus funciones debido a que la

misma ha renunciado al cargo que ostentaba como funcionaria en la Procuraduría General de la República, ingresándose nuevamente por Decreto del Poder Ejecutivo N° 4.287 de fecha 10 de diciembre 2004, como Directora de Auditoría Interna Categoría B26 (fs. 9/10).

La renuncia y el nuevo nombramiento obtenido por la Sra. Mirta Lucía Villalba de González produjo consecuentemente la finalización de la antigüedad que venía acumulando la actora como funcionaria de la Procuraduría General de la República y al producirse un nuevo nombramiento con la reincorporación a la función pública, lo único que corresponde es lo que expresa el Art. 107 de la Ley de la Función Pública, que dice. "...Igual derecho tendrá el funcionario que hubiera renunciado o hubiera sido cesado y se reincorporase a la función pública, siempre que no hubiese retirado su aporte...".

Y por último, en lo que hace a la antigüedad de la Sra. Mirta Lucía Villalba de González, se debe contabilizar a partir del Decreto del Poder Ejecutivo N° 4.287 de fecha 10 de diciembre 2004, en donde se le nombra como Directora de Auditoría Interna Categoría B26 (fs. 9/10), cargo de confianza conforme al Art. 8 de la Ley 1.626/00, y de ninguna forma se configura la estabilidad pretendida por la actora conforme al Art. 47 de la Ley 1.626/00. Es más, la Sra. Mirta Lucía Villalba de González, al momento de su destitución, ni siquiera había pasado el periodo de prueba (seis meses) prevista en el Art. 18 de la Ley de la Función Pública. Por lo que corresponde revocar el Acuerdo y Sentencia N° 162 de fecha 7 de Noviembre de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala. Es mi voto.

A su turno, el Dr. Miguel Oscar Bajac manifiesta que se adhiere a los votos que anteceden, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE:

1. Tener por desistido del recurso de nulidad interpuesto.
 2. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el abogado Laureano Portillo Benítez; y, en consecuencia, Revocar el Acuerdo y Sentencia N° 165, del 07 de noviembre de 2008, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala.
 3. Imponer las costas en el orden causado. 4. Anotar, registrar y notificar.
- Ministros: Sindulfo Blanco, Alicia Pucheta de Correa y Miguel Oscar Bajac.*

Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 293

Cuestión debatida: El tema central gira en torno a la legalidad de cómo fue producida la interceptación de comunicaciones y el allanamiento al Estudio Jurídico, contra el accionante.

PRUEBA. Legalidad de la prueba.

La solicitud de la intervención a las comunicaciones telefónicas fueron pedidas sin que existan imputados, por lo que la excepción, establecida por nuestra Carta Magna, en concordancia con la legislación penal, no se encontraba enteramente satisfecha, por lo que sobre dicho andamiaje jurídico y al no encontrar atisbos legales, sucumbe desde ya la pena de nulidad que la norma prevé para estos casos específicos.

PRUEBA. Legalidad de la prueba.

En materia de intervención de comunicaciones telefónicas autorizadas por resolución judicial, no puede confundirse con el distinto alcance que arrastra la vulneración de derechos constitucionales con la infracción, como medio probatorio de cargo, sin perjuicio de que puedan cumplir una finalidad como fuente de investigación, puedan vulnerar la legalidad constitucional produciéndose de esta forma su nulidad con los efectos que ella acarrea.

PRUEBA. Legalidad de la prueba. DERECHOS FUNDAMENTALES.

Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria y como consecuencia del denominado efecto domino, ello determina el decaimiento de todas las demás pruebas posteriores derivadas de ella.

PRUEBA. Legalidad de la prueba. Nulidad de la prueba.

La prueba nula no hace desaparecer el hecho objeto del proceso, sino que impide que pueda ser empleado en la reconstrucción de ese hecho

CSJ, Sala Constitucional. 11-06-10. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Juan Claudio Gaona Cáceres y Rubén Melgarejo Lanzoni s/Soborno, Extorsión en grado de tentativa, cohecho pasivo agravado”. Año 2008-N° 799 (Ac. y Sent. N° 293).

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?.

A la cuestión planteada el doctor Miguel Oscar Ramón Bajac Albertini dijo: Se presentan ante esta Corte los abogados José Ignacio González Macchi, Joel

E. Talavera Zárate y Cristóbal Hermosilla Saccomani, en nombre y representación de Rubén Melgarejo Lanzoni, a promover acción de inconstitucionalidad contra el A.I. N° 955 de fecha 25 de junio del año 2007, dictado por el Juez Penal de Garantías Pedro Mayor Martínez, y contra el A.I. N° 132 de fecha 05 de junio del año 2008, emanada del Tribunal del Crimen, 4ª Sala, integrada por los jueces Natividad Mercedes Meza, Emiliano Rolón Fernández y Mirtha González de Caballero, en la causa principal caratulada: “Juan Claudio Gaona Cáceres y Rubén Melgarejo Lanzoni s/ soborno, extorsión en grado de tentativa, cohecho pasivo agravado”.

Pues bien, los accionantes refieren en su escrito de presentación cuanto sigue:... *“Las resoluciones recurridas avalan la violación de garantías constitucionales y procesales básicas, del debido proceso y del control de las pruebas, que posibilitaron no solo la violación de las comunicaciones privadas, amparadas constitucionalmente (Art. 36 de la C.N.), sino también su utilización como prueba en contra de los procesados, situación susceptible de ser subsanada en esta instancia, da la indefensión manifiesta en la que se encuentra nuestra parte, la cual se configura cuando los custodios de la legalidad (órgano jurisdiccional) se desentenden de sus obligaciones, y tienen la decencia de parafrasear siquiera remotamente, una sola línea sobre las graves cuestiones sometidas a su consideración”.*

Siguen manifestando entre otras cosas que... *“La Carta Magna por un lado determina la necesidad de un orden judicial previo para la realización del tal interceptación, pero a su vez, para que tal orden sea legal, deben concurrir específicos requisitos procesales y legales para su procedencia; ninguno de estos requisitos legales, necesarios y obligatorios para sustentar una orden judicial de interceptación de comunicaciones, han sido satisfechos, ni por los fiscales en sus requerimientos, ni por los jueces que tenían la obligación legal de velar por el estricto cumplimiento de dichos presupuestos legales. Subsumiendo las resoluciones atacadas de inconstitucionales, han preconizado que, la sola existencia material de una orden judicial –sin importar si cumple o no con los requisitos legales necesarios– violatoria de claras garantías constitucionales y procesales, resulta suficiente para justificar cualquier atropello a la intimidad de las personas y sus comunicaciones privadas, debiendo inexorablemente concluir, que tal interpretación es un oprobio a la razón jurídica y debe ser expuesta como tal ante esta ilustre Sala Constitucional y las resoluciones ser declaradas inconstitucio-*

nales, caso contrario las garantías consagradas del debido proceso pasarían a ser principios quiméricos, que solo sirven para adornar nuestras leyes y dar un manto falso de legalidad a nuestro sistema puramente inquisitivo y falsamente garantista...”

Asimismo, sostiene...”El Código Procesal Penal en su art. 200, establece la posibilidad de la intervención exclusiva y única, de las comunicaciones del imputado, entre otros requisitos rígidos y obligatorios, y en el presente caso, al momento en que el fiscal comunicaba el inicio de las investigaciones al A-quo, la fiscalía no había indicado, señalado o calificado a ninguna persona como autor o partícipe de la comisión de un hecho punible, a pesar de contar – según la supuesta fecha de la denuncia que ahora sirve de cabeza de proceso- con los nombres perfectamente individualizados de los supuestos sospechados. En el escrito en que comunican el inicio de las investigaciones, escuetamente en el último párrafo, requieren al Juez de Turno que ordene la interceptación telefónica entre el denunciante y terceros, individualizando números telefónicos sin identificar a sus usuarios o poseedores, sin fundar –como ya dijimos en el punto anterior– la necesidad o pertinencia de dicha diligencia. Los fiscales intervinientes, ni siquiera agregaron –aunque sea como sostén del motivo de su pretensión– copia de la denuncia...”

Concluyen los mismos sosteniendo: “Ambas resoluciones resultan a todas luces arbitrarias (contrario a lo legal), en especial la dictada por la Cámara de Apelaciones, huérfana de todo contenido valorativo, menoscabando las reglas del debido proceso, infundiendo descrédito en la función judicial. Con este tipo de resoluciones la justicia queda supeditada al estado emocional de los juzgadores, quienes muchas veces ajustan sus resoluciones según el vaivén mediático y no conforme a la sana crítica...”

Peticionan finalmente...”“Hacer lugar a la Acción de Inconstitucionalidad declarando nulas las sentencias recurridas, con expresa condenación en costas...”

Por la resolución impugnada, el Tribunal de Apelación en lo Penal resolvió: 1) Declarar la competencia de este Tribunal de Apelaciones para sustanciar y resolver los recursos interpuestos. 2) Declarar admisibles los Recursos de Apelación General interpuestos por Rubén Melgarejo Lanzoni, bajo patrocinio de los abogados José Ignacio González Macchi, Joel Talavera Z. y Cristóbal Hermosilla y por Sara Parquet de Ríos, Osvaldo Granada Carlos, Carlos Bogado y

Daniel Lobo por la defensa de Juan Claudio Gaona, contra el A.I. N° 955, de fecha 25 de junio de 2007, dictado por el Juez Penal de Garantías N° 6, Abog. Pedro Mayor Martínez. 3) Confirmar el A.I. N° 955, de fecha 25 de Junio de 2007, dictado por el Juez Penal de Garantías N° 6, Abog. Pedro Mayor Martínez, por las razones señaladas en el exordio de la presente resolución. 4) Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Finalmente la representación del Ministerio Público, por Dictamen N° 1015 del 22 de Julio de 2008, tras un larga descripción cronológica de los hechos, recomendó a esta Sala Constitucional, rechazar la inconstitucionalidad planteada por no advertirse violación de principios, derechos ni garantías constitucionales, manifestando entre otras cosas: “... *El Fiscal receptor de la denuncia, en fecha 16 de mayo de 2007, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 290 del C.P.P. a (fs. 5) de los autos principales, comunicó al Juez Penal de Garantías de turno, el inicio de investigaciones y requirió orden de intervención y grabación de comunicaciones personales, conforme con lo previsto en el art. 200 del C.P.P., con relación a las siguientes líneas telefónicas, 0981-626666, 021.495348 y 0981-222862...*”. Sigue manifestando el Ministerio Público: “... *Como lógica consecuencia, el Magistrado penal de turno dictó el A.I. N° 913 de fecha 16 de mayo de 2007 (fs. 114 de autos), que autorizó la interceptación, grabación y reproducción de comunicaciones de las líneas arriba individualizadas. Todo esto llevó a los investigadores a solicitar orden de allanamiento del domicilio ubicado en la calle Hernandarias N° 726 e/ Eduardo Víctor Haedo, en fecha 21 de mayo de 2007, a las 18:00, en el marco de la causa, en aquel entonces caratulada: “Persona innomida s/ cohecho pasivo agravado”. Esta petición fue autorizada por A.I. de la misma fecha y derivó en la detención del accionante y el coprocesado Rubén Melgarejo Lanzoni, que son de público conocimiento y su consecuente imputación por parte del Ministerio Público a fs. 19/21 de los autos principales, en fecha 22 de mayo de 2007. Esta actuación del Ministerio Público fue acogida favorablemente por el órgano jurisdiccional de turno, con el dictamiento del A.I. N° 783 del 28 de mayo del 2007, (fs. 108/110) de los principales) y, por A.I. N° 784 del 28 de mayo de 2007, obrante a fs. 111/112 y vuelto, el Juzgado Penal de Garantías N° 6 tuvo por iniciado el proceso penal formado contra el imputado Rubén Melgarejo Lanzoni...*”

Continua expresando el Ministerio Público: “... *El accionante cuestiona la legalidad de los requerimientos fiscales de interceptación de escucha y grabación*

de llamadas telefónicas y el pedido de allanamiento del domicilio ubicado en las calles Hernandarias N° 726 y Eduardo Víctor Haedo, porque en los mismos no se individualizaban los titulares de las líneas telefónicas intervenidas, ni el tipo de local, ni a quien pertenecía el inmueble allanado”.

Concluye el Ministerio Público sosteniendo que “... *Corresponde, pues, el rechazo de la acción intentada, por resultar con argumentaciones y insuficientes e improcedentes, como para lograr un pronunciamiento favorable a la misma, de conformidad con el análisis realizado por la Fiscalía General del Estado, en los considerandos precedentes...*”.

Hecha la lectura de la acción planteada y de las resoluciones impugnadas, podemos observar, que el tema central del debate gira en torno a la legalidad de cómo fue producida la interceptación de comunicaciones y el allanamiento del Estudio Jurídico Hernandarias, contra el accionante, al respecto es importante mencionar que esta máxima instancia no puede fungir de tercer juzgador, pero si puede arbitrar criterios respecto a las normas de aplicación del derecho, siempre y cuando estén afectas normas y principios de orden constitucional.

En relación con las condiciones requeridas para la interceptación de comunicaciones tenemos que la Constitución Nacional ha establecido entre otras cosas cuanto sigue:... Art. 33... “*Se garantizará el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas...*”, asimismo el Art. 34 establece... “*Todo recinto privado es inviolable. Solo Podrán ser allanados o clausurados por orden judicial y con sujeción a la ley...*”. Por su parte el Código Procesal Penal establece en su art. 200 Intervención de Comunicaciones... “*El juez podrá ordenar por resolución fundada, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado para conocerlas...*”, subrayado es mío.

Al respecto y como bien lo dijera el Ministerio Público, la solicitud de las intervención de las comunicaciones telefónicas fueron solicitadas sin que existan imputados, por lo que la excepción, establecida por nuestra Carta Magna en concordancia con la legislación penal, no se encontraba enteramente satisfecha, por lo que sobre dicho andamiaje jurídico y al no encontrar atisbos legales, sucumbe desde ya la pena de nulidad que la misma norma prevé para estos casos específicos.

La prueba penal es un elemento de acreditación de un hecho con trascendencia en el enjuiciamiento de una conducta típica, antijurídica, culpable y

penada por la Ley. A su través, las partes del proceso penal tratan de reconstruir un hecho. Es, desde esta perspectiva, una actuación procesal de carácter histórico destinada a reconstruir el hecho enjuiciado. El proceso penal en un Estado de Derecho se enmarca en la consideración de instrumento de control social formalizado. De esta característica resulta que sólo podrán utilizarse como medios de investigación y de acreditación aquéllos que se obtengan con observancia escrupulosa de la disciplina de garantía de cada instrumento de acreditación. Las normas que regulan la actividad probatoria son normas de garantía de los ciudadanos frente al ejercicio del “ius puniendi” del Estado y, por tanto, las pruebas obtenidas no surtirán efectos, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

En materia de intervención de comunicaciones telefónicas autorizadas por resolución judicial, no puede confundirse el distinto alcance que arrastra la vulneración de derechos constitucionales con la infracción, como medio probatorio de cargo, sin perjuicio de que puedan cumplir una finalidad como fuente de investigación, puedan vulnerar la legalidad constitucional produciéndose de esta forma su nulidad con los efectos que ella acarrea.

La cuestión que así se suscita es la relativa al valor que cabe atribuir a un elemento de prueba de cargo, cuando ésta se produce a partir de una información obtenida merced a la vulneración de derechos fundamentales del mismo (aquí, los relativos a la intimidad domiciliaria y de las comunicaciones y a la presunción de inocencia), pruebas obtenidas mediante la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales, es decir, cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria y como consecuencia del denominado “efecto dominó”, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella.

La prueba nula no hace desaparecer el hecho objeto del proceso, sino que impide que pueda ser empleado en la reconstrucción de ese hecho. Tampoco podrán ser utilizadas en esa reconstrucción aquellas pruebas posteriores comprometidas por la prueba anterior nula, conexión de antijuridicidad, pero sí las obtenidas y practicadas en ausencia de irregularidades propias o derivadas de la anterior nula, en principio, la irregularidad producida, en el caso, en la inter-

ceptación de comunicaciones y el allanamiento del Estudio Jurídico Hernandarias, sólo afectaría a la diligencia de prueba en la que el defecto se exteriorizó, pero ello no significa que se tengan que contagiar el resto de las diligencias judiciales obtenidas legalmente.

Se impone pues el deber constitucional de mantener la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho que impregna a todo nuestro ordenamiento jurídico y a ello se ha facultado exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, cuando en el art. 247 de la Carta Magna se le asigna la función de custodio, de interpretar, cumplir y hacer cumplir la Constitución.

Por todo lo expuesto y tratándose de una acción autónoma que pretende la vigencia de derechos y principios de rango constitucional a través de la declaración de nulidad del acto o actos impugnados, por tanto, considero que la resolución impugnada debe ser declarada inconstitucional desde el momento que vulneraron garantías de rango constitucional al hacer una interpretación envestida de rigorismo excesivo de las normas aplicables al caso, de garantías de rango constitucional, causando un agravio gravísimo al accionante. Es mi voto.

A su turno los doctores Fremiort Ortiz P., Linneo Ynsfrán, manifestaron que se adhieren al voto del Ministro preopinante, doctor Miguel Oscar Bajac Albertini, 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 presente acción de inconstitucionalidad planteada por el recurrente Abog. Rubén Melgarejo Lanzoni. Anotar, registrar y notificar

Ministros: Miguel Oscar Ramón Bajac Albertini, Fremiort Ortiz y Linneo Ynsfrán.

Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz. Secretario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO Nº 242

Cuestión debatida: La cuestión de fondo traída a estudio de este Tribunal hace relación a las notificaciones diligenciadas en el presente juicio a la parte demandada y, en determinar si fueron realizadas conforme a lo establecido en la ley.

INCIDENTE. Incidente de nulidad.

En el caso, el incidentista no ha demostrado el daño ocasionado, ya que cuanto menos tuvo que citar la defensa de la cual se le ha privado; así como tampoco ha negado la deuda que se le atribuye por lo cual corresponde no hacer lugar al incidente de nulidad de actuaciones deducido.

INCIDENTE. Incidente de nulidad. NOTIFICACIÓN.

En virtud a los artículos 111, 114, 137, 138 del Código Procesal Civil, no corresponde la nulidad de las notificaciones, ya que, de las constancias de autos y de las mismas cédulas, se desprende que han cumplido su fin.

INCIDENTE. Incidente de nulidad.

La simple manifestación o alegación de indefensión –en forma genérica e imprecisa– no resulta suficiente para acreditar uno de los requisitos exigidos invariablemente para la admisión del incidente de nulidad, el cual es, precisamente, el daño o perjuicio sufrido por el incidentista por causa de la supuesta nulidad procesal. Como se sabe, no existe en el derecho la nulidad abstracta, sin daño, o en beneficio de la ley.

TApel. Civ. y Com., Primera Sala. 20-05-10. “Comercial Importadora Productora y Exportadora S.A. (C.I.P.E.S.A.) c/ Roberto Francisco Zacarías Pereira s/ acción preparatoria de juicio ejecutivo” (A.I. Nº 242)

Asunción, 20 de mayo de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1728 de fecha 2 de diciembre de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que por el referido interlocutorio, la Jueza resolvió: “No hacer lugar con costas, al incidente de nulidad de actuaciones deducido por el representante de la parte demandada, Abogado Francisco Javier Ecurra, por improcedente, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución”. Contra la misma se alza la parte demandada, impugnándola en su escrito de (fs. 94/96) de autos.

En cuanto al recurso de nulidad opinión del Magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: La parte recurrente ha desistido expresamente de este recurso. Por lo demás no se observan vicios de forma o solemnidad que pudieren obligar al Tribunal a anular de oficio la resolución recurrida.

Opiniones de los magistrados Valentina Núñez González y Dr. Marcos Riera Hunter: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

En cuanto al recurso de apelación, opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente manifiesta que se agravia contra la decisión tomada por la A-quo, manifestando que, su mandante tuvo conocimiento de la promoción de la presente demanda a través de las terceras personas, por lo que ello motivó a la promoción del presente incidente de nulidad de actuaciones y de redargución de falsedad de las cédulas de notificaciones realizadas, porque las considera nulas ya que, no fueron diligenciadas en el domicilio que fuera denunciado al otorgarle su mandante el poder general, cual es Avenida Santa Teresa N° 2.763 y no en la calle Santa Teresa N° 2.769 casi Denis Roa y Cabrera, donde sí fueron diligenciadas las mismas. Asimismo, manifiesta que desconoce dicho domicilio y que nunca fue denunciado en este expediente. Por estos motivos, solicita que la resolución recurrida sea revocada y que sean declaradas nulas, todas las actuaciones procesales hasta su intervención, retrotrayendo estos a fojas 13.

Que, a (fs. 97/99) de autos, la parte actora contesta el traslado manifestando que: “...No es cierto que el señor Roberto Francisco Zacarías Pereira no haya tenido conocimiento de la existencia de este juicio, como tampoco es verdad que no recibió las cédulas de notificaciones diligencias en estos autos...”. “...No es verdad que el demandado tenga su domicilio real en Oliva esq. Alberdi, puesto

que este domicilio pertenece a la firma Grandes Librerías El Colegio S.A., tal como lo reconoce y admite el representante legal del demandado...”. Sostiene la actora que, tampoco es cierto que el demandado haya tenido conocimiento de la promoción de la demanda por terceras personas y que el mismo fue debidamente notificado de todas las actuaciones del presente juicio. Expresa además que, el domicilio del demandado es en la calle Avda. Sta. Teresa N° 2769, donde fueron realizadas todas las notificaciones y se practicaron las diligencias del embargo. Asimismo, expresa que todas las actuaciones realizadas quedan convalidadas ya que, a su criterio, su contraparte no ha probado en autos ninguna de sus manifestaciones, quedando de esta manera subsistentes las cédulas y demás actuaciones judiciales. Agrega que el apelante en ningún momento ha negado la deuda reclamada ni ha depositado suma alguna del pago total de la deuda y que la promoción del presente incidente de nulidad de actuaciones fue solo a los efectos dilatorios. Así también, indica que el apelante no ha indicado el daño que la supuesta y negada irregularidad en las actuaciones de la presente ejecución.

La cuestión de fondo traída a estudio de este Tribunal hace relación a las notificaciones diligenciadas en el presente juicio a la parte demandada y en determinar si fueron realizadas conforme a lo establecido en la ley.

Que, analizadas las constancias de estos autos se advierte que, primeramente es necesario realizar un examen integral de cada una de las cédulas de notificaciones y las constancias dejadas por el ujier. Es así que, a fs. 15 vlto. se encuentra la notificación practicada al demandado de la promoción de la demanda, en la dirección Sta. Teresa N° 2769. Al dorso consta el informe del ujier notificador donde expresa que fue atendido por una persona que no se quiso identificar y se negó a firmar, de todos modos, dicha persona lee el contenido de la cédula en su totalidad y la recibe. La siguiente cédula de notificación, la cual comunica al demandado del A.I. N° 750, fue diligencia en la misma dirección pero, el informe del ujier expresa que no fue atendido por persona alguna, por lo cual procedió a dejar adherido por la puerta el duplicado de la cédula de notificación. A fs. 20/21, se encuentra el mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo, que fue realizado nuevamente en la dirección Sta. Teresa 2769. Pero que, en dicha ocasión, el Oficial de Justicia deja constancia de que fue atendido por el Sr. Roberto Francisco Zacarías Pereira y posteriormente expresa: “...Bueno enterado, no verifica el pago de las mismas reclamadas, le dejo

copia del mandamiento, con la indicación de la fecha y hora de practicamiento...”. La siguiente cédula de notificación (fs. 24 vlto.), también realizada en la dirección citada precedentemente, es la que comunica la providencia que cita al demandado a oponer excepciones. En dicho acto, el ujier deja constancia de que fue atendido por una persona de nombre José Velásquez, quien se negó a exhibir su documento de identidad, pero la recibió. La siguiente cédula de notificación diligenciada fue la que comunica la resolución que lleva adelante la ejecución y, siendo realizada en la misma dirección, el ujier deja constancia de que no fue atendido por persona alguna, por lo que la deja adherida por la puerta.

Así las cosas, se presenta el demandado a deducir incidente de nulidad de actuaciones, alegando que nunca tuvo conocimiento de ninguna de las cédulas de notificaciones citadas arriba.

Ahora bien, se debe señalar que el representante de la parte demandada, al momento de deducir el incidente de nulidad de actuaciones, sostiene que el desconocimiento de dichas cédulas se debe a que su cliente reside en la calle Oliva esq. Alberdi y no en la dirección en que fueron realizadas, sin embargo, al momento en que otorga poder al abogado Francisco Javier Ecurra Martínez, fija domicilio en la dirección Avda. Sta. Teresa N° 2763.

Al respecto, el abogado Gabriel Laufer, representante de la parte actora, sostuvo que la diferencia de numeración entre la dirección enunciada al momento de otorgar el Poder con la dirección en que fueron notificadas las cédulas de notificaciones, se debe a que la vivienda del demandado posee dos entradas o portones de acceso, por tratarse de un inmueble grande con dos números de casa, la cual tiene dos entradas colindantes.

Es de notar que, en la etapa probatoria del incidente de nulidad, la parte demandada, no ha demostrado o probado que dicha argumentación fuera falsa. Otra situación resaltante, es el mandamiento de intimación de pago y embargo ejecutivo, realizado por el oficial de justicia (fs. 21), donde deja constancia que fue recibido por el mismo demandado. Dicho mandamiento no fue impugnado y tampoco fue probado que fuera notificado en forma irregular ni que el demandado no fue realmente quien lo recibió. Cabe señalar para mayor abundamiento que, el incidentista, no ha demostrado el daño ocasionado ya que cuanto menos tuvo que citar la defensa de la cual se le ha privado; así como tampoco ha negado la deuda que se le atribuye.

Además, en virtud a los artículos 111, 114, 137, 138 del Código Procesal

Civil, no corresponde la nulidad de las notificaciones, ya que, de las constancias de autos y de las mismas cédulas, se desprende que han cumplido su fin.

En tales condiciones, no puede tener acogida favorable la pretensión de la parte recurrente. Por lo que corresponde que el Tribunal confirme, con costas, el auto en alzada.

Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Manifiesta que se adhiere a la opinión del magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

Opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Esta Magistratura comparte el criterio sustentado por el preopinante en el sentido de desestimar la incidencia por improcedente, por cuanto la parte incidentista no ha expresado concretamente, al tiempo de la incidencia, las excepciones, o defensas que ha dejado de oponer por causa de la supuesta nulidad, limitándose a expresar que ha caído en indefensión. La simple manifestación o alegación de indefensión –en forma genérica e imprecisa– no resulta suficiente para acreditar uno de los requisitos exigidos invariablemente por la jurisprudencia para la admisión del incidente de nulidad, el cual es, precisamente, el daño o perjuicio sufrido por el incidentista por causa de la supuesta nulidad procesal. Como se sabe, no existe en el derecho la nulidad abstracta, sin daño, o en beneficio de la ley, la cual –por lo demás– ha sido desterrada de la jurisprudencia nacional desde hace más de 70 años.

En consecuencia, no habiéndose alegado y menos acreditado, el perjuicio referido, la incidencia deviene improcedente, por lo que corresponde que el Tribunal confirme, con costas, el auto apelado (que rechaza el incidente) por hallarse el mismo ajustado a derecho.

Por tanto, en mérito de lo expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas, el auto apelado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González y Marcos Riera Hunter.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 266

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. RECURSO DE APELACIÓN. Admisibilidad y procedencia del recurso de apelación.

La resolución que se pronuncia sobre el incidente de caducidad de la instancia, sea declarando o desestimando el pedido de caducidad, es recurrible de tal modo que en la Alzada dichos recursos sean tramitados y finalmente resueltos conforme a derecho, confirmando o revocando la decisión objeto de impugnación. (Voto en disidencia del magistrado Marcos Riera Hunter).

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

Se estima que el art. 178 del CPC debe ser interpretado en sentido estricto, vale decir, entendiendo que la ley al referirse a la resolución sobre la caducidad está aludiendo solamente a “la resolución que declara la caducidad. (Voto en disidencia del magistrado Marcos Riera Hunter).

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia.

Si solamente la resolución que declara la caducidad de la instancia es recurrible (norma producto de la interpretación del texto del artículo 178 del C.P.C.), un simple razonamiento “a-contrario sensu” conduce a la elaboración de una norma tácita prohibitiva a por la cual se establece implícitamente que la resolución que rechaza la caducidad no es apelable, o, lo que es lo mismo, se prohíbe (no se permite) interponer el recurso de apelación contra el auto que desestima el pedido de caducidad de la instancia. (Voto en disidencia del magistrado Marcos Riera Hunter).

RECURSO DE APELACIÓN. Concesión del recurso de apelación.

La resolución que rechaza la caducidad debe ser impugnada por quien se considere afectado por vía de reposición de conformidad con el artículo 309 del C.P.C. que impone dicha vía recursiva no sólo contra providencias de mero trámite, sino también contra autos interlocutorios que no causan gravamen irreparable, como ocurre con la resolución que resuelve desestimar el pedido de caducidad de la instancia; aún cuando a dicho pedido, en el presente caso, se le haya dado trámite incidental, ya que esta situación no modifica la figura o los efectos procesales por lo que corresponde que el Tribunal los declare mal conce-

didos y disponga, consiguientemente, la devolución de los autos al juzgado de origen. (Voto en disidencia del magistrado Marcos Riera Hunter).

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. JUICIO EJECUTIVO. Reconocimiento de firmas.

Las providencias que fijaban nuevas fechas para la audiencia de reconocimiento de firmas, para que surtan sus efectos deben necesariamente ser notificadas por cédula y, en autos no consta ninguna cédula de notificación practicada a los demandados y, sólo con esta diligencia se logra el avance del proceso por lo cual no corresponde hacer lugar al pedido de caducidad solicitado por los demandados. (Voto de la mayoría)

TApel. Civ. y Com., Primera Sala. 26-05-10. “Rubén Caballero c/ Rodolfo Torres Gómez y otros s/ Acción Preparatoria de juicio ejecutivo” (A.I. N° 266).

Asunción, 26 de mayo de 2010

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1.592 de fecha 21 de agosto de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 6° Turno, y;

CONSIDERANDO:

Que por el referido interlocutorio, la Jueza resolvió: “No hacer lugar al pedido de caducidad de instancia solicitado por el representante convencional de los señores Rodolfo Torres Gómez, Julio Santacruz Torres Gómez y Gregorio Silvino Alonso Báez, por extemporáneo...”. Contra la misma se alza la parte demandada, impugnándola en su escrito de (fs. 64/66) de autos.

Análisis de admisibilidad – opinión del magistrado Dr. Marcos Riera Hunter: Antes que nada, corresponde que el Tribunal, en ejercicio de facultades que le son propias, determine si los recursos interpuestos han sido correctamente concedidos.

En términos generales, puede afirmarse que la jurisprudencia nacional ha considerado invariablemente que la resolución que se pronuncia sobre el incidente de caducidad de la instancia, sea declarando o desestimando el pedido de caducidad, es recurrible de tal modo que en la Alzada dichos recursos sean tramitados y finalmente resueltos conforme a derecho, confirmando o revocando la decisión objeto de impugnación.

No obstante, un análisis jurídico más severo y, fundamentalmente, sistemático de los textos legales del Código Procesal Civil en materia de caducidad

de la instancia, es recurrible de tal modo que en la Alzada dichos recursos sean tramitados y finalmente resueltos conforme a derecho, confirmando o revocando la decisión objeto de impugnación.

No obstante, un análisis jurídico más severo y, fundamentalmente, sistemático de los textos legales del Código Procesal Civil en materia de caducidad de la instancia arroja una conclusión distinta a la que, hasta hoy, viene declarando la jurisprudencia nacional, en el sentido de que la única resolución recurrible es la que declara la caducidad de la instancia, pero no la que desestima.

En efecto, el artículo 172 del C.P.C. dispone que “Se operará la caducidad de la instancia...”; el artículo 174 establece que “La caducidad se opera de derecho...”, el artículo 175 preceptúa que “La caducidad será declarada de oficio o a petición de parte...”, el artículo 176 determina “No se producirá la caducidad...”, el artículo 177 dispone “La caducidad se operará también contra el Estado...”, y el artículo 179 del mismo cuerpo procesal establece que “La caducidad operada en primera instancia no extingue la acción... la caducidad operada en instancias ulteriores acuerda fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida... La caducidad de la instancia principal comprende... Operada la caducidad, la demanda se tiene por inexistente...”.

Del contexto normativo que ha sido esquematizado precedentemente surge con claridad que lo que se regula en tales disposiciones es la declaración de caducidad de la instancia que, obviamente, se formaliza a través del auto interlocutorio respectivo.

Es en este contexto normativo en el cual debe darse al artículo 178 del C.P.C. la interpretación correcta, entendiéndose por “interpretar” el acto científico y razonable de atribuir a las palabras de la ley un sentido, un alcance y un significado, constituyendo, precisamente, ese sentido, alcance y significado la norma jurídica que se traduce o se manifiesta a través de las palabras de la ley ya que “texto legal” y “norma jurídica” no son conceptos equivalentes o intercambiables.

El artículo 178 del C.P.C. dispone textualmente: “La relación sobre la caducidad será apelable. En tercera instancia será susceptible de reposición”.

Pues bien, se estima que la expresión lingüística “La resolución sobre la caducidad” no puede ser interpretada en un sentido amplio o lato al punto de comprender o incluir en dicho enunciado tanto a la resolución que declara la caducidad de la instancia, como también a aquella que la rechaza o desestima.

Se estima que el citado texto legal debe ser interpretado en sentido estricto, vale decir, entendiendo que la ley al referirse a la resolución sobre la caducidad está aludiendo solamente a “la resolución que declara la caducidad”.

Ello es así por las siguientes razones:

1) Porque, como se dijo antes, todo el contexto normativo de la materia tratada alude a la caducidad de la instancia como figura procesal que provoca la terminación de los procesos, de la misma manera que el desistimiento, el allanamiento, la conciliación y la transacción, todos ellos modos anormales de terminación de los juicios.

2) Porque si la ley hubiera querido otorgar el carácter de la recurribilidad a la resolución que admite la caducidad de la instancia como también a aquella que la desestima, no tendría sentido ni finalidad práctica la norma del artículo 178 del C.P.C. (que alude a “la resolución sobre la caducidad”) puesto que bastaría con el silencio de la ley para poder entender que tanto la resolución que declara la caducidad como aquella que la desestima son recurribles por aplicación del principio general legislado en el artículo 395 del C.P.C.

3) Porque debe tenerse en cuenta que solamente el auto que declara la caducidad de la instancia es susceptible de ocasionar agravios ya que pone fin al proceso (resolución con fuerza de sentencia definitiva), pero no el auto que desestima el pedido de caducidad.

4) Porque con un criterio análogo se interpreta la norma del Art. 77 del C.P.C. que dispone: “La resolución del Juez que deniegue la intervención será apelable...”, disposición que restringe la recurribilidad solamente al auto que deniega el pedido de intervención del tercero, no extendiéndose dicha recurribilidad al auto que la admite, precisamente porque tal determinación (al igual que el auto que rechaza el pedido de caducidad) no ocasiona agravios que justifiquen la interposición de recursos ante la Alzada.

Así, pues, el enunciado del artículo 178 del C.P.C. que dice “La resolución sobre la caducidad será apelable”, debe interpretarse, conforme los fundamentos antes expresados, como “Solamente la resolución que declara la caducidad será apelable...”.

En consecuencia, si solamente la resolución que declara la caducidad de la instancia es recurrible (norma producto de la interpretación del texto del artículo 178 del C.P.C.), un simple razonamiento “a-contrario sensu” conduce a la elaboración de una norma tácita prohibitiva a por la cual se establece implíci-

tamente que la resolución que rechaza la caducidad no es apelable, o, lo que es lo mismo, se prohíbe (no se permite) interponer el recurso de apelación contra el auto que desestima el pedido de caducidad de la instancia. La construcción de esta norma prohibitiva tácita es posible porque a consecuencia de la interpretación sistemática del artículo 178 del C.P.C. (con los argumentos que sostienen la interpretación) se elabora una norma jurídica procesal que contiene el adverbio de cantidad, o cuantificador lógico, “solamente”, condición suficiente y necesaria para permitir el razonamiento a-contrario sensu en forma válida.

A partir de este momento, todo el razonamiento judicial transita por medio de un simple razonamiento silogístico o deductivo. Si la norma jurídica procesal tácita que se desprende de la interpretación sistemática del texto del artículo 178 del C.P.C. y del argumento a-contrario prohíbe o permite la apelabilidad de la resolución judicial que rechaza la caducidad de la instancia (premisa mayor), y si el auto que hoy se encuentra en grado de alzada ante este Tribunal rechaza la caducidad de la instancia (premisa menor), la conclusión lógica, necesaria y forzosa que se obtiene es que se prohíbe o no se permite la apelación del auto que hoy se encuentra en grado de Alzada ante el Tribunal.

La resolución que rechaza la caducidad debe ser impugnada por quien se considere afectado por vía de reposición de conformidad con el artículo 309 del C.P.C. que impone dicha vía recursiva no sólo contra providencias de mero trámite, sino también contra autos interlocutorios que no causan gravamen irreparable, como ocurre con la resolución que resuelve desestimar el pedido de caducidad de la instancia; aún cuando a dicho pedido, en el presente caso, se le haya dado trámite incidental, ya que esta situación no modifica la figura o los efectos procesales.

Atendiendo a lo dicho, el Juzgado de Primera Instancia debió haber denegado los recursos que han sido interpuestos contra el mismo. Al no haber procedido de la manera que ha sido indicada y, antes bien, al haber concedido dichos recursos, corresponde que el Tribunal los declare mal concedidos y disponga, consiguientemente, la devolución de los autos al Juzgado de origen.

En cuanto a las costas, en este caso particular se estima justo imponerlas en el orden causado atendiendo a que la cuestión ha exigido una interpretación que ha conducido a una conclusión contraria a la que hasta la fecha viene sosteniendo la jurisprudencia nacional.

Recurso de nulidad – opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: La parte recurrente no ha fundamentado este recurso de nulidad.

Por lo demás no se observan vicios de forma o solemnidad que pudieren obligar al Tribunal a anular de oficio la resolución recurrida.

Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Manifiesta que se adhiere a la opinión del magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

Recurso de apelación – opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos: El recurrente manifiesta que se agravia contra la decisión tomada por el Juez A-quo, diciendo que, el argumento del Juzgado es una simple remisión al informe elaborado por la Actuaria. Sostiene además que, en relación a la caducidad operada con respecto a los demandados Gregorio Silvino Alonso, Julio Torres Gómez, y Oscar Rufino Torres Gómez, los mismos nunca fueron notificados de la demanda inicial y que ya ha transcurrido en exceso el plazo de 6 meses establecido en el artículo 172 del C.P.C.

Continúa manifestando que, con respecto al demandado Rodolfo Torres Gómez, conforme a la Cédula de Notificación, la cual arguye de falsedad, fue notificado del inicio de la demanda por lo que, a su criterio, según la providencia de fecha 27 de julio de 2005 el apercibimiento se hizo efectivo al citado demandado y con ella ha finalizado la etapa preparatoria.

Sostiene además que, a partir de dicho instante la parte actora disponía de un plazo de 20 días para iniciar el juicio ejecutivo por imperio del artículo 447 del C.P.C. y que, la providencia citada precedentemente ha quedado firme en fecha 28 de julio de 2005, habiéndose operado la caducidad de la medida preparatoria.

Que, a (fs. 71/72) de autos, el abogado Emigdio Loreiro Argüello contesta el traslado que le fuera corrido manifestando que, su parte solicitó las audiencias respectivas para impulsar el procedimiento y que inclusive los mismos demandados comparecieron a reconocer las firmas. Asimismo, cita el artículo 172 del C.P.C. en cuanto enuncia: “...El impulso del procedimiento por uno de los litisconsortes beneficia a los restantes”.

Con respecto al demandado Rodolfo Torres Gómez el mismo señala que: “...el representante convencional arguye de falsedad la cédula de notificación agregada a fs. 26 de autos, habiendo su mandante comparecido para el reconocimiento de firmas y en cuya oportunidad no la impugnó conforme a lo dispuesto por el Art. 308 pretendiendo a estas alturas impugnarla solamente para dilatar el proceso de ejecución”.

En razón a la caducidad de las medidas preparatorias señala que, las mismas hasta la fecha no han quedado concluidas por el hecho de que no todos los demandados comparecieron a reconocer las firmas y la deuda que se les atribuye y que obra al pie del documento base de la acción presentada, o en forma ficta en caso de incomparecencia, motivo por el cual no ha transcurrido el plazo legal, y además que esto no fue lo apelado.

La cuestión de fondo traída a estudio de este Tribunal hace relación a la caducidad planteada en estos autos y rechazada por el Juzgado de Primera Instancia. La cuestión se circunscribe esencialmente en determinar si ha transcurrido o no en este proceso el plazo de seis meses previsto por el Art. 172 del C.P.C. para la declaración de la caducidad de la instancia, como lo ha entendido el A-quo.

Que, analizadas las constancias de estos autos se advierte que, en fecha 20 de octubre de 2005, los demandados Rodolfo Torres, Julio Santacruz, Francisco Vera y María Concepción Pereira, han comparecido ante el Juzgado con el objeto de reconocer las firmas que se les atribuyen, pero no pudo llevarse a cabo por las razones expuestas en la nota de fojas 29 de autos.

Por este motivo, la parte actora solicita se fije nueva audiencia en fecha 23 de noviembre de 2005 (fs. 30) y, por providencia de fecha 5 de diciembre de 2005, el Juzgado señala nueva audiencia a fin de que los demandados comparezcan nuevamente a reconocer las firmas que se les atribuye (fs. 31).

Asimismo, de las constancias de autos surge que, el actor ha solicitado en forma sucesiva cuatro audiencias consecutivas, escritos de fechas 18 de mayo de 2006, 8 de agosto de 2006, 14 de agosto de 2006 y 6 de octubre de 2006.

Ahora bien, de esta situación, surge el problema de determinar si los escritos presentados en forma sucesiva por la parte actora pueden ser considerados como impulsos procesales.

Cabe resaltar que, las providencias que fijaban nuevas fechas para la audiencia de reconocimiento de firmas, para que surtan sus efectos deben necesariamente ser notificadas por cédula y, en autos –con excepción de la providencia de fecha 20 de octubre de 2006–, no consta ninguna cédula de notificación practicada a los demandados y, sólo con esta diligencia se logra el avance del proceso.

Así las cosas, cabe determinar cuál fue la última actuación tendiente a impulsar el proceso, y de las constancias de autos surge que la última diligencia cuyo cumplimiento pudo impulsar el proceso es el reconocimiento de firma de los

demandados, en fecha 20 de octubre de 2005, que no pudo llevarse a cabo y que se constata a fojas 29.

En tales condiciones, no puede tener acogida favorable la pretensión del demandante ya que, todos los demás actos realizados por su parte son irrelevantes, al no constituir los mismos actos procesales suficientes para impulsar la instancia. De tal forma, al quedar el proceso paralizado por más de seis meses por inactividad de las partes, corresponde revocar la resolución de primera instancia por la cual no se hace lugar al pedido de caducidad de la instancia en estos autos.

Las costas, virtud del principio establecido en el Art. 192 corresponde imponer a la parte perdedora.

Opinión de la magistrada Valentina Núñez González: Manifiesta que se adhiere a la opinión del magistrado Dr. Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

Por tanto, en mérito de lo expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar, con costas el auto apelado. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González y Marcos Riera Hunter.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 14

Cuestión debatida: nos encontramos ante una demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual, promovida por la asegurada contra la empresa aseguradora (que había rechazado el siniestro) por la reparación del vehículo asegurado y por la suma abonada en concepto de resarcimiento de daños al propietario del otro vehículo siniestrado más la actualización del 3% mensual hasta el momento de dictar sentencia.

SEGURO. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro.

Si el pronunciamiento del asegurador no es explícito respecto de las razones del rechazo del siniestro, dicha actitud debe ser asimilada a la omisión de pronunciamiento. La aseguradora debe brindar una explicación coherente y fundada de su actitud, lo que resulta compatible con el principio de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales.

SEGURO. Indemnización del asegurado.

En la hipótesis de considerar la existencia de culpa grave, como lo sostiene la compañía de seguros, el onus probandi corre por cuenta de la misma, ya que ella es quien introduce en la contestación este hecho, pues la demandante lo que plantea es el rechazo defectuoso como fundamento de su derecho.

SEGURO. Denuncia del siniestro. CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la defensa.

En el caso la demandante es la asegurada y denunciante, de manera que cualquier modificación que la aseguradora pretendiese introducir a su denuncia, como se pretende con dicho complemento de denuncia, presentado por la misma, debe ser hecho con conocimiento de aquella, de lo contrario no le es oponible, pues a sus espaldas se están realizando diligencias que afectan gravemente su derecho a la defensa.

SEGURO. Indemnización del asegurado.

La condena que pueda surgir deberá enmarcarse dentro de los parámetros acordados por las partes contratantes –asegurada y aseguradora– porque en el caso que la compañía de seguros hubiese reconocido el siniestro, la misma solo podría abonar la cobertura contratada, no más de ella. En tal sentido, con relación a la responsabilidad civil por daños causados a cosas de terceros, se estipuló una suma máxima de Gs. 10.000.000 (diez millones de guaraníes) por cada accidente, de manera que esa es la suma que corresponde abonar, más los intereses desde la notificación de la demanda.

SEGURO. Indemnización del asegurado.

En cuanto a los documentos, se los tendrá por reconocidos o recibidos (...). Sin embargo, aún en el caso de restarle validez a los presupuestos considerados por el A-quo para resolver, el mismo está facultado por el art. 452 del C.C. a fijar la indemnización, por lo que atendiendo a los desperfectos sufridos por el vehículo y las referencias de costos corresponde confirmar la suma acordada por el A-quo correspondientes a la reparación del vehículo de la asegurada.

TApel. Civ. y Com., Primera Sala. 31-03-10. “Gladys Alba Vázquez c/ La

Agrícola S.A. de Seguros Generales s/ indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual” (Ac. y Sent. N° 14).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se halla ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley, éste arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante la magistrada Valentina Núñez González, Dr. Marcos Riera Hunter y Oscar Augusto Paiva Valdovinos.

A la primera cuestión planteada, la magistrada Valentina Núñez González, dijo: Debe dejarse constancia que ambas partes han interpuesto recurso de nulidad. La parte actora ha desistido expresamente de este recurso, en tanto que la parte demandada ha fundado en forma promiscua ambos recursos, solicitando en su petitorio la revocatoria de la resolución lo que nos permite inferir que no ha encontrado causal de nulidad de la resolución. Por otra parte, no se observan en la resolución recurrida, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio de la misma, por parte del Tribunal por lo que corresponde hacer lugar al desistimiento en relación a la actora y tener por desistido a la demandada.

A sus respectivos turnos, los magistrados Dres. Marcos Riera Hunter y Oscar Augusto Paiva Valdovinos manifiestan que se adhieren al voto de la Magistrada por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, la magistrada Valentina Núñez González dijo: A los efectos de un mejor ordenamiento en el análisis de los agravios de ambas partes, consideramos oportuno iniciarlos con los interpuestos por la parte perdedora en Primera Instancia, que es la parte demandada, atendiendo que los de la parte actora se refieren en exclusividad a las costas, y no a la totalidad de la resolución.

Inicia el recurrente su expresión de agravios señalando la necesidad de citar previamente algunas disposiciones que establece la ley en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual, así como las disposiciones establecidas en la Póliza de Seguros y disposiciones del Código Civil Paraguayo, que constituyen una repetición de lo ya expuesto en su escrito de alegatos.

Considera que el A-quo con manifiesta parcialidad ha condenado a su mandante no solo a pagar el monto que corresponde a la indemnización del

vehículo, sino también lo pagado a quien fue indemnizada a espaldas de la compañía de seguros. Continúa efectuando una transcripción de párrafos de la demanda con comentarios que no constituyen sino repetición de los argumentos en la contestación de la demanda y los alegatos.

De la retahíla de lamentaciones realizadas, lo que puede inferirse es que la sentencia recurrida es injusta en base a la supuesta culpa grave del asegurado quien habría transgredido los arts. 135 y 135 de la Ordenanza N° 21/94 que regula el tránsito en la ciudad de Asunción y en una aparente parcialidad del Juez interviniente, quien habría concedido lo solicitado por la parte actora, sin considerar la probanzas ofrecidas por su parte, como es la declaración agregada en autos y no negada por el conductor que manifestara que a las 5 de la mañana conducía por la Avda. Quinta a 70 km por hora, con lo que considera que quedó demostrada la culpabilidad dolosa en el tránsito.

Efectúa algunas otras consideraciones respecto a los fundamentos del A quo para determinar el monto a ser pagado y concluye solicitando la revocatoria de la resolución.

Corrido traslado a la otra parte, este contesta en escrito que va de fs. 125/130 de autos, refutando los argumentos de la adversa y señalando que el apelante incurre en incongruencia por cuanto que ha quedado patentizado por los fundamentos del rechazo se encuentran contenidos en el telegrama 7134 en donde se citaba como fundamento el contenido de la Cláusula 4, inciso a) del contrato de Seguro y la Ordenanza Municipal 21/94 Reglamento General de Tránsito, art. 121 inc. a) y art. 1649 del Código Civil, no habiéndose aludido en ningún momento al art. 134 del mismo cuerpo legal, ni la existencia de un acta de complemento de la denuncia ante el seguro que se pretende validar en la demanda ni tampoco se ha probado la velocidad en que realmente se desplazaba el vehículo, pues la compañía de seguros no abrió ninguna investigación al respecto, sino rechazó el siniestro por los motivos mencionados más arriba, cuando que a la misma le correspondía demostrar lo contrario al efectuar una negación genérica de los hechos.

Efectúa otras consideraciones respecto a la falta de cumplimiento del contrato suscripto con la compañía de seguros y el daño que ese proceder antijurídico le ha provocado a su patrimonio, por lo que se configura la obligación de la misma de resarcirle los daños sufridos y restituir su patrimonio a la que se encontraba antes de tener que efectuar las irrogaciones realizadas para responder por los daños a terceros y de la reparación de su vehículo.

Efectuada estas consideraciones, corresponde estudiar los agravios de la parte actora, en relación al apartado que se refiere a la imposición de costas en el orden causado. Considera que el fundamento utilizado por el inferior para imponer las costas en el orden causado fue que lo discutido se trata de una cuestión opinable en derecho.

Recurriendo a lo mencionado por el Dr. Hernán Casco Pagano, al comentar en su obra “Código Procesal Comentado y Concordado”, las causales de exoneración de costas a la perdedora, considera que la aplicable, conforme a los términos de la resolución sería la que menciona: “Controversias o cuestiones dudosas de derecho”. Siempre que existan divergencias notables de doctrina y jurisprudencia (...).

Considera que el A-quo no ha justificado debidamente las razones por las que sería una cuestión opinable ya sea en cuanto al derecho como la doctrina. Agrega que la fundamentación del inferior, carece de argumento alguno apartándose de la disposición legal que estipula que el Juzgador puede eximir de las costas siempre que encontrare razones para ello, debiendo expresarlas en el pronunciamiento, bajo pena de nulidad de ahí que considera que la sentencia debe ser revocada parcialmente en lo que atañe a las costas a que deberán ser soportada por la parte perdedora pues debe ser aplicado el criterio objetivo previsto en la ley y excepcionalmente eximir las.

Corrido traslado a la otra parte, esta contesta en escrito que obra de fs. 123/124 señalando que comparte el criterio del A-quo en considerar que por tratarse de una cuestión opinable, debe imponerse en el orden causado.

Pasando a analizar la cuestión sometida a estudio, nos encontramos ante una demanda de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual, promovida por Gladys Alba Vázquez contra la empresa “La Agrícola S.A. de Seguros Generales” para el cobro de la suma de Gs. 17.208.660 (diez y siete millones doscientos ocho mil seiscientos sesenta mil guaraníes) por la reparación del vehículo asegurado y la de Gs. 13.864.400 (trece millones ochocientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos guaraníes) abonados en concepto de resarcimiento de daños al propietario del otro vehículo siniestrado totalizando la suma de Gs. 31.063.060 (treinta y un millones sesenta y tres mil sesenta guaraníes) más la actualización del 3% mensual hasta el momento de dictar sentencia.

La parte actora había promovido la demanda ante lo que considera un incumplimiento del contrato de seguro celebrado con la compañía demandada,

la que se negara a aceptar como indemnizable el siniestro ocurrido, rechazándolo conforme a los términos del Telegrama N° 7134 de fecha 25 de abril de 2007 (obstante a fs. 20 y 80 de autos) que textualmente señalara: “Comunicamos rechazo del siniestro su automóvil marca Nissan Sentra Chapa AHV-522 PY, asegurado Póliza N° 0501.24646 por inobservancia de las condiciones generales Seguros de Automóviles, caso no indemnizable cláusula 4, inc. a), en concordancia a lo previsto en el art. 121, inciso c), Ordenanza Municipal N° 21/94 Reglamento General de Tránsito y a lo prescripto en el art. 1649 del Código Civil. Colaciónese”. De manera que las causas del rechazo alegadas por la compañía de seguros, quedaron perfectamente establecidas en el telegrama.

Conforme a ello, se tiene que en base a la Cláusula 4, inciso a) que estipula que el asegurador no se responsabiliza en los siguientes casos, salvo pacto expreso en contrario: a) cuando el conductor provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave o cuando no dé cumplimiento a las leyes, ordenanzas, reglamentos gubernamentales, municipales o policiales, calificadas como faltas gravísimas, vigentes en el territorio nacional y a continuación se señala en auxilio de dicha disposición el art. 121, inciso a) del Reglamento de Tránsito que en su parte pertinente, el inciso a) señala: “El conductor que enfrente el signo “Pare” deberá detener el vehículo y permitir el paso de los que circulen por la otra vía y reiniciará la marcha solo cuando pueda hacerlo en condiciones que eliminen toda posibilidad de accidente (su inobservancia constituye falta gravísima).

Como vemos la cláusula de referencia establece tres posibilidades; a) dolo; b) culpa grave; y c) incumplimiento de leyes, ordenanzas,... etc., calificada como faltas gravísimas. Sin embargo, la compañía de seguros, en lugar de comunicar a la asegurada claramente cuál era la causal de rechazo del siniestro entre las tres mencionadas, dado que se excluyen, se limita a citar y transcribir un artículo y un inciso que no guardan relación con el hecho ocurrido, de suerte tal que la misma desconoce realmente cuál es la causal que se le atribuye, a los efectos de ejercer su defensa.

En tal sentido es dable señalar lo que menciona el distinguido tratadista Rubén S. Stiglitz en su obra “Derechos de Seguros” (5ª Edición) al ocuparse del rechazo del siniestro y el contenido del pronunciamiento del asegurador acerca del derecho del asegurado: “El asegurador deberá informar con toda precisión la causa por la que se pronuncia en contra del reconocimiento del derecho del asegurado”. Agrega: que la manifestación de la aseguradora debe ser seria y

suficientemente clara como para apreciar su expresión de voluntad, añadiendo que “debe ser comprendida por el asegurado, quien, de este modo, se encontrará en igualdad de condiciones para promover eventuales acciones judiciales”. Carecen de eficacia expresiones genéricas como haber incurrido en culpa grave si no se explicita en que consistió o que el siniestro denunciado se halla excluido de cobertura, sino se concreta cuál es la hipótesis (...). De allí que se tenga resuelto en doctrina y jurisprudencia que “si el pronunciamiento del asegurado no es explícito respecto de las razones del rechazo del siniestro dicha actitud debe ser asimilada a la omisión de pronunciamiento. La aseguradora debe brindar una explicación coherente y fundada de su actitud, lo que resulta compatible con el principio de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales”.

Este solo hecho amerita el rechazo de la demanda atendiendo a lo dispuesto en el art. 1597 del C.C. en su último párrafo al referirse al pronunciamiento del asegurador respecto al derecho del asegurado: “En caso de negativa (vale decir de rechazo), deberá enunciar todos los hechos en que se funde”, cosa que no se observa en el telegrama remitido a la asegurada demandante.

Producto de esta falta de claridad y ante la incertidumbre de cuál es la causal específica que motivara el rechazo del siniestro es que la misma promueve esta demanda, y se ve obligada a ensayar posibles hipótesis sobre las mismas.

Recién en la contestación de la demanda, la compañía de seguros intenta incorporar como justificativo del rechazo la existencia de culpa grave, alegando que el conductor se desplazaba a gran velocidad, buscando así ampararse en lo dispuesto en el art. 1649 del C.C. y en las disposiciones de los arts. 134, 135 y 136 de la Ordenanza 21/94 que reglamenta el Tránsito, artículos estos que en ningún momento fueron enunciados como causa del rechazo y ello fue confirmado con la absolución de posiciones del representante de la compañía de seguros que concurriera a la audiencia respectiva. De manera que el rechazo del siniestro se limita al contenido del telegrama N° 7134.

En la hipótesis de considerar la existencia de culpa grave, como lo sostiene la compañía de seguros, el onus probandi corre por cuenta de la misma, ya que ella es quien introduce en la contestación este hecho, pues la demandante lo que plantea es el rechazo defectuoso como fundamento de su derecho. Al respecto se debe señalar que se incurre nuevamente en la falta grave, sin embargo en el

petitorio de la contestación de la demanda en el ítem 8 se habla que la demanda no se abonará por falta grave.

Recordemos que al iniciar el análisis habíamos señalado que eran tres las causas de rechazo del siniestro conforme a la Cláusula 4, inciso a) (dolo, culpa grave y faltas gravísimas) por ello es importante la precisión en el lenguaje a fin de poder determinar concretamente cuál es la causal alegada. Por lo menos, queda despejado que dolo no fue.

Retomando el análisis, señalábamos que el onus probandi corre por cuenta de quién alega un hecho y por consiguiente, la prueba de la culpa grave corría a cargo de la compañía de seguros. Esta se limitó a presentar una copia donde constan los artículos del Reglamento de Tránsito en que pretenden ampararse y una copia de lo que dan en llamar Complemento de Denuncia, que es ofrecida como prueba esencial. Sin embargo, debe tenerse en cuenta al respecto: a) que la demandante es la asegurada y denunciante, como se pretende con dicho cumplimiento, debe ser hecho con conocimiento de la misma, de lo contrario no le es oponible, pues a sus espaldas se están realizando diligencias que afectan gravemente su derecho a la defensa; b) el asegurado está obligado a comunicar el siniestro dentro del plazo de tres días de ocurrido el mismo, so pena de perder el derecho a la indemnización y evidentemente este requisito fue cumplido por cuando no hubo reclamación de la adversa al respecto, sin embargo, ni en el Código Civil ni en el contrato se prevé la posibilidad de un complemento de denuncia efectuado en forma unilateral por la Compañía de Seguros, sin conocimiento de la Asegurada. Se habla sí, de la obligación de ésta de proporcionar al Asegurador, a su pedido, la información necesaria para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo, la prueba instrumental en cuanto sea razonable que la suministre y permitirle al Asegurador las indagaciones necesarias a tales fines (art. 1590 del C.C.), pero siempre con intervención de la asegurada. De manera que esta prueba, que es la única, quedaría librada a la sana crítica, atendiendo a su origen, ya que no existen otros elementos que justifiquen la postura sustentada por la compañía de seguros en cuanto a la velocidad en que el vehículo era conducido. En el parte policial, no se hace mención a ello y el testigo propuesto poco o nada contribuye a despejar esta incógnita. Sin embargo, debemos mencionar que en la absolución de posiciones de quien concurriera en carácter de apoderado de la empresa Carlos Antonio Vega Fernández (fs. 63) al responder a la posición N° 7 había dicho sí, vale decir

que la empresa de seguros contaba con todos los requisitos o elementos establecidos en la cláusula 19 (que se refiere al pronunciamiento del Asegurador en relación al derecho del asegurado) y en concordancia con ello en la posición 9, confirma que La Agrícola de Seguros S.A. nunca invocó el art. 134 de la Ordenanza Municipal 21/94 ni el complemento de denuncia, como causal de rechazo de la pretensión de la demandante, por lo que de acuerdo con lo que hemos venido desarrollando en relación al defecto en el rechazo o la teoría sostenida por la compañía de culpa grave, si la propia empresa reconoce que tenía esos elementos al tiempo de remitir el telegrama y no fueron utilizados, mal puede pretender usarlo a posteriori, buscando con ello subsanar la omisión en la que incurriera, por lo que considero que la resolución recurrida debe ser confirmada en cuanto hace lugar a la demanda promovida.

De todo lo que se ha venido mencionando se concluye pues, que efectivamente ha quedado demostrada la responsabilidad en el incumplimiento indebido, por parte de la compañía de seguros de las obligaciones asumidas sin tener causa justificada, lo que la hace responsable de las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento, en este caso, la indemnización de los daños sufridos por la asegurada.

Dicha indemnización se traduce en una pretensión dineraria de Gs. 31.063.060 (treinta y un millones sesenta y tres mil sesenta guaraníes) que engloban la suma de Gs. 17.208.660 (diez y siete millones doscientos ocho mil seiscientos sesenta guaraníes), correspondientes a la reparación del vehículo de la asegurada y de Gs. 13.864.400 (trece millones ochocientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos guaraníes) correspondientes a la indemnización del otro vehículo siniestrado.

Sobre el particular, debemos señalar que la condena que pueda surgir deberá enmarcarse dentro de los parámetros acordados por las partes contratantes porque en el caso que la compañía de seguros hubiese reconocido el siniestro, la misma solo podría abonar la cobertura contratada, no más de ella. En tal sentido, con relación a la responsabilidad civil por daños causados a cosas de terceros, se estipuló una suma máxima de Gs. 10.000.000 (diez millones de guaraníes) por cada accidente, de manera que esa es la suma que corresponde abonar, más los intereses desee la notificación de la demanda.

En relación a la cobertura por accidente del vehículo asegurado, fue acordada la suma de Gs. 45.000.000 (cuarenta y cinco millones de guaraníes) equi-

valentes al valor del automóvil al tiempo del siniestro. Este rubro fue tangencialmente cuestionado por el apelante, por cuanto que como ya se señalara se efectuó una negación genérica, incumpliendo así con la exigencia del art. 235, inciso a) del C.P.C. que hable de reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda (...) su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general, podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren. En cuanto a los documentos, se los tendrá por reconocidos o recibidos (...). Sin embargo, aún en el caso de restarle validez a los presupuestos considerados por el A-quo para resolver, el mismo está facultado por el art. 452 del C.C. a fijar la indemnización, por lo que atendiendo a los desperfectos sufridos por el vehículo y las referencias de costos corresponde confirmar la suma acordada por el A-quo que asciende a Gs. 17.208.660 (diez y siete millones doscientos ocho mil seiscientos sesenta guaraníes), correspondientes a la reparación del vehículo de la asegurada. En cuanto a la indemnización por daños causados a terceros, deberá abonar la suma de Gs. 10.000.000 (diez millones de guaraníes) que fue la acordada en la póliza, totalizando la suma de Gs. 27.208.660 (veintisiete millones doscientos ocho mil seiscientos sesenta guaraníes), también con intereses desde la notificación de la demanda.

Queda por dilucidar lo referente a las costas, que fuera reclamada por la parte actora. En tal sentido, consideramos que la cuestión sometida a estudio, desde el punto de vista de esta magistrada no es opinable. Existen disposiciones clara a las que nos hemos referido, que avalan lo resuelto en autos, por lo que corresponde la imposición de costas en esta y en Primera Instancia a la parte perdidosa.

A sus turnos, los magistrados Dr. Marcos Riera Hunter y Oscar Augusto Paiva Valdovinos, manifiestan que se adhieren al voto de la magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados, por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato:

Visto: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y los fundamentos en él esgrimidos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala;

RESUELVE:

1. Tener por desistida a la parte actora del recurso de nulidad interpuesto y declarar desierto el mismo con relación a la parte demandada en autos.

2. Confirmar la resolución en cuanto hace lugar a la demanda, establece el plazo para la condena impuesta y los intereses fijados y la forma de cómputo de los mismos, pero modificando el monto de acuerdo a lo expuesto en el considerando, dejándolo fijados en la suma de Gs. 27.208.660 (veintisiete millones doscientos ocho mil seiscientos sesenta guaraníes).

3. Revocar el apartado segundo de la resolución, debiendo imponerse las costas a la perdidosa en ambas instancias.

4. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Valentina Núñez González y Marcos Riera Hunter.

Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 23

Cuestión debatida: Se discute si el plazo para oponer la excepción de prescripción a los efectos de la nulidad de marcas se rige por la ley N° 751/59 o el plazo establecido en el Convenio de París.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de la prescripción. Prueba de la prescripción.

El que deduce excepción de prescripción como defensa procesal, debe demostrar con cálculos correctos si se produjo el transcurso del tiempo indicando desde cuando se inició computarse dicho plazo y cuando se cumplió el mismo. Obviamente, no es suficiente la mera afirmación de que la acción se encuentra prescrita sin aportar pruebas concretas.

BUENA FE.

En el derecho civil, la buena fe siempre se presume y quien alega ésta está obligada a probarla. En base a estos argumentos, consideramos que es acertada la sentencia que rechaza la excepción de prescripción, pues en autos la mala fe no se ha probado, es decir queda excepta la mala fe de la demandada.

MARCA. Nulidad de marca.

El Art. 49 de la Ley de Marcas N° 751/59 dice: “La acción de nulidad prescribirá a los dos años”. En el caso que nos ocupa se observa, que la demanda de nulidad fue promovida extemporáneamente, y esta acción debía haber sido interpuesto dentro del plazo de ley, es decir dos años, por lo que no nos asisten dudas que la acción se halla prescripta.

MARCA. Nulidad de marca. LEY. Aplicación de la ley.

En este caso no cabe la aplicación del Convenio de París, en el sentido de que no existe prescripción, porque según dicho Convenio: No se fijará plazo para reclamar la anulación (...) utilizadas de mala fe. Esta norma internacional no es aplicable cuando la marca del demandante no fue solicitada sea declarada como notoria o una marca mundial, porque el derecho de marca es territorial y cuando la marca extranjera que pretende la nulidad a base del Convenio de París, para ello debe estar basado en la notoriedad comprobada de la marca para extender el uso de una nueva marca extranjera en otro territorio y hacer posible la aplicación del Convenio de París. Pero al no hacerlo es una simple aplicación del derecho interno que en la misma ley de marca establece el plazo de dos años.

MARCA. Nulidad de marca.

En el caso, aún cuando se refirió a la marca notoria, la parte accionante no pidió se declare la marca como notoria y al no hacerlo soy del criterio de que la norma aplicable es la interna y por tanto que la prescripción está operada por haber transcurrido el plazo de dos años establecido en el art. 49 de la ley N° 751/59.

TApel. Civ. y Com., Segunda Sala. 31-03-10. “Philip Morris Brasil S.A. c/ Tabacalera Boquerón S.A. s/ nulidad del registro N° 198.713 de la marca “LS y Etiqueta”. Clase 34 de fecha 11 diciembre de 1997. (Ac. y Sent. N° 23).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de la ley resultó el siguiente orden de votación: Ynsfrán Saldívar, Castiglioni y Paiva Valdovinos.

A la primera cuestión planteada, el magistrado Ynsfrán Saldívar, dijo: El recurso de nulidad fue desistido expresamente en el escrito que se halla agregado a fs. 239/241 de autos. No obstante ello, el Código ritual le impone a la Alzada analizar de oficio el fallo, pues si este adolece de vicios u omisiones el mismo debe ser anulado. Pues bien, en este menester y cumpliendo con lo que dispone

la normativa vigente hemos analizado la parte estructural del fallo y dado que el mismo no contiene vicios ni defectos formales y procesales que ameriten decretar la nulidad de oficio de la resolución, corresponde dar curso favorable al desistimiento formulado. Es mi voto.

A sus turnos, los doctores Carmelo A. Castiglioni y Oscar Paiva Valdovinos: Manifestaron votan en idéntico sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el magistrado Ynsfrán Saldívar expresó: El fallo apelado resolvió hacer lugar, con costas, a la excepción de prescripción planteada en autos, por la empresa Tabacalera Boquerón S.A., considerada como medio general de defensa contra la demanda promovida por la firma Philip Morris Brasil S.A., en base a los argumentos esgrimidos por el inferior en el considerando de fallos (230/235).

Pues bien, al agraviar al apelante la decisión este presentó su escrito de expresión de agravios en esta instancia a fojas 239/241, y en él expone los fundamentos de porqué cuestiona la resolución, y solicita la revocatoria de la misma por los argumentos que emite en el referido escrito. La otra parte, por el contrario, a través del escrito agregado a fs. 244/247, rebate lo expuesto por esta parte y por motivos jurídicos y doctrinarios considera que debe ser confirmada la resolución recurrida, sosteniendo que el fallo es justo y conforme a derecho.

Antes de adentrarnos al fondo de lo debatido en esta causa, es conveniente formular algunas consideraciones sobre las llamadas defensas procesales. Así tenemos, que la excepción de prescripción puede ser liberatoria o extintiva de la acción. La primera, se opera por el no ejercicio del derecho, cumplido el plazo respectivo y; la segunda, se produce por la inacción del titular del derecho durante el tiempo establecido en la ley. Ahora bien, el que deduce dicha excepción, debe demostrar con cálculos correctos si se produjo el transcurso del tiempo indicando desde cuando se inició a computarse dicho plazo y cuando se cumplió el mismo. Obviamente, no es suficiente la mera afirmación de que la acción se encuentra prescrita sin aportar pruebas concretas.

Del análisis realizado por el A-quo, entresacamos los argumentos que pueden ser considerados como trascendente para la decisión de la excepción. Este, expresa: "...En primer término cabe analizar la ley aplicable al caso que nos ocupa, pues, el debate entre las partes gira en torno a la misma y según se defina, cuál de las normativas resulte aplicable, se tendrá el destino del presente litigio. En efecto, las partes coinciden en cuanto al carácter de la ley aplicable

al caso en disputa, pues existiendo ley especial que regule la materia, ésta excluye la aplicación de una ley general, con la excepción en que una nueva ley general regule la materia objeto de la ley especial, así lo dispone el Art. 7° del Código Civil Paraguayo, en los siguientes términos: “Las leyes no puede ser derogadas en todo o parte, sino por otras leyes. Las disposiciones especiales no derogan a las generales, ni éstas a aquéllas, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto, explícita o implícitamente”. En el presente caso, el Código Civil Paraguayo (ley general) no deroga ni expresa o implícitamente la ley especial de marcas (751-1294), en consecuencia se concluye que deberá aplicarse al caso en estudio la ley marcaria de rigor. Ahora bien, el Convenio de París que regula igualmente la materia y en plena vigencia, antes, durante y posterior a la registración de la marca, cuya nulidad se reclama, e invocada por la parte actora dispone, en la disposición del artículo 6 bis, 3) no se fijará plazo para reclamar la anulación o la prohibición de uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe”. Para la aplicación de esta normativa resulta fundamental la demostración fehaciente de la malicia del solicitante, pues, la mala fe no se presume debe surgir de pruebas inequívocas, en el presente caso, la Dirección de Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio informó a fs. 214 que la marca “LS y Etiqueta”, con registro 97742 su primer solicitante fue la firma “CIA. López S.A., otorgada en el año 1981, con fecha de vencimiento el 7 de agosto de 1991, y posteriormente la misma fue inscrita a favor de la firma “Tabacalera Boquerón”, con registro N° 198713, en fecha 11 de diciembre de 1997, con fecha de vencimiento 11 de diciembre de 2007. Estos antecedentes demuestran claramente que la citada marca no ha sido comercializada en ese tiempo, además, en autos no se ha acreditado el extremo de la notoriedad de la marca, por lo que no cabe la aplicación de París. Conforme al estudio realizado, precedentemente, no cabe la menor duda que la Ley aplicable al caso en litigio es la Ley 751/79, art. 49 que dispone: “La acción de nulidad prescribirá a los dos años”. En estas condiciones, atendiendo a la fecha de la registración, se halla en plena vigencia la citada Ley y el acto jurídico concluyó bajo el imperio de la misma, obviamente que sus efectos igualmente se rige por la citada normativa, por lo que forzosamente se llega a la conclusión que la demanda ordinaria fue presentada una vez operada la prescripción de la acción, por el transcurso del término la inacción del agente, dos requisitos esenciales para que la extinción de la acción quede operada...” En base a estas razones llega a la conclusión que quedó operada la prescripción de la acción.

Luego de estudiar estas razones y dado que ellas coinciden con la doctrina, la jurisprudencia y sobre todo con la norma procesal, considera esta Magistratura que las mismas deben ser tildadas como correctas. Es más, debemos destacar que a los efectos de emitir este veredicto la labor del A-quo fue diligente pues procedió a un análisis exhaustivo del cómputo para determinar de acuerdo a la ley que se produjo la prescripción de la acción. Aparte de lo referido, este Tribunal ha constatado que el registro de la marca “LS y Etiqueta”, clase 34, fue concedido por la autoridad administrativa, la Dirección de la Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio, a la firma demandada Tabacalera Boquerón S.A. en fecha 11 de diciembre de 1997, conforme al Título de Marca agregado a autos. Esta fecha es sin dudas trascendental, sirve para dar la solución del presente caso. En este argumento el que él expone en los argumentos dados en el Considerando sosteniendo que corresponde tener en cuenta la Ley 751/79 “De marcas” y no la Ley 1.294/98 de marcas que deroga la citada, puesto que, tal como nos indica nuestro derecho positivo vigente, las leyes no tienen efecto retroactivo, rigen para el futuro, y por ello no pueden alterar derechos adquiridos por la anterior ley.

Referente a lo que se expone la parte actora al contestar la excepción de prescripción cuando sostiene que el presente caso no se hallaba prescripto al momento de su interposición, debido a que la demanda de nulidad de marca fue fundada en la mala fe, y fue como obtuvo el registro de la susodicha marca, Tabacalera Boquerón S.A. por lo que debió observarse lo que establece el Convenio de París. Al respecto recurrimos a las sabias enseñanzas del Dr. José Alberto Correa, ilustre ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien en el fallo N° 22, del 19 de mayo de 1958, siendo Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, en una cuestión similar a ésta decía: “...habrá que mantener como principio general que la buena fe se presume, es una cuestión que se mantiene en la doctrina y en la jurisprudencia...” Asimismo el reputado tratadista Dr. Alfredo Colmo, respecto de la buena fe, sostuvo esta premisa básica: Presunción de la buena fe, en el derecho civil es una regla general, porque, el derecho ccivil cree que todo el mundo es honesto, mientras no se pruebe lo contrario. Así se ha establecido sobre esta cuestión, que el que niega la buena fe, debe probarla. La mala fe corresponde probarla por quien la alega” (J.A. Tomo I, año 1951, página 436). Asimismo se ha establecido que “...la buena fe siempre se presume, quien para cohonestarla alega una conducta

dolosa debe proporcionar la prueba pertinente” (J.A. Tomo IV, 1962, página 9, No. 93).

La definición concreta de mala fe es siempre discutible por ello esta Magistratura recurre siempre al Diccionario Jurídico Osorio y Florit, Ed. 2007 donde define a la mala fe como: “Malicia o temeridad con que se hace una cosa o posee o detenta algún bien. (Dicc. Acad.). Posición atribuible a quién realiza un acto sabiendo que es delictuoso o cuasidelictuoso o que contiene vicios en su título...”. En el derecho civil, la buena fe siempre se presume y por ello la mala fe no se presume, y quien alega ésta está obligada a probarla. En base a estos argumentos, consideramos que es acertada la sentencia que rechaza la excepción de prescripción, pues en autos la mala fe no se ha probado, es decir queda excepta la mala fe de la Tabacalera Boquerón S.A.

A lo expuesto resulta oportuno agregar o recordar lo que dispone el Art. 49 de la Ley de Marcas N° 751/59, y dice: “La acción de nulidad prescribirá a los dos años”. En el caso que nos ocupa se observa, reiteramos que la marca “LS y Etiqueta”, clase 34 de la demandada fue concedida en fecha 11 de diciembre de 1997. Entrando, específicamente, en la defensa procesal consta en autos que la demanda de nulidad fue promovida en fecha 3 de abril de 2001, y esta acción debía haber sido interpuesto dentro del plazo de ley, que vencía en fecha 11 de diciembre de 1989, por lo que no nos asisten dudas que la acción se halla prescripta.

En base a las alegaciones dadas y atendiendo que los fundamentos emitidos por el A-quo se ajustan a las reglas legales y lógicas, esta Magistratura se inclina por la confirmación dle fallo dictado, con costas a la apelante.

A su turno, el magistrado Carmelo A. Castiglioni, dijo: Adhiero al voto del Porf. Dr. Linneo Ynsfrán Saldívar por los mismos argumentos y en el mismo sentido. Sólo me permito agregar que este caso no cabe la aplicación del Convenio de París, en el sentido de que no existe prescripción, porque según dicho Convenio: No se fijará plazo para reclamar la anulación (...) utilizadas de mala fe. Esta norma internacional no es aplicable cuando la marca del demandante no fue solicitada sea declarada como notoria o una marca mundial, porque el derecho de marca es territorial y cuando la marca extranjera que pretende la nulidad a base del Convenio de París, para ello debe esta basado en la notoriedad comprobada de la marca para extender el uso de una nueva marca extran-

jera en otro territorio y hacer posible la aplicación del Convenio de París. Pero al no hacerlo es una simple aplicación del derecho interno que en la misma ley de marca establece el plazo de dos años. En autos, aún cuando se refirió a la marca notoria, la parte accionante no pidió se declare la marca como notoria y al no hacerlo soy del criterio de que la norma aplicable es la interna y por tanto que la prescripción está operada y que la resolución debe ser confirmada, con costas. Es mi voto.

A su turno, el magistrado Oscar Paiva Valdovinos, dijo: Que se adhiere a los votos precedentes 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 lo certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

RESUELVE:

1. Tener por desistida del recurso de nulidad.
2. Confirmar, con costas, la S.D. N° 334 de fecha 22 de junio de 2006 por las razones y con los alcances dados en el exordio de este fallo.
3. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Lineo Ynsfrán Saldívar; Carmelo A. Castiglioni, Oscar Augusto Paiva Valdovinos.

Ante mí: Pablo Costantino. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 28

SENTENCIA. Nulidad de la sentencia.

El A-quo no podía resolver sobre nulidad de título sin que tuvieran participación los antecesores propietarios del inmueble en cuestión como también de la Municipalidad que tiene individualizada a la demandada respecto a la cuenta corriente catastral como contribuyente, razón entonces para declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado hasta el escrito de promoción de la demanda. (Voto de la mayoría).

MENSURA Y DESLINDE.

Para los casos de confusión de heredades, que es el argumento de la actora, no procede la nulidad del título de la propiedad colindante, sino la acción previs-

ta en el Art. 2023 y sgtes. del C.C., es decir la operación conjunta entre los propietarios colindantes para el deslinde de las propiedades, pero no la nulidad del título ni la cancelación de la inscripción. (Voto de la minoría).

MENSURA Y DESLINDE.

Con respecto a las operaciones técnicas obrantes en el expediente sobre mensura, las mismas no pueden ser consideradas como plena prueba, como pretende la actora, en razón que no fueron aprobadas, debido a las observaciones de la oficina técnica. (Voto de la minoría).

REIVINDICACIÓN. Acción reivindicatoria.

El Art. 2408 del C.C. confiere la acción reivindicatoria contra el obligado a restituir, o contra el que poseyere la cosa en virtud de un título nulo o anulable. (Voto de la minoría).

REIVINDICACIÓN. Acción reivindicatoria.

Siendo que el título de la demandada no ha sido declarado nulo la misma no se halla obligada a restituir porción alguna a la actora, debiendo desestimarse la demanda reivindicatoria contra la demandada. (Voto de la minoría)

TApel. Civ. y Com., Segunda Sala. 15-03-10 “Rosa Isabel Zaracho c. Iluminada Cabrera, Wilfrido Rojas, Luis Vera y Jose Maria Fariña s/ Nulidad de Título y Reivindicación de Partición de inmueble” (Ac. y Sent. N° 28).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso negativo, ¿está ajustada a derecho?

Practicado el sorteo, resultó que debían votar los señores miembros en el siguiente orden: Báez Maiola, Paredes Bordón, Zuccolillo Garay de Vouga.

A la primera cuestión, el Dr. Báez Maiola, dijo: La sentencia objeto de recursos (S.D. N° 1024 dictada el 4 de diciembre de 2008, fs. 281/284 vlt. II), hizo lugar con costas a la demanda de nulidad de título y cancelación de inscripción en registro público respecto al inmueble individualizado como Finca N° 1628 del Distrito de Ypacaraí Cta. Cte. Cat. 27-004-28. Como consecuencia, hizo lugar también con costas a la demanda de reivindicación planteada por Rosa Isabel Zaracho contra Iluminada Cabrera, Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña, dando un plazo de treinta días para dejar libre de toda ocupación, con autorización expresa de retiro de mejoras existentes.

Como la parte accionada contrademandó por usucapión, esta acción fue rechazada, con costas.

La nulidad es sostenida bajo cargo de estar: "...fundada ni razonada ni motivada, lo que a su vez dificulta o mejor imposibilita a mi parte conocer los fundamentos concretos para rebatir mediante el medio recursivo o el razonamiento empleado por la Juez A-quo evitar arbitrariedad para decidir la demanda planteada contra mi representada en violación del deber legal contenido en el art. 15 y 159 del C.P.C... A lo expuesto se agrega que la resolución recurrida no contiene ningún razonamiento concreto en su construcción y esencia, imposibilitando a mi parte dar estricto cumplimiento a la carga y deber legal contenida en el art. 419 del C.P.C. En estas condiciones corresponde decretar la nulidad de la resolución recurrida, por los vicios y defectos apuntados, salvo que el Tribunal considere que la misma podrá ser subsanada mediante el recurso de apelación también interpuesto..." (sic).

El art. 419 C.P.C. impone la obligación de especificar cuál o cuáles son los vicios de que adolece la resolución, bajo cargo de que no hacerlo el recurso de nulidad sea declarado desierto, la resolución ha sido dictada con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes (art. 404 C.P.C.), congruencia (inc. B, art. 15 C.P.C.) mediado indefensión (arts. 16 C.N., 409 C.P.C.), el tribunal o adquem tiene obligación de sancionar de oficio por nulidad.

Al revisar constancias de autos surge que Rosa Isabel Zaracho, en base al título de propiedad obrante a fs. 6/7 vta. Fechado 2 de abril de 1984 correspondiente a la Finca N° 2.196, Distrito de Ypacaraí, Cta. Cte. Cat. 27-004-28, sostiene que es de su legítima propiedad y ha sido no solamente ocupada por los accionados sino que el título correspondiente a la Finca N° 1.628, anotado bajo el N° 1 y al folio 1 y sgtes. de fecha 20 de diciembre de 1972 es falso pues se ha superpuesto a la Finca N° 2.196. Reconoce expresamente que la accionada Iluminada Cabrera ha recibido de una persona llamada Ana Cáceres de Ojeda. Basada en el resultado del juicio de mensura, asegura que "...resulta evidente una superposición de título, puesto que la Finca N° 1.628 del distrito de Ypacaraí anotado bajo el N° 1 y al folio 1 y sgtes. de fecha 20 de diciembre de 1972 a nombre de Iluminada Cabrera, no hizo otra cosa que introducirse indebidamente dentro del terreno de propiedad de mandante, lo que significa un injusto e ilegal despojo de una parte de la misma en una superficie de 289 m2, con 178 cm, debidamente corroborada con las operaciones técnicas practicadas en ocasión de la mensura judicial... Que la analizado las dimensiones que figuran en el título de dicho cuerpo mayor, surge que la Finca N° 1628 debía adaptarse a la

forma triangular del cuerpo mayor y no como actualmente ocupa, encuadrada en la esquina del callejón Yegros y la calle 14 de mayo lo que provoca la superposición con los derechos de la señora Rosa Isabel Zaracho...” (Sic)

De acuerdo a lo expuesto y también de constancias de autos surge que la demanda por reivindicación por una parte, esta dirigida contra Iluminada Cabrera propietaria de la Finca N° 1628 y por la otra contra Wilfrido Rojas, Luis Vera y María Fariña tildados de ocupantes, personas que, en conjunto integran el consorcio pasivo. Respecto a los ocupantes, la acción de reivindicación formalmente ha sido bien planteada. No ocurre lo mismo respecto a Iluminada Cabrera porque, para que proceda la acción de reivindicación, necesariamente debe anularse el título referido por superposición de esta finca en la individualizada como Finca N° 2.196.

Ante dicha situación, lo primero que salta a la vista es que el título de la demandada es anterior (1972) al que reconoce como propietaria a la accionante (1984). En este aspecto, como se tiene dicho, la accionante manifiesta que los antecedentes dominiales de su inmueble se remontan al año 1903. Pero así también la Finca N° 1.628 tiene que tener los suyos y en consecuencia surge notorio que no se puede anular un acto jurídico de transferencia o de constitución de derecho real de dominio en forma única, es decir aisladamente porque, si se pudiera hacerlo, resultaría que todos los actos precedentes que hacen relación a la Finca N° 1.628 del Distrito de Ypacaraí quedarían anulados sin que hubieran intervenido las partes que en su debido momento, estuvieron involucradas por motivo de transferencia, sucesivas, incluyendo a los notarios respectivos.

Esta falta de inclusión como sujetos pasivos por sí misma es causal de nulidad procesal. En el sub examine, la situación es mucho más grave porque ambas Fincas N°s 1.628 y 2.196 del Distrito de Ypacaraí, tienen la misma identificación en el Municipio, Cta. Cte. Cat. 27-004-28 y por tanto, anulado un título, sin embargo en sede administrativa seguiría vigente dicha cuenta corriente catastral, reconociendo como contribuyente a Iluminada Cabrera.

Nuestro ordenamiento procesal, bajo denominación de acumulación subjetiva (art. 101 C.P.C.) contempla la situación en que “...Cuando la sentencia no pudiera pronunciarse útilmente más que con relación a varias personas, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso. Si así no sucediere, el juez, de oficio o a solicitud de cualquier de las partes, ordenará, antes de

dictar la providencia de apertura a prueba, la integración de la litis dentro de un plazo que señalará, quedando en suspenso el desarrollo del proceso, mientras se cita a quien o quienes hubiesen sido omitidos”. El fundamento del instituto, al decir de Hernán Casco Pagano (Código Procesal Civil, Comentado y concordado. T.I. 2º Edic. 1995). “La figura procesal analizada se funda en el principio de economía procesal y sobre todo en razones de política procesal a fin de evitar pronunciamiento de sentencias contradictorias... La prueba deberá analizarse en su conjunto y sólo se tendrán por acreditado un hecho cuando lo fuere respecto de todos; si uno sólo interpone un recurso, los demás se ven afectados por sus consecuencias; la caducidad no puede oponerse si no se produjo para todos; el allanamiento, desistimiento, transacción o renuncia debe ser analizados por todos. Vale decir, todos son considerados como uno solo...” (sic).

De acuerdo a lo expuesto, el A-quo no podía resolver sobre nulidad de título sin que tuvieran participación los antecesores propietarios de la Finca N° 1.628, Distrito de Ypacaraí como también de la Municipalidad que tiene individualizada a Iluminada Cabrera respecto a la Cta. Cte. Cat. 27-004-28, razón entónces por declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado hasta el escrito de promoción de la demanda.

Es de advertir que por el efecto anulatorio del proceso, no resulta aplicable el art. 406 C.P.C. por haber emitido obviamente sobre el fondo de la cuestión y por tanto, corresponde derivar la causa hacia el siguiente juzgado del mismo fuero y clase que sigue por razón de turnos.

Respecto a las costas procesales, dado que la causa de la nulidad ha sido advertida y sancionada de oficio por la Alzada, corresponde imponerlas en el orden causado.

A su turno, el Dr. Paredes Bordón dijo: La sentencia en recurso no adolece, a mi parecer de vicio estructural que amerite sea declarada su nulidad. El hecho de no haber demandado sino a la última titular de la Finca 1.628 de Ypacaraí, sin incluir a los antecesores, es una circunstancia subsanable por vía de la apelación, por lo que resulta innecesaria la declaración de nulidad, Art. 407 del C.P.C. Voto pues por el rechazo del recurso de nulidad.

Asu turno, la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga manifiesta que adhiere al voto del Dr. Báez Maiola.

A la segunda cuestión, el Dr. Báez Maiola prosiguió diciendo: Por la forma en que fue resuelta la primera cuestión el estudio de la segunda resulta inoficioso.

A su turno, el Dr. Paredes Bordón prosiguió diciendo: Por la sentencia en recurso, S.D. N° 1024 de fecha 4 de diciembre de 2008, el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de San Lorenzo, resolvió: I) Hacer lugar con costas, a la presente demanda de nulidad de título y cancelación de su inscripción, promovida por la Sra. Rosa Isabel Zaracho contra la Sra. Iluminada Cabrera, y en consecuencia, declara la nulidad del título de la Finca N° 1628 del Distrito de Ypacaraí, anotado bajo el N° 1 y al folio 1 sptes. de fecha 20 de diciembre de 1972, y la cancelación de su inscripción, conforme a los fundamentos expuestos en el considerando. II) Hacer lugar con costas, a la demanda de reivindicación de parte de inmueble, promovida por Rosa Isabel Zaracho contra Iluminada Cabrera, Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña, con relación al inmueble individualizado como Finca N° 2196 del Distrito de Ypacaraí, inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos bajo el N° 3 folio 10 y sptes. de fecha 2 de abril de 1984, con Cta. Cte. Ctral. N° 27-004-28, siendo la porción a reivindicarse, de las siguientes dimensiones: Fracción ocupada por Wilfrido Rojas, 43 m2, 4.828 cm2; Fracción ocupada por Luis Vera, 85 m2, 5.193cm2, Fracción ocupada por Iluminada Vera 289 m2, 178 cm2, Fracción ocupada por José Fariña 10 m2, 9.650 cm2. Superficie total a reivindicarse: 482 m2, 9.849 cm2, conforme a los fundamentos expuesto en el exordio de la presente resolución. III) Intimar a los demandados a que dejen libre de ocupación las proporciones del inmueble señalada en el punto II de esta resolución, o en su caso de que retire toda mejora existente en dicha porción del inmueble, en el plazo de treinta (30) días, a contar desde que ha quedado firme la presente resolución, bajo apercibimiento de decretarse el desalojo de los mismos por la fuerza pública. IV) Rechazar, con costas, la demanda reconventional de usucapión promovida por Iluminada Cabrera, Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña contra Rosa Isabel Zaracho, por improcedente, conforme a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. V) Notificar personalmente o por cédula a las partes. VI) Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”.

Contra lo así resuelto, han interpuesto recurso las partes demandadas y reconvinientes, por medio del Abog. Pedro López Gabriaguez a fs. 296 de autos, los cuales son contestados por el representante de la actora, Oscar Ariel Torres, a fs. 307.

En autos, la parte actora, Rosa Isabel Zaracho, ha acumulado las siguientes acciones: a) Nulidad de título y cancelación de inscripciones, del inmueble

individualizado como Finca 1628 de Ypacaraí, contra la Sra. Iluminada Cabrera, b) reivindicación de parte de inmueble, individualizado como Finca 2196 del Distrito de Ypacaraí, contra Iluminada Cabrera, Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña.

Los demandados, a su vez han reconvenido interponiendo la usucapión contra la propiedad de la demandante.

Con relación a la primera acción, la fundamenta la actora, en su calidad de titular de dominio del inmueble individualizado como Finca 2196 del Distrito de Ypacaraí, individualizando sus antecedentes dominiales, a fs. 14 y 15, que se remontan al año 1903, señalado que el inmueble que se individualiza como Finca 1628 inscripto a nombre de la demandada Iluminada Cabrera, contiene una superposición con su título dominial, lo cual surge de los autos caratulados Rosa Isabel Zaracho s/ mensura, y del informe pericial obrante en el mencionado expediente, cuya copia rola por cuerda al principal. Como principal argumento expone que la finca de la demandada Iluminada Cabrera, se desprende de una propiedad mayor de forma triangular, a cuya forma debería adaptarse, y no como se encuentra definido en el título y la ocupación, de forma cuadrangular introduciéndose en la propiedad de la actora.

Al contestar la demanda, la Sra. Iluminada Cabrera señala que no existe la mentada superposición de títulos, que la misma ha adquirido la finca N° 1628, en el año 1984, y relata a su vez los antecedentes dominiales, remontándose hasta el año 1932. Señala que es posible la existencia de una ocupación pública, continúa y pacífica, pero ello es una cuestión distinta a que exista confusión o superstición de títulos, como argumenta la actora.

Así trabada la litis en este punto, la A-quo, resolvió a través del apartado primero de la sentencia en alzada la admisión de la demanda, declarando la nulidad y cancelación de la inscripción de la Finca N° 1628 de Ypacaraí, a nombre de la demandada.

Para los casos de confusión de heredades, que es el argumento de la actora, no procede la nulidad del título de la propiedad colindante, sino la acción prevista en el Art. 2023 y sgtes. del C.C., es decir la operación conjunta entre los propietarios colindantes para el deslinde de las propiedades, pero no la nulidad del título ni la cancelación de la inscripción.

Cabe apuntar que de acuerdo a la pericia practicada por el perito de la parte actora, Ing. Lotear Claus Arnold, cuyos planos se encuentran agregados a fs.

239 de autos, existiría dicha superposición entre la finca de la demandada Iluminada Cabrera, y de la actora Rosa Isabel Zaracho, sin embargo no puede observarse la misma situación en los planos de la pericia efectuada por el perito de la demandada, Ing. Néstor Riveros, fs. 214, ya que en esta pericia, solo se delimita la propiedad de la demandada, no de la actora.

Con respecto a las operaciones técnicas obrantes en el expediente caratulado Rosa Isabel Zaracho *s/* mensura, las mismas no pueden ser consideradas como plena prueba, como pretende la actora, en razón que no fueron aprobadas, debido a las observaciones de la oficina técnica.

Por último, si nos atenemos exclusivamente a la última inscripción de cada una de las Fincas, resulta ser de mayor antigüedad el de la demandada, 1972, que el de la actora, 1984, así como la posesión de la misma.

Concluyo entonces que la actora, ha equivocado al plantear la nulidad unilateral del título de la demandada, en lugar de establecer por medio del juicio de deslinde entre las propiedades, la ubicación y linderos exactos de cada uno de ellos.

El primer punto de la sentencia en alzada, referida a la acción de nulidad de título y cancelación de inscripción, debe ser entonces revocada, debiendo desestimarse la demanda, con costas a la actora.

En cuanto a la demanda de reivindicación, la misma fue dirigida contra Iluminada Cabrera, Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña, quienes se encuentran ocupando distintos sectores de la propiedad de la actora Finca N° 2196 de Ypacaraí. Debe analizarse la situación particular de cada uno de los demandados. Con relación a Iluminada Cabrera, la misma niega que su ocupación la de un precario, señalando que su ocupación data de más de treinta años, es pública y pacífica, y no se halla fundada en ningún título nulo.

Con relación a esta demandada, la procedencia de la reivindicación se halla subordinada a que la demanda por nulidad de título haya prosperado, pero de acuerdo al sentido del voto emitido en líneas precedente, resulta que el título que la demandada Iluminada Cabrera, sigue siendo válido, y por consiguiente la actora no puede reivindicar de la misma fracción alguna.

Hay que recordar, que el Art. 2408 del C.C., confiere la acción reivindicatoria contra el obligado a restituir, o contra el que poseyere la cosa en virtud de un título nulo o anulable.

Siendo que el título de la demandada no ha sido declarado nulo la misma

no se halla obligada a restituir porción alguna a la actora, debiendo desestimarse la demanda reivindicatoria contra Iluminada Cabrera.

Con relación a los demás demandados, Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña, sin embargo la situación es diferente, puesto que los mismos no han presentado un mejor título que la actora, que justifique su derecho a ocupar las fracciones de la Finca 2196 del Distrito de Ypacarái.

Por lo que para resolver si procede o no la reivindicación contra estos demandados, debemos analizar previamente la demanda reconvenional de usucapión, deducida por los mismos.

En ese sentido, el Art. 1989 del C.C., señala que quien poseyere ininterrumpidamente un inmueble durante 20 años, sin oposición y sin distinción entre ausentes y presentes, adquiere el dominio del mismo.

De acuerdo a las declaraciones de los testigos Silvio Saldívar Martínez, fs. 153, Mirtha Torales Álvarez, fs. 154, y Osvaldo Vera, fs. 155, quienes han declarado que los demandados ocupan parte del inmueble de la actora, pero sin alcanzar el tiempo señalado en la norma transcrita, adjudicándoles una posesión entre 10 a 18 años, pero no de 20 años. Debe notarse que estos testimonios fueron ofrecidos y producidos por la parte actora, sin que los demandados hayan objetado dichas declaraciones.

Que por su parte, los testigos propuestos por los demandados, Lidio Sanabria, fs. 201, Smilce Marlene Sosa, fs. 202; Milciades Palma Carvajal, si bien señalan que los demandados viven y residen en lugar desde que los deponentes tienen uso de razón, no dan un tiempo cierto, y aunque los testigos Milciades Palma, fs. 203, y Julián Benegas, fs. 204, hablan de un tiempo superior a cuarenta años, lo genérico de sus declaraciones, la falta de precisión del año de inicio de la posesión, y de descripción de las mejoras introducidas, desmeritan dichas declaraciones.

No se ha acreditado entonces el requisito esencial del tiempo de posesión que exige el art. 1989 del C.C. por lo que el rechazo de las demandas reconvenionales de usucapión, debe ser confirmado.

Habiéndose desestimado la demanda de usucapión, y como expresáramos precedentemente, los demandados no han presentado mejor título que la actora, que justifique su estancia en las porciones de la finca 2196 cuya ocupación reconocen, corresponde confirmar la sentencia en cuanto hizo lugar a la reivindicación contra Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña.

En cuanto a la usucapión deducida por la Sra. Iluminada Cabrera, la misma debe ser igualmente desestimada, desde que de hacerse lugar a la misma, se estaría avalando una contradicción de la referida demandada, ya que si la misma sostiene ser propietaria del inmueble, en base al título dominial de la Finca 1628 de Ypacaraí, la misma no puede solicitar la usucapión sobre un inmueble sobre el cual ya es titular de dominio, y no simplemente poseedora.

En conclusión, voto por:

a) Revocar el apartado primero de la sentencia, y en consecuencia, desestimar la demanda por nulidad de título y cancelación de inscripción, promovida con Rosa Isabel Zaracho contra Iluminada Cabrera, con costas a la actora. b) Revocar el apartado segundo de la sentencia, en cuanto hizo lugar a la demanda de reivindicación de inmueble promovida por Rosa Isabel Zaracho contra Iluminada Cabrera, con costas a la actora. c) Confirmar el apartado segundo de la sentencia, en cuanto hizo lugar a la demanda de reivindicación de inmueble promovida por Rosa Isabel Zaracho contra Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña, con costas a los referidos demandados. d) Confirmar el apartado tercero de la sentencia, que intima al desalojo del inmueble de la actora, en relación a los demandados Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña, y revocarlo, en cuanto a Iluminada Cabrera. e) Confirmar el apartado cuarto de la sentencia, en cuanto rechazó las demandas de usucapión interpuestos por los demandados Iluminada Cabrera, Wilfrido Rojas, Luis Vera y José María Fariña, contra Rosa Isabel Zaracho, con costas a los demandados. Es mi voto.

A su turno, la Dra. Zuccolillo Garay de Vouga manifiesta que se adhiere al voto del Dr. Báez Maiola 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 nula la S.D. N° 1024 de fecha 4 de diciembre de 2008 y en consecuencia corresponde derivar los autos al juzgado del mismo fuero y clase que sigue en razón de turno. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. 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.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 107

Cuestión debatida: En estos autos se discute la caducidad de la instancia por inacción del apelante.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Interrupción de la caducidad.

El proceso de integración del tribunal o del juzgado por causa de recusación o excusación del magistrado o los magistrados intervinientes no suspende el trámite del proceso de instancia.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Interrupción de la caducidad. RECUSACIÓN.

La integración del tribunal o del juzgado no tiene efectos suspensivos sobre la instancia, luego, es claro también que el acto mismo de integración no es interruptivo, puesto que no impulsa el trámite, al no hacer avanzar la causa al estado de resolución.

TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 12-03-10 “R.H.P. del Abg. Ignacio Pane en el juicio: Juan Carlos Britos Villate c/ Silvia Leticia González Chamorro s/ cobro de guaraníes” (A.I. N° 107).

Asunción, 12 de marzo de 2010.

VISTO: El escrito presentado por el Abg. Ignacio Pane, obrante a fs. 8 de autos, y,

CONSIDERANDO:

Que de las constancias de autos y del informe del Actuario obrante a fs. 8 vlta., se advierte que en fecha 10 de julio de 2008 se dictó la providencia que dispuso “autos”; en fecha 2 de abril de 2009 se dictó la providencia de hágase saber el conjuez que fue notificada por cédula a la parte actora en fecha 23 de octubre de 2009. En fecha 30 de septiembre de 2009 el Abg. Ignacio Pane se notificó personalmente de la providencia antedicha.

En estos autos se discute la caducidad de la instancia por inacción del apelante. En este expediente se dictó la providencia de autos en fecha 10 de julio de 2008 y en fecha 2 de abril de 2009 se ha dictado la providencia de hágase saber el conjuez. Respecto del punto es preciso hacer dos consideraciones. En pírmer término se debe recordar que el proceso de integración del tribunal o del juzgado por causa de recusación o excusación del magistrado o los magistrados

intervinientes no suspende el trámite del proceso de instancia. Así lo establece claramente el art. 31 y el art. 25 del Cód. Proc. Civ. En la parte pertinente el primero expone: “Si el recusado fuere un miembro del Tribunal de Apelación [...], si fuere necesario, se integrará el tribunal en la forma prescripta por la ley, a objeto de que continúe la sustanciación de la instancia hasta llegar al estado de la sentencia”. El segundo artículo establece: “Si se tratare de un miembro del Tribunal de Apelación o de la Corte Suprema de Justicia, se separará de la misma forma, y en los autos se pasarán al Presidente del Tribunal, o al Vicepresidente, en su caso, a los efectos correspondientes. Tanto en un supuesto como en otro, no se suspenderá el trámite, los plazos, ni el cumplimiento de las diligencias ordenadas”. Es claro pues que la integración no tiene efectos suspensivos sobre la instancia, luego, es claro también que el acto mismo de integración no es interruptivo, puesto que no impulsa el trámite, al no hacer avanzar la causa al estado de resolución. Así pues, se advierte que en este expediente se dictó la providencia de autos en fecha 10 de julio de 2008, por lo que es la fecha de esta actuación la que debe tenerse en cuenta para el cómputo de la caducidad. A partir de ella ha transcurrido en exceso el plazo fijado por el art. 172 del Cód. Proc. Civ., por lo que corresponde, declarar caduca la instancia, y remitir los autos al Juzgado de origen.

Corresponde imponer las costas a la parte recurrente, conforme lo establecido por el Art. 200 del Cód. Proc. Civ.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala;

RESUELVE: Declarar caduca la instancia en estos autos por haber transcurrido en exceso el término prescripto en el Art. 172 del Código Procesal Civil y remitir los autos al Juzgado de origen. Imponer las costas a la parte recurrente. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Ma. Mercedes Buongermi Palumbo Valentina Núñez González.

Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 108

Cuestión debatida: En autos se discute la procedencia del pedido de suspensión de la etapa procesal siguiente para la producción de pruebas pendientes.

ALEGATOS. Suspensión de la etapa siguiente. PRUEBA.

El juzgado ha fundamentado en su resolución que la suspensión se encontraba ajustada en razón que la misma no podía ser imputable al peticionante, ya que se trataba de la imposibilidad de la misma judicatura para llevar a cabo la audiencia respectiva. Además, ha considerarse que en el tiempo de vigencia de la etapa probatoria se encontraban en huelga los funcionarios del Poder Judicial: Medida de fuerza que imposibilitaba el funcionamiento normal de este poder del Estado, afectando así a la tramitación de los procesos y lógicamente, recargando de trabajos a los magistrados. Razones más que justificadas para tener que dictarse la suspensión de los efectos del proveído que da por cerrada la etapa probatoria.

PRUEBA.

Para que proceda el pedido de suspensión de la etapa siguiente para el diligenciamiento de las pruebas pendientes debe determinarse si están dadas las condiciones exigidas en el art. 267 del Cód. Proc. Civ., donde uno de los requisitos se refiere a la diligencia que la parte interesada debió demostrar en el ofrecimiento y producción de las pruebas, así como que las haya urgido convenientemente y que la falta de diligenciamiento de las mismas no le sea imputable.

TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 12-03-10. “Tercería de dominio planteada por Bruno M. Castiglioni en los autos: Gertrudis y Rodríguez de Cristaldo c/ Luis R. Quezada s/ juicio ejecutivo” (A.I. N° 108).

Asunción, 12 de marzo de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el abogado Elver Ruiz Díaz contra el A.I. N° 1131 de fecha 12 de mayo de 2009, dictado por el Juzgado de Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Segundo Turno: obrante a fs. 75, y;

CONSIDERANDO:

Que por dicha resolución, el Juzgado resolvió: “...Hacer lugar a suspensión de los efectos de la providencia de fecha 25 de noviembre de 2008 para la producción de pruebas, por el plazo de 10 días. Anotar...”.

El Dr. Neri E. Villalba Fernández, dijo: De la nulidad: El recurrente al no haber fundado este recurso interpuesto, y siendo, los agravios vertidos por el mismo en sustento de este recurso pudiendo ser resuelto por vía de la apelación también ejercitada, debiendo por ende ser declarado desierto al no haberse constado 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. 14 inc. b), 113 y 404 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo, dijo: De la nulidad: El recurrente no ha fundado vicios que ameriten la declaración oficiosa de la nulidad, corresponde declarar desierto el presente recurso.

A su turno, el Dr. Arnaldo Martínez Prieto, manifiesta: Que se adhiere al voto de la magistrada que le antecede.

El Dr. Neri E. Villalba Fernández dijo: De la apelación: El apelante, en su escrito de expresión de agravios glosado a fs. 83 de autos, fundamenta el recurso interpuesto agravándose de lo resuelto por la a-quo por considerar que la parte beneficiada por la resolución no ha demostrado interés alguno en la producción de la prueba pretendida ni ha urgido convenientemente para tal efecto. Aduce, además, que el argumento de la huelga de los funcionarios judiciales no es pretexto para la suspensión, ya que los plazos suspendidos por la máxima instancia solo se refieren a los vencimientos y no aquellos que deban ser ejercitados. Termina su exposición solicitando sea revocada la resolución apelada.

Corrido traslado a la adversa, manifiesta su alegación en defensa de la resolución recurrida. Sostiene que la instancia inferior ha fundado su resolución haciendo lugar a la suspensión en razón que la misma judicatura no le fue posible llevar a cabo la audiencia en razón de recargo de trabajo. Además, sostiene que los días en que se sustanciara la etapa probatoria el Poder Judicial se encontraba en huelga y no podía realizarse ningún acto procesal. Culmina su argumentación solicitando la confirmación del autor recurrido.

Conforme así a las argumentaciones expuestas, la revisión de la resolución recurrida y las constancias de autos, se advierte que, efectivamente la instancia inferior ha hecho lugar a la suspensión de los efectos de la providencia de fecha

25 de noviembre de 2008, que ordena el cierre del periodo probatorio, para así producir la prueba solicitada por el tercerista.

En ese sentido, el Juzgado ha fundamentado en su resolución que la suspensión se encontraba ajustada en razón que la misma no podía ser imputable al peticionante, ya que se trataba de la imposibilidad de la misma judicatura para llevar a cabo la audiencia respectiva. Además, ha considerarse que en el tiempo de vigencia de la etapa probatoria se encontraban en huelga los funcionarios del Poder Judicial: Medida de fuerza que imposibilitaba el funcionamiento normal de este poder del Estado, afectando así a la tramitación de los procesos y lógicamente, recargando de trabajos a los magistrados. Razones más que justificadas para tener que dictarse la suspensión de los efectos del proveído que da por cerrada la etapa probatoria.

En conclusión, de todo el criterio expuesto precedentemente por este Miembro preopinante, corresponde sea confirmada íntegramente la resolución apelada.

En lo relacionado a las costas ellas deben ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo establecido en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

Opinión de la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo, dijo: Apelación: En autos se discute la procedencia del pedido de suspensión de la etapa procesal siguiente para la producción de pruebas pendientes. La finalidad de dicho pedido es la posibilidad del diligenciamiento de las absoluciones de posiciones y de las pruebas testificales.

Ahora bien, para que proceda el pedido de suspensión de la etapa siguiente para el diligenciamiento de las pruebas pendientes debe determinarse si están dadas las condiciones exigidas en el art. 267 del Cód. Proc. Civ., donde uno de los requisitos se refiere a la diligencia que la parte interesada debió demostrar en el ofrecimiento y producción de las pruebas, así como que las haya urgido convenientemente y que la falta de diligenciamiento de las mismas no le sea imputable.

Examinadas las constancias del expediente, se advierte que el recurrente pretende suspender el plazo para alegar a fin de producir las pruebas de absolución de posiciones y testificales. Las citadas pruebas fueron ofrecidas en el escrito de ofrecimiento de pruebas de fecha 25 de septiembre de 2008 (fs. 43). El periodo probatorio comenzó a correr en fecha 28 de octubre de 2008, por ser la última notificación hecha a una de las partes, respecto de la apertura a prueba. El ofrecimiento de la prueba se hizo en tiempo oportuno y asimismo, en fecha 11

de noviembre de 2008, se fijaron las audiencias correspondientes para el 25 de noviembre de 2008. Posteriormente, en fecha 18 de noviembre de 2008, el representante de la parte actora solicita se cierre el plazo del periodo probatorio y en esa misma fecha el tercerista presenta los sobres que contienen las posiciones y el cuestionario para los testigos. Luego, en fecha 25 de noviembre de 2008 el inferior ordena el cierre del periodo probatorio y en fecha 28 de noviembre de 2008 el tercerista solicita la suspensión de la etapa procesal siguiente.

El art. 468 del Cód. Proc. Civ. establece el plazo probatorio de 15 días para juicios ejecutivos, entonces, si el plazo comenzó a correr el 28 de octubre de 2008, por ser la última notificación hecha a una de las partes, respecto de la apertura a prueba, este debió haber concluido el 12 de noviembre de 2008. Sin embargo, en virtud de las acordadas N° 545 de fecha 5 de noviembre de 2008, 546 de fecha 6 de noviembre de 2008, 547 de fecha 7 de noviembre de 2008 y 548 de fecha 10 de noviembre de 2008, los plazos procesales fueron suspendidos desde el 5 de noviembre al 10 de noviembre de 2008. Asimismo, por virtud de las Acordadas N°s 552 de fecha 20 de noviembre de 2008, 553 de fecha 24 de noviembre de 2008 y 554 de fecha 25 de noviembre de 2008, los plazos procesales fueron suspendidos desde el 19 de noviembre hasta el 26 de noviembre de 2008. Esto quiere decir, durante dicho lapso el transcurso del plazo del periodo probatorio no debe ser tenido en cuenta, por lo que el plazo de quince días se cumplió, efectivamente, en fecha 27 de noviembre de 2008 a las 09:00 horas.

Entonces, se puede concluir que el apelante no solo ha ofrecido en tiempo oportuno las pruebas, sino que el cierre del periodo probatorio fue dispuesto con anterioridad al cumplimiento de dicho plazo. Este proceder del órgano y la conducta del apelante ameritan el otorgamiento del beneficio de la vía extraordinaria de producción de pruebas.

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. Es mi voto.

A su turno el Dr. Arnaldo Martínez Prieto, dijo: Que adhiere su voto a la opinión de la Magistrada precedente, con los mismos fundamentos.

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad interpuesto. Confirmar la resolución recurrida. Imponer las costas a la perdedora. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Neri E. Villalba Fernández, Arnaldo Martínez Prieto y Ma. Mercedes Buongermi Palumbo.

Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 117

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Cómputo. Feria judicial.

El tiempo de la feria judicial debe ser incluido dentro del plazo de seis meses previsto por el Art. 173 del Cód. Proc. Civ. Y ello es así porque en dicha norma se establece claramente que se contarán los días inhábiles creando una excepción a lo dispuesto en el Art. 109 del Cód. Proc. Civ. su fundamento radica en la razonable extensión de los plazos de caducidad y la mayor simplicidad para efectuar el cómputo. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Buonghermini).

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Cómputo. Disposición judicial.

En cuanto a la suspensión por orden judicial, la acordada de la Corte Suprema de Justicia que establece los asuetos y ferias judiciales no puede entenderse como la “disposición judicial”, prevista en el mismo art. 173 del Cód. Proc. Civ. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Buonghermini).

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Cómputo. Disposición judicial.

El artículo 173 del CPC se refiere a resoluciones judiciales en todas sus formas, tomadas en ejercicio de la función jurisdiccional, y no a las acordadas o decretos que son resoluciones administrativas emanadas de las atribuciones ordenativas y administrativas otorgadas por la ley a la Corte Suprema de Justicia. En otras palabras, no provienen del *imperium* jurisdiccional sino del *ius edicendi* que es de carácter ordenativo. En consecuencia, el art. 173 del Cód. Proc. Civ. ha derogado tácitamente las acordadas 17/41 y 21/42. (Voto en disidencia de la Dra. Mercedes Buonghermini).

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Cómputo. Feria judicial.

El mes de feria judicial no debe incluirse en el cómputo pertinente, pues el expediente no se halla a disposición de las partes para impetrar el proceso. Dicha postura encuentra su fundamento en que la caducidad es la consecuencia de la presunción legal de falta de interés cuando el proceso ha quedado inerte durante seis meses, por lo que mal podría incluirse en el cómputo un mes en que el acceso al expediente se halla vedado para las partes y por consiguiente, en el mismo no se puede exponer el interés que motiva la causa y que se traduce en las sucesivas actuaciones procesales. (Voto de la mayoría).

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Cómputo. Feria judicial.

Juzgar la inclusión o exclusión del mes de enero en el plazo de la caducidad debe ser valorado con un criterio de justicia conforme a los elementos que hacen al impulso procesal, habida cuenta, lo gravoso que ya se presenta para la parte afectada por la perención la inclusión del mes de feria judicial. (Voto de la mayoría).

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Cómputo. Feria judicial.

A pesar que en nuestra legislación procesal civil no se encuentra expresamente establecida la exclusión del mes de enero de receso judicial del cómputo del plazo de la caducidad, debe considerarse la supresión de este mes, en razón que otras legislaciones procesales, como por ejemplo el laboral, han determinado explícitamente la no inclusión del mes de enero en el conteo del plazo de perención. (Voto de la mayoría).

TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 18-03-10. “M.J.S. C. c/ M.de F. A. S s/ Divorcio a petición de una sola parte” (A.I. N° 117).

Asunción, 18 de marzo de 2010.

VISTO: El escrito presentado por la Abg. María Teresa Zaracho de Paredes, obrante a fs. 101 de autos y,

CONSIDERANDO: Opinión de la Dra. Buongermi: Que de las constancias de autos se advierte que la última actuación procesal tendiente a impulsar el proceso que consta en autos fue el A.I. N° 623 de fecha 11 de agosto de 2009, que dispuso: “Denegar lo solicitado por la Abg. María Teresa Zaracho de Paredes, en el escrito de fs. 99, glosado a fs. 100 y vlta. De autos, sin que hasta la fecha las partes se hayan presentado a instar apropiadamente el proceso, habiendo transcurrido en exceso el término prescripto en el Art. 172 del Código Procesal Civil.

Este Tribunal ya ha sostenido en anteriores ocasiones que el tiempo de la feria judicial debe ser incluido dentro del plazo de seis meses previsto por el Art. 173 del Cód. Proc. Civ. Y ello es así porque en dicha norma se establece claramente que se contarán los días inhábiles creando una excepción a lo dispuesto en el Art. 109 del Cód. Proc. Civ. Lo dicho encuentra su fundamento, al decir de Palacio, en la razonable extensión de los plazos de caducidad y la mayor simplicidad para efectuar el cómputo. Igualmente se pronuncia Alsina, al interpretar una norma similar del C.P.N. El mismo apoya su interpretación en el Código

Civil, en donde se establece que en los plazos señalados por las leyes se comprenderán los días feriados, salvo disposición expresa en contrario. Dado que el Cód. Proc. Civ. No contiene ningún precepto en contrario, se entiende que debían computarse todos los días de la feria judicial. La jurisprudencia nacional (A.I. N° 144 del 29 de mayo de 1995 y A.I. N° 518 del 31 de diciembre de 1996) y la extranjera (E D 74-371, E D 54-355, C C 1977-A-543, 33-932-S, JA 1977-III-405 y otros) se han pronunciado en igual sentido.

En cuanto a la suspensión por orden judicial, la acordada de la Corte Suprema de Justicia que establece los asuetos y ferias judiciales no puede entenderse como la “disposición judicial”, prevista en el mismo art. 173 del Cód. Proc. Civ. En efecto, este artículo se refiere a resoluciones judiciales en todas sus formas, tomadas en ejercicio de la función jurisdiccional, y no a las acordadas o decretos que son resoluciones administrativas emanadas de las atribuciones ordenativas y administrativas otorgadas por la ley a la Corte Suprema de Justicia. En otras palabras, no provienen del *imperium* jurisdiccional sino del *ius edicendi* que es de carácter ordenativo. En consecuencia, el art. 173 del Cód. Proc. Civ. ha derogado tácitamente las acordadas 17/41 y 21/42. Esta opinión ha sido ya expuesta con toda claridad por el Ministro de la Corte Dr. Elixeno Ayala, en el Acuerdo y Sentencia N° 56/96, en voto disidente. Amén de ello, recientemente la Excelentísima Corte Suprema de Justicia dictó una resolución acogiendo esta postura, en el A.I. N° 2797 del 23 de diciembre de 2005 en los autos caratulados: “Reconstitución del expediente: Rieder y Cia. c/ José Ignacio Bobadilla Valenzuela s/ ejecución prendaria”.

Entonces se advierte que desde el A.I. N° 623 de fecha 11 de agosto de 2009, ha transcurrido en exceso el término prescripto en el Art. 172 del Código Procesal Civil, sin que ninguna de las partes haya instado el procedimiento.

Corresponde, en consecuencia, declarar caduca la instancia, y remitir los autos al Juzgado de origen.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición en el orden causado, atendiendo a que la solución arribada ha requerido interpretación jurisprudencial, de conformidad con lo que establece en el art. 193 del Código Procesal Civil.

Opinión del Dr. Martínez Prieto: En cuanto al cómputo del mes de enero para que se opere la caducidad de instancia disiento con la preopinante en vista de que sostengo y he sostenido reiteradamente en casos similares que el mes de feria judicial no debe incluirse en el cómputo pertinente, pues el expediente no

se halla a disposición de las partes para impetrar el proceso. Dicha postura encuentra su fundamento en que la caducidad es la consecuencia de la presunción legal de falta de interés cuando el proceso ha quedado inerte durante seis meses, por lo que mal podría incluirse en el cómputo un mes en que el acceso al expediente se halla vedado para las partes y por consiguiente, en el mismo no se puede exponer el interés que motiva la causa y que se traduce en las sucesivas actuaciones procesales. En dichas circunstancias y a la vista de las actuaciones rendidas notamos que no ha transcurrido el término prescripto en el Art. 172 del Código Procesal Civil. Corresponde en consecuencia, no hacer lugar a la caducidad de la instancia.

Voto del Miembro Dr. Neri Villalba Fernández: Este Magistrado disiente respetuosamente con el criterio asumido por la colega Magistrada Dra. María Mercedes Buongermi, en cuanto al cómputo del plazo de la caducidad incluyendo el mes de enero de la feria judicial.

Es así, que el Art. 172 del Código Procesal Civil establece: “Se operará la caducidad de la instancia en toda clase de juicio, cuando no se instare su curso dentro del plazo de seis meses. Dicho plazo será el fijado por las leyes generales para la prescripción de la acción, si éste fuere menor”. La cuestión entonces es, la inclusión o no del mes de enero –el de la feria judicial– dentro del plazo de la caducidad.

En ese sentido, es evidente que en la perención de la instancia debe estar presente la inacción de la parte que se ve afectada por la caducidad. Ahora, para que exista la inacción, la parte afectada debe tener la facultad de instar el procedimiento. Es decir, existe una carga en la parte litigante que se ve afectada por la perención, la de movimentar el proceso. Pero esa carga que la ley le impone, específicamente al accionante, debe necesariamente sentar sus bases en la posibilidad de cumplir con la exigencia de la ley. Solo así, quien tiene la obligación de instar el procedimiento, puede ser sancionado con la declaración de caducidad.

Al respecto es vasta la jurisprudencia nacional y extranjera al respecto de la no inclusión del mes de la feria judicial. Así, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, sala 5. ANDE c/ Martínez de Meza, María Santa (A.I. N° 707). 28/08/2006. Publicado en: LLP 2006, 1127. (Fuente La Ley S.A.), ha dicho: “De computarse el mes de feria judicial para efectuar el cómputo de la caducidad de instancia, se estaría negando la posibilidad de impulsar los trámi-

tes procesales a una sola de las partes, en atención a que el legajo estará paralizado y sin posibilidad de que se admita la realización de ningún trámite procesal...”. Así también, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, sala 1. *Metalmec S.A. c/ Milagrino S.A. y/o Díaz de Vivar, Gustavo* (A.I. N° 9) 13/02/2003. Publicado en LLP 2003, 343 (Fuente La Ley S.A.), ha sostenido: “El mes de enero no se considera para el cómputo de la caducidad porque se produce la feria judicial, que impide a las partes realizar algún tipo de actividad, salvo aquellas expresamente establecidas en la acordada respectiva”. Y en la jurisprudencia extranjera también se sostiene la exclusión del mes de la feria judicial. En ese sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquén. *Pellegrini de Lucetti, Orfelia H.C. Barceló, Pedro F. y otro*. 02/05/1996. Publicado en: LLBA 1997, 104, ha mencionado: “El plazo de caducidad de la instancia se suspende cuando, por una circunstancia de hecho o de derecho, las partes se hallan impedidas de activar el procedimiento, mediante las mismas circunstancias que para la suspensión de la prescripción prevé el art. 3980 del Cód. Civil”.

En este caso, incluir en el cómputo el mes de enero –feria judicial– sería excederse en el rigor que establece la norma del Art. 172 en concordancia con el art. 173 del Código Procesal Civil. Juzgar la inclusión o exclusión del mes de enero en el plazo de la caducidad debe ser valorado con un criterio de justicia conforme a los elementos que hacen al impulso procesal, habida cuenta, lo gravoso que ya se presenta para la parte afectada por la perención la inclusión del mes de feria judicial.

Al respecto, este magistrado ha sostenido y sostiene conforme así lo ha expuesto en su obra: “Caducidad de la instancia civil feria judicial” (Prof. Dr. Neri E. Villalba Fernández, año 2009, Asunción, Paraguay), que: “Existe una necesidad histórica de que, primero: se adecue nuestra normativa a sus pares del Mercosur en lo que respecta a la caducidad o perención de la instancia civil, de modo a unificar las legislaciones con los demás miembros de este bloque. Atendiendo más que nada al compromiso que ha asumido nuestro país ante sus pares al firmar acuerdos que versan sobre las diligencias procesales...” Lo cual, a pesar que en nuestra legislación procesal civil no se encuentra expresamente establecida la exclusión del mes de enero de receso judicial del cómputo del plazo de la caducidad, debe considerarse la supresión de este mes, en razón que otras legislaciones procesales, como por ejemplo el laboral, han determinado

explícitamente la no inclusión del mes de enero en el conteo del plazo de perención. Aparte, que todos los países integrantes del Mercosur ya han adecuado sus leyes procesales –en todas las materias– con la norma expresa de no contarse el mes del receso judicial. Cuestión que, en materia civil, aún es una deuda legislativa pendiente que debe ser integrada al Código Procesal Civil, por un simple principio natural de justicia y debido proceso.

En conclusión, es criterio de este magistrado que, conforme a los antecedentes obrantes en autos, no se han cumplido los plazos para declarar operada la caducidad de instancia, adhiriéndome al voto del miembro Dr. Arnaldo Martínez Prieto.

En esta tesitura, corresponde no hacer lugar a la caducidad de instancia solicitada por la Abog. María Teresa Zaracho de Paredes.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala;

RESUELVE: No hacer lugar al pedido de caducidad de instancia presentado por la Abog. María Teresa Zaracho de Paredes, por las razones expuestas en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas a la parte recurrente. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buonghermini, Arnaldo Martínez Prieto y Neri E. Villalba F.

Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 44

Cuestión debatida: Se trata de establecer la procedencia de una demanda de nulidad de un acto jurídico de efectos traslativos de dominio sobre un bien automotor y de su restitución a la actora. Es decir, estamos ante un caso de acumulación sucesiva de pretensiones conexas: la nulidad y la reivindicación.

LEGITIMACIÓN.

Es deber del Tribunal examinar de oficio la legitimación activa. Y ella se encuentra dada cuando el actor tiene un interés legítimo que puede ser objeto de tutela judicial.

COMPRAVENTA. Objeto de la compraventa.

Aún cuando el actor no tiene titulación registral, si el acto jurídico que presenta sobre el automotor es válido, tendrá un derecho a la cosa, en los términos de los principios de adquisición de bienes que rigen nuestro derecho civil. Y en cuanto a la reivindicación, el destino de ésta dependerá en gran parte de la decisión recaída en la nulidad.

COMPRAVENTA. Objeto de la compraventa.

La ajenidad de la cosa no es un impedimento de validez en los contratos de compraventa. Así lo establece expresamente el art. 743 del Cód. Civ. Ni tan siquiera la ocultación de la calidad de ajena ante el comprador produce la nulidad del acto, sino solo un derecho de resolución que puede ser ejercido exclusivamente por la parte contractual agraviada.

COMPRAVENTA. Objeto de la compraventa.

La consecuencia principal de un contrato sobre cosa ajena es su ineficacia traslativa respecto del bien sobre el cual versa su objeto.

COMPRAVENTA. Nulidad de la compraventa.

La oponibilidad frente a terceros de un acto traslativo se da recién desde la inscripción registral, que otorga publicidad al acto.

COMPRAVENTA. Nulidad de la compraventa.

Las respectivas habilitaciones presentadas tanto por la actora como por la demandada carecen en absoluto de fuerza probatoria de la calidad de propietario. Tales instrumentos son meras formalidades administrativas de circulación del automotor, y que tiene solo relación con la posibilidad de transitar y de tributar respecto de dicho tránsito.

COMPRAVENTA. Objeto de la compraventa.

Los efectos de la Ley 608/95, no alcanzan para atribuir ipso iure el dominio sobre el automotor, sino para operar alguno de los modos adquisitivos reconocidos por la ley, sin que se vean perjudicados derechos de terceros; y en orden a lograr tal efecto se deben incoar los medios pertinentes para obtener la declaración o reconocimiento de los derechos que se pudieran pretender tener, por las vías correspondientes y o con el control jurisdiccional de sus requisitos.

REIVINDICACIÓN. Acción reivindicatoria.

Para la procedencia de una acción de reivindicación se debe probar la propiedad sobre la cosa reivindicada, así como la posesión ilegítima de ella en manos del demandado. Tratándose de un bien registrable, las exigencias de la demostración del dominio tienen características más estrictas, que involucran

toda una serie de actos formales –la escrituración notarial y la inscripción registral *erga omnes*–.

TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 02-06-10. “Arnaldo Burgos Rodas c/ Dionisio Castillo Duarte s/ Nulidad de acto jurídico y otros” (Ac. y Sent. N° 44).

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., Villalba Fernández y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada, la Dra. Buongermini Palumbo dijo: El recurrente ha desistido expresamente del recurso de nulidad interpuesto. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, el mismo debe tenerse por desistido.

A sus turnos, los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto manifestaron que votan en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buongermini prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 411 de fecha de mayo de 2009 el a-quo resolvió: “Rechazar con costas, a la Excepción de Falta de Acción planteada por la parte demandada, por los fundamentos y con el alcance expuesto en el exordio de la presente resolución. Hacer lugar con costas a esta demanda promovida por el señor Arnaldo Burgos Rodas contra el señor Dionisio Castillo Duarte, y en consecuencia declarar la nulidad del acto jurídico de inscripción en el Registro Público del Automotor Cédula del Automotor B133321, por los fundamentos y con el alcance expuesto en el exordio de la presente resolución. Ejecutoriada fuere esta resolución, inscribese al Sr. Arnaldo Burgos Rodas en el Registro Nacional del Automotor, el camión marca Mercedes Benz, Modelo 15/18, color crema; Chasis N° 344044-12-652848, con una capacidad de: 24.000 kgs., en carácter definitivo, y en consecuencia librar los oficios a las oficinas respectivas. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia” (sic) (fs. 310 vlt. y 311).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 317/320. Manifiesta al respecto que la sentencia recurrida no se halla ajustada a derecho por ser injusta y arbitraria puesto que el inferior al resolver la cuestión no ha tenido en cuenta pruebas

fundamentales ofrecidas y producidas por su parte. Sostiene que la tesis sustentada por el juez respecto de la demostración de la fecha de la posesión del vehículo por las partes en litigio, no se ajusta a la verdad y no concuerdan con las constancias de autos. Arguye que no está demostrado en forma fehaciente de que el camión que le fuera robado al Sr. Burgos en el año 1993 corresponda al número de chasis que se denuncia, y que esto es así teniendo en cuenta de que no existe título de propiedad del rodado supuestamente sustraído, es decir, no existe certeza sobre la veracidad de dicha numeración y, que en cuanto al color de vehículo y otros detalles que ha citado el juzgador son elementos que no pueden demostrar nada habida cuenta de que son reemplazables al mero antojo del eventual poseedor. Arguye además que lo único que no ofrece dudas es que el camión incautado es el mismo rodado que en el año 1991 ha protagonizado un accidente de tránsito teniendo como conductor al propio dueño de dicho camión. Manifiesta también que la resolución recurrida contraviene los propósitos, los objetivos tan difícilmente trazados en la propia ley 608/95, respecto del Registro Especial y Transitorio creado a los efectos de la inscripción de las unidades automotores carentes de documentación legal para tener un censo de los mismos, conocer y someterlos a un régimen legal específico. Dice además que la posesión del vehículo automotor por el Sr. Dionisio Castillo reúne todas las condiciones exigidas por la norma citada, es continua, de buena fe y en calidad de dueño. Por último, afirma que la declaración de nulidad de la inscripción del vehículo en el registro transitorio a favor del Sr. Castillo es ilegal hecha por el a-quo, porque va de contramano a la propia ley que regula la materia y por ello mismo no se ajusta a derecho, más aún cuando no se ha demostrado la existencia de vicios del consentimiento de la ejecución del acto. Por lo tanto, pide la revocación de la resolución dictada con expresa imposición de costas.

La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 322/325 y expone los argumentos señalados a continuación. En primer lugar manifiesta que todos los indicios se encuentran a favor del Sr. Burgos puesto que, tanto los valores “alterables” como los “inalterables” coinciden con los del camión Mercedes Benz, color hoy celeste, antes crema, con chasis N° 344044-12-652848 con capacidad para veinte y cuatro mil kilogramos reclamado por su cliente. En segundo lugar, señala que su mandante efectivamente poseyó el camión en cuestión, y que el mismo le ha sido arrebatado en un acto violento (robo a mano armada), y que nunca ha perdido el ánimo de seguir poseyendo tal

cual consta en autos. Arguye a continuación que en cuanto a la supuesta usucapión de la parte demandada solamente se intenta legitimar actos ilegítimos puesto que existen vicios de la voluntad que ameritan la nulidad del acto jurídico, y al ser nulo el acto, las circunstancias se retrotraen al momento de la ejecución del mismo y por una ficción jurídica se establece que éstos jamás ocurrieron. Niega que exista buena fe de la parte demandada puesto que al reconocer la situación irregular del camión este reconoce que no cuenta con la suficiente documentación, además de sostener que no existía sobre el vehículo una orden de captura en razón de que el mismo había sido denunciado como robado en el año 1993. Por último señala que la inscripción realizada por el Sr. Castillo en el registro único del automotor, mal podría ser tomada en cuenta en este juicio, por lo que solicita confirme con costas la sentencia definitiva apelada.

Se trata de establecer la procedencia de una demanda de nulidad de un acto jurídico de efectos traslativos de dominio sobre un bien automotor y de su restitución a la actora. Es decir, estamos ante un caso de acumulación sucesiva de pretensiones conexas: la nulidad y la reivindicación.

Se debe señalar primeramente que en alzada el recurrente no ha manifestado agravios en contra del primer punto de la sentencia, por el cual se rechaza la excepción de falta de acción opuesta por el demandado basado en que el actor carece de título registral sobre el bien objeto de la litis. Pese a la falta de argumentos en tal sentido, es deber del Tribunal examinar de oficio la legitimación activa. Y ella se encuentra dada cuando el actor tiene un interés legítimo que puede ser objeto de tutela judicial. Siendo que tanto el actor como el demandado no han presentado título registral y sí sendos contratos privados por los cuales habrían concertado actos tendientes a la adquisición de la cosa, se concluye que existe en cabeza de ellos un interés legítimo que habilita a demandar una declaración de validez o de nulidad del acto o contrato de otro sujeto. Ello así, porque no se puede tolerar la existencia simultánea de dos actos jurídicos de igual o excluyente eficacia sobre una misma cosa. En todo caso, aún cuando el actor no tiene titulación registral, si el acto jurídico que presenta sobre el automotor es válido, tendrá un derecho a la cosa, en los términos de los principios de adquisición de bienes que rigen nuestro derecho civil. Y en cuanto a la reivindicación, el destino de ésta dependerá en gran parte de la decisión recaída en la nulidad.

La primera cuestión es determinar si el acto jurídico otorgado por la demandada sobre el automotor identificado como Mercedes Benz, tipo 1516, mo-

delo del año 1988, chasis N° 344044-12-652848, tiene o no validez y eficacia. Primeramente debemos decir que se ha argüido aquí, como cuestión básica, la falta de identidad entre el objeto a que alude el contrato de compraventa de vehículo, presentado por la actora y el acto otorgado a favor de la demandada. También se ha discutido que la identidad de la cosa objeto del acto jurídico que se pretende anular corresponda al objeto físico que está o estaba en poder del demandado. Esta última sería una cuestión de hecho que no es relevante para tratar la nulidad del acto de presuntamente adquisición en cabeza del demandado.

Como quiera que sea, se entiende que el acto jurídico impugnado tiene por objeto una cosa cierta, esto es, con una identidad única que la distingue. Se debe recordar, en relación con esto, que es imposible que un acto o negocio jurídico concertado u otorgado sobre cosa incierta pueda hacer adquirir el dominio de ella, desde que el dominio solo se puede dar sobre cosas o bienes singulares. En este íter de ideas, se ve de la promoción de la demanda que el actor intenta la nulidad de un acto jurídico de enajenación por compraventa concertado entre el Sr. Félix César Cantero Escurra y el Sr. Dionisio Castillo Duarte sobre el vehículo automotor con chasis N° 344044-12-652848. Y precisamente es sobre el automotor con el mismo número de chasis sobre el que el actor aduce tener derechos (fs. 168/176). Así pues, como se ve no hay discrepancia entre el bien al que el actor pretende tener derecho y el bien objeto del acto que quiere anular; y la cuestión de la identidad física de la cosa objeto del litigio con la que se encuentra o encontraba en poder del demandado y que fuera objeto de una medida cautelar (fs. 176 vlt.) es irrelevante, por ahora, a los efectos de la procedencia o no de la acción de nulidad.

La nulidad pretendida se basa, según surge de los términos del escrito de demanda, en que el contrato de adquisición de fecha 20 de mayo de 1991 (fs. 251) tendría un objeto ilícito al ser una cosa ajena robada. En primer lugar se debe señalar que la ajenidad de la cosa no es un impedimento de validez en los contratos de compraventa. Así lo establece expresamente el art. 743 del Cód. Civ. Ni tan siquiera la ocultación de la calidad de ajena ante el comprador produce la nulidad del acto, sino solo un derecho de resolución que puede ser ejercicio exclusivamente por la parte contractual agraviada. Ello también surge de la norma contenida en el art. 744 del Cód. Civ. La consecuencia principal de un contrato sobre cosa ajena es su ineficacia traslativa respecto del bien sobre el cual versa su objeto.

En esta tesitura podemos concluir que lo que en realidad está debatido aquí es cuáles efectos tiene el acto atacado respecto de la titularidad de dominio del automotor. Es decir, si ha o no producido la adquisición del bien en cabeza del comprador, Sr. Dionisio Castillo Duarte, hoy demandado.

Luego debemos determinar si el acto jurídico impugnado tiene o no por objeto una cosa ajena. Como se trata de un bien registral, el dominio se debe probar *erga omnes* por un acto de adquisición contenido en instrumento auténtico y debidamente inscripto en el registro respectivo. Del examen de las instrumentales acompañadas a esta causa se advierte que el demandante ha acompañado como prueba de su dominio un contrato de compraventa privado cuyas firmas han sido certificadas. Ello da al acto fecha cierta, pero no autenticidad. De todas maneras la oponibilidad frente a terceros de un acto traslativo se da recién desde la inscripción registral, que otorga publicidad al acto. Tal inscripción u otra equivalente —como vgr. una anotación preventiva— no obra en autos.

Luego, se advierte también que el vehículo en cuestión con el número de chasis 344044-12-652848, estaba registrado en el registro transitorio del automotor. Meramente *obiter* hay que señalar que la misma se produce en fecha 25 de junio de 2004, cuando ya todos los plazos de inscripción habían vencido, lo cual es sumamente llamativo. Y tiene un plazo de validez de hasta el 22 de diciembre de 2004, el cual se halla ya vencido.

Ahora debemos hacer un análisis de las implicancias y efectos jurídicos de un tal registro, y de sus consecuencias para el caso que estamos analizando. El registro transitorio fue creado por Ley N° 608/95 a los fines de establecer un censo de aquellos vehículos que estaban en situación fiscal irregular y de sus respectivos poseedores. De modo que carece en absoluto de fuerza atributiva dominial —desde que el sistema registral es meramente declarativo y no constitutivo— o de efecto de publicitación de la calidad de propietario. Luego vemos que el demandado ha presentado otras instrumentales con las cuales pretende probar su derecho en o la cosa. Así, ha presentado un contrato privado de compraventa sobre el automotor, supuestamente celebrado en fecha 20 de mayo de 1991, el cual no ha sido reconocido por su otorgante —tercero a este juicio—, y que por ser privado carece de fecha cierta y autenticidad, y por ende de oponibilidad o eficacia dominial frente a terceros. Igual cosa se puede decir del recibo presentado a fs. 252 donde se indicaría la cancelación de pago del precio. También ha sido agregada una copia de una solicitud de despacho aduanero, en la cual no se

identifica en modo alguno cuál sería el título adquisitivo que justificaría la posición del accionado en o a la cosa. En efecto, no se menciona allí factura alguna de compraventa, ni consignación de carga, ni tan siquiera el modo o lugar de entrada del bien al país. En suma no existe allí un acto jurídico que justifique suficientemente en derecho la posible adquisición del bien ni la posición real del accionado en la cosa.

En este punto se debe hacer notar que los sendos contratos privados presentados por actor y demandado contienen una declaración de los vendedores, que en ellos aparecen, de ser propietarios del automotor. Pero en ninguno de ellos se encuentra una referencia al antecedente de dominio de estos vendedores, vale decir, cuál ha sido el origen de su alegada propiedad. Ni tan siquiera se menciona si alguno de ellos cuenta con inscripción registral del bien a su favor.

También hay que aclarar que las respectivas habilitaciones presentadas tanto por la actora como por la demandada (fs. 07 y 18, respectivamente) carecen en absoluto de fuerza probatoria de la calidad de propietario. Tales instrumentos son meras formalidades administrativas de circulación del automotor, y que tiene solo relación con la posibilidad de transitar y de tributar respecto de dicho tránsito.

Igualmente relevante es el hecho de que ninguna de las partes ha producido o acompañado prueba de las condiciones de dominio del automotor, vía informes registrales, ni tampoco algún documento fehaciente que explique la existencia del automotor en el país y su propiedad. Recordemos que en los bienes registrales la adquisición originaria del dominio por ocupación u otra semejante es inviable; la única permisible en este sentido sería la usucapión, pero ella debe ser probada y reconocida judicialmente para tener eficacia.

Finalmente la cuestión de si el demandado es o no poseedor pacífico de la cosa en nada altera su condición de incertidumbre en cuanto a la propiedad del bien, ya que los efectos de la Ley n° 608/95, no alcanzan para atribuir ipso iure el dominio sobre el automotor, sino para operar alguno de los modos adquisitivos reconocidos por la ley, sin que se vean perjudicados derechos de terceros; y en orden a lograr tal efecto se deben incoar los medios pertinentes para obtener la declaración o reconocimiento de los derechos que se pudieran pretender tener, por las vías correspondientes y con el control jurisdiccional de sus requisitos. No se ha hecho así en esta causa.

Todo esto nos lleva a concluir que no puede saberse a ciencia cierta de quién es la cosa.

Así pues, en consideración de lo expuesto, debemos concluir que los efectos del acto impugnado no alcanzan para justificar el dominio del Sr. Dionisio Castillo Duarte sobre el automotor individualizado como Mercedes Benz, tipo 1518, modelo del año 1998, con chasis N° 344044-12-652848, frente al Sr. Arnaldo Burgos Rodas, y así debe ser declarado.

En cuanto la segunda pretensión de la actora, la posesión definitiva del rodado que ha sido objeto de la demanda y de una medida cautelar, se entiende que aquélla es reivindicatoria. Para la procedencia de una acción de reivindicación se debe probar la propiedad sobre la cosa reivindicada, así como la posesión ilegítima de ella en manos del demandado. Tratándose de un bien registrable, las exigencias de la demostración del dominio tienen características más estrictas, que involucran toda una serie de actos formales –la escrituración notarial y la inscripción registral *erga omnes*–. Se ha establecido más arriba que la propiedad registral y oponible a terceros del citado vehículo no puede ser establecida fehacientemente en ninguno de los litigantes, ni actor ni demandado. De modo que el requisito principal de procedencia de la acción no ha sido cumplido. Si bien esta sola circunstancia acarrea el rechazo de la pretensión, no podemos dejar de referirnos a algunas de las alegaciones que el demandado ha hecho respecto de la situación posesoria del bien. La prueba de la posesión es una cuestión de hecho, y aquí si resulta relevante la identidad de la cosa física que se pretende con la identidad jurídica contenida en el título que se invoca –entendido éste en su acepción técnica de acto jurídico reconocido por el derecho como susceptible de originar o transmitir, y por ende justificar un derecho–. La cuestión sobre si el mismo automotor pretendido por el actor es el que se encuentra o se encontraba en posesión del Sr. Dionisio Castillo Duarte y si dicha posesión era o no ilegítima tiene varias aristas. Del examen de las instrumentales aportadas por el propio demandado se advierte que el Sr. Dionisio Castillo Duarte estaba en posesión de un vehículo identificado como Mercedes Benz, doble eje, chapa E-35545, color gris azulado, chasis N° 344044412652848 que fue el que se secuestró por orden judicial. Las características mutables o variables relativas al color, etc. no son relevantes ni tiene entidad suficiente para producir la certidumbre de su individualización. La identidad del automotor fue demostrada con elevado grado de certeza por la pericia policial química (fs. 112/117), que demostró que no existía adulteración o remarcación en el número de chasis. Igualmente está probado que sobre el rodado pesaba una denuncia pe-

nal de sustracción, según las instrumentales de fs. 08/09. Ello, pese a las divergencias de los informes policiales glosados en autos, ya que, en definitiva, un informe negativo de una repartición informática de la Policía Nacional, no excluye la posibilidad de una omisión en los registros informáticos, y lo que cuenta es la real existencia o no de la denuncia, hecho que fue ampliamente sustentado con probanzas. Esta denuncia también demuestra que el actor, Sr. Arnaldo Burgos, estaba en posesión del vehículo en fecha 19 de diciembre de 1993, y que fue desposeído de él. En cuanto a una posible posesión anterior a ésta, por parte del demandado según se alega, se ha aducido que en fecha 2 de setiembre de 1991 el accionado fue partícipe de un accidente de tránsito y que el mismo involucraba al automotor objeto de esta litis. El parte emanado de respectivo obra a fs. 186/187, y en él se consigna la identificación del vehículo generador del siniestro con el mismo número de chasis que el del objeto de esta litis. Ahora bien, aunque este documento público no fue impugnado por las vías procesales incidentales, se cuestionó su veracidad y tal objeción fue objeto de debate entre las partes. En dicha discusión –asimilable a una alegación de falsedad– se puso de relevancia que el vehículo que estuvo involucrado en el accidente luctuoso era, según el propio parte un camión con características estructurales diversas el de la *res litis*; en efecto, se trataba de un camión de doble eje, cuando que el camión aquí en cuestión es de eje simple. Y ésta no es una característica circunstancial o fácilmente mutable, ya que hace a la configuración estructural del automotor, que determina también la configuración del chasis. En suma: si bien el número de chasis del rodado demandado coincide con el señalado en el parte policial, las cualidades estructurales de dicho chasis no coinciden con él, lo cual arroja serias dudas sobre la identidad real del vehículo que protagonizó el siniestro al mando del demandado entonces, y, por ende, de la posesión alegada por mismo sobre el objeto del litigio en dicha fecha.

Sin embargo, todas estas consideraciones relativas a la posesión justa o injusta del automotor, y de a quién le correspondería el derecho a poseerla no son ni pueden ser objeto de una demanda de reivindicación, sino otro tipo de acciones, que están específicamente dirigidas a determinar situaciones posesorias.

Por consiguiente, se concluye que la demanda de reivindicación debe ser rechazada.

Habiendo vencimientos dispares en las acciones acumuladas, las costas

han de imponerse a las partes perdidosas de cada una de ellas, esto es, a la demandada en la acción de nulidad ya la actora en la acción de reivindicación.

Asus turnos, los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, 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: Desestimar el recurso de nulidad interpuesto. Confirmar el primer y segundo apartado de la resolución recurrida. Revocar el tercer apartado de la sentencia apelada. Imponer las costas a las partes perdidosas de cada una de ellas, esto es, a la demandada en la acción de nulidad, y a la actora en la acción de reivindicación. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, María Mercedes Boungermini P. y Neri Villalba Fernández

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 45

Cuestión debatida: En autos se discute la procedencia o no de una demanda de rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios derivada de una relación de mandato entre las partes.

SENTENCIA. Motivación de la sentencia. Nulidad de la sentencia.

Al no constar la decisión expresa en el “resuelve” de la sentencia ya que se omitió pronunciarse sobre la excepción de falta de acción incoada por la demandada, la misma se torna nula, dado que padece de un vicio –por omisión– estructural que violenta los arts. 15 y 159 del Cód. Proc. Civ. Y amerita un pronunciamiento oficioso de nulidad. Tal omisión tampoco fue subsanada por vía de aclaratoria, por lo que la incongruencia se presenta determinante a los efectos de declarar la invalidez del pronunciamiento.

MANDATO. Contrato de mandato. Efectos del mandato.

El contrato de mandato concluye por cumplimiento del negocio para el que fue constituido. El inc. a) del art. 909 del Código Civil así lo prescribe.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Indemnización por daños y perjuicios. Prueba de daños y perjuicios. MANDATO.

Aquí no se ha probado que el demandante haya comunicado la gestión que asumió al dominus negotii –como lo pide el art. 1810 del Código Civil– ni que haya aguardado respuestas en ese sentido del poderdante Tampoco se ha probado la utilidad que la gestión haya podido reparar para su mandante por tanto se desestima la demanda por rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios.

TApel. Civ. Y Com., Tercera Sala. 03-06-10. “Amarildo Saguier c/ Asociación Rural del Paraguay s/ rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 45).

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 y Martínez Prieto.

A la primera cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández dijo: El recurrente, si bien ejerce una suerte de fundamentación del recurso de nulidad interpuesto, estos argumentos no reúnen las condiciones previstas en el Art. 419 del Código Procesal Civil. Y siendo, los agravios vertidos por el recurrente 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 este 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: En sustento del recurso de nulidad se ha denunciado la insuficiencia argumental del decisorio. Respecto a la defensa planteada por la A.R.P.

De la lectura de la sentencia recurrida (fs. 128/131 vltos.) vemos que la misma realiza un somero estudio de la excepción de falta de acción, cuya resolución había sido diferida en el A.I. N° 1513 de fecha 8 de octubre de 2003 (fs. 81). En ese sentido, el Juzgado terminó acogiendo favorablemente la defensa y rechazando la demanda de daños.

Ahora bien, la parte resolutive de la sentencia padece de un vicio estructural –verificable a simple vista–, el cual si bien no ha sido alegado expresamente

pro el recurrente, no puede pasar desapercibido al Tribunal, que goza de facultades oficiosas –art. 113 del Cód. Proc. Civ.– a la hora de pronunciarse sobre ciertas anomalías procesales que no pueden ser convalidadas o subsanadas.

El “resuelve” de la sentencia ha omitido pronunciarse sobre la excepción de falta de acción incoada por la demandada a fs. 51. Si bien ha realizado el análisis de la excepción en el considerando del fallo y se ha referido expresamente a la procedencia de la defensa (fs. 132), la parte resolutive guarda silencio al respecto, y se refiere únicamente a la improcedencia de la acción ordinaria. Al no constar la decisión expresa en el “resuelve” de la sentencia, la misma se torna nula, dado que padece de un vicio –por omisión– estructural que violenta los arts. 15 y 159 del Cód. Proc. Civ. Y amerita un pronunciamiento oficioso de nulidad. Tal omisión tampoco fue subsanada por vía de aclaratoria, por lo que la incongruencia se presenta determinante a los efectos de declarar la invalidez del pronunciamiento.

En cuanto a la excepción de la nulidad, nuestro Código Ritual dispone en su art. 115: “La nulidad de un acto no importa la de los actos precedentes. Tampoco la de aquellos posteriores que no dependen de él ni son su consecuencia. La nulidad de una parte del acto no afecta a las otras que son independientes de aquella parte”. Ahora bien, la excepción de falta de acción planteada por el demandado no fue objeto de pronunciamiento en la sentencia, y puesto que dentro del juicio la excepción planteada constituye una parte radical y esencial de la oposición a la demanda –la misma instaura la defensa de la parte accionada–, se torna imposible separar o independizar el vicio dentro de la resolución, o imputar únicamente la nulidad a la excepción, razón por la cual no podemos sino extender la nulidad a la resolución misma.

El Tribunal, en uso de la facultad otorgada por el art. 406 del Cód. Proc. Civ., pasará a resolver sobre el fondo del asunto.

En autos se discute la procedencia o no de una demanda de rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios derivada de una relación de mandato entre las partes.

Primeramente resulta necesario referirnos a las circunstancias fácticas que rodean al litigio. El demandante señala en su escrito de demanda que se dedica de manera independiente a la venta de vehículos de la marca Toyota, y que en ejercicio de su oficio recibió poder especial de la Asociación Rural del Paraguay para vender una camioneta de la asociación. Señala el accionante que

luego de haber vendido la camioneta año 1999, la misma fue interceptada y capturada por agentes policiales a causa de la adulteración en los números de chasis y motor que padecía el rodado. Manifiesta que no ha podido llegar a un acuerdo con la A.R.P. para recuperar lo que ha gastado en el vehículo averiado, principalmente en lo que hace al acuerdo al que llegó con el comprador –al que tuvo que entregar a cambio otro vehículo evaluado en 20.000 dólares americanos– para evitar mayores perjuicios y demandas judiciales. Culmina su escrito peticionando la rescisión del contrato de gestión de negocio y reclama como indemnización de daños y perjuicios la suma de 15.000 dólares americanos – precio en el que recibió el vehículo adulterado– y US\$ 2.000 en concepto de daño emergente y daño moral.

La A.R.P. contesta la demanda y opone excepción de falta de acción en su escrito de fs. 51, señalando que de la lectura del contrato celebrado entre su parte y el Sr. Amarildo Saguier surge que el mismo se encuentra extinto, dado que el citado poder instrumenta un mandato otorgado para la venta de un vehículo, y esta transferencia se ha realizado en fecha 12 de agosto de 2008. En consecuencia, señala que el objeto del contrato ya ha sido cumplido, por lo que no cabe reclamar la rescisión.

De la lectura del negocio concertado entre las partes (fs. _) vemos que la demandada ha otorgado: “...poder especial para vender al Sr. Amarildo Saguier (...) para que actuando en nombre y representación de la Asociación Rural del Paraguay, venda, a persona, personas o entidades, que tenga interés, una camioneta, marca (...) por el precio, forma de pago, plazos y demás condiciones que libremente establezca”. Como se ve se trata claramente de un contrato de mandato, acompañado de apoderamiento aquel por el cual –art. 880 del Cód. Civ.– una persona acepta de otra poder para representarla en el manejo de sus intereses o en la ejecución de ciertos actos. En efecto, el objeto del contrato de mandato es un “servicio” que el mandatario debe prestar o hacer del mismo por cuenta y encargo del mandante; en este caso, la venta de una camioneta de propiedad de la A.R.P.

Notamos que el objeto del contrato, esto es, la venta de la camioneta, ha sido cumplido por el accionante. Ello surge claramente de la escritura de transferencia obrante a fs. 14/17, que instrumenta el contrato de compraventa de vehículo otorgado por la Asociación Rural del Paraguay a favor de la señora Julia Flores de Ojeda. Del negocio se observa claramente que el mandatario –ahora deman-

dante– concurre en representación de la A.R.P.: “La señora Julia Flores de Ojeda concurre a dicho acto por derecho propio, no así el señor Amarildo Saguier Morales quien lo hace en nombre y representación de la Asociación Rural del Paraguay, en virtud de un Poder Especial para venta de vehículo otorgándole según consta en Escritura N° 35 de fecha 22 de marzo de 1999 pasada ante el Escribano Roberto Molinas Galeano...” (fs. 15). Luego, de una atenta lectura del poder especial que contiene el negocio de mandato vemos que no existen otras prestaciones –que no sea la de la venta de la camioneta– a cargo de las partes que se encuentren pendientes de cumplimiento.

Ocioso resulta recordar que el contrato de mandato concluye por cumplimiento del negocio para el que fue constituido. El inc. a) del art. 909 del Código Civil así lo prescribe.

Las circunstancias o consecuencias devenidas luego –a posteriori– del negocio no son ahora objeto de discusión; bien o mal el contrato ha sido cumplido y por ende ha concluido. En estas condiciones, no podríamos hablar de una pretensión rescisoria así como tampoco de una resolutoria, habida cuenta de que tanto la primera como la segunda tienen como presupuesto básico la vigencia del contrato. Otra cosa bien distinta son las consecuencias negativas que pudo haber acarreado el pacto para el mandatario por circunstancias ajenas al negocio, pero allí entramos al plano extracontractual derivado de los daños y perjuicios sufridos por las partes con posterioridad a la concertación del contrato. Ello será tratado al momento de analizar la pretensión de daños incoada por el demandante.

La demandante ha opuesto excepción de falta de acción sustentada en el hecho de que “...no existe causa de hecho ni de derecho que lo acrediten para estar en este proceso en calidad de actor” (fs. 51). La legitimación –al decir de Guasp– se refiere a la idoneidad específica de las partes, derivadas de su relación con la situación jurídica en litigio, que justifica su intervención en el proceso. Como ya se ha explicado, la postulación de una pretensión rescisoria requiere necesariamente la existencia de un contrato, y dado que el negocio de mandato se encuentra extinto –utilizando la terminología del código–, el demandante carece de acción –contractual– contra la Asociación Rural del Paraguay. En estas condiciones, se debe hacer lugar parcialmente a la excepción de falta de acción opuesta por la demandada contra la pretensión rescisoria del demandante.

Ahora bien, ha de aclararse aquí que la falta de acción deviene precedente solamente en cuanto a la pretensión contractual de la accionante; respecto a los perjuicios surgidos con posterioridad al contrato, debemos señalar que el demandante tiene legitimación para requerir el resarcimiento de los perjuicios que pudo llegar a haber sufrido, según analizaremos con detenimiento a continuación.

La pretensión de daños y perjuicios se encuentra sustentada en el arreglo que el Sr. Saguier –otrora mandatario de la A.R.P.– concertó con el Sr. Ranulfo Ojeda D. –cónyuge de la Sra. Flores– y la Sra. Julia Flores de Ojeda –compradora del vehículo–, en concepto de indemnización por el perjuicio causado por la venta de una camioneta con el número de chasis y motor adulterado. Aquí recordemos lo acontecido con posterioridad a la venta de la camioneta: luego de la venta del rodado de propiedad de la A.R.P. a la Sra. Flores de Ojeda por parte del que era su mandatario –ahora demandante–, la compradora –y ya nueva propietaria, valga recalcarlo– se vio imposibilitada de usar la camioneta por la detención del rodado por parte de la Policía Nacional, motivo por el cual el Sr. Saguier “indemnizó” a la compradora entregándole otra camioneta valuada en veinte mil dólares americanos. De la segunda cláusula del “acuerdo de indemnización” (fs. 21/22) vemos que los compradores de la camioneta cedieron y transfirieron “todos los derechos de acciones legales pertinentes a favor del Sr. Amarildo Saguier”.

El Sr. Saguier señala en su demanda que: “Después de varias gestiones pude recuperar a la camioneta, habida cuenta que sobre el mismo no existía ninguna denuncia de robo, pero se da el caso que la Rural no acepta la devolución y menos se puede vender al público en esas condiciones...” (fs. 26). Luego señaló que entre los gastos que realizó por el vehículo averiado se encuentra el “...arreglo que hice con el comprador a modo de evitar mayores perjuicios y demandas judiciales”. En esos términos funda su pretensión de “dólares americanos quince mil (US\$ 15.000) precio en el que recibí el vehículo adulterado.” (fs. 26).

Aquí debemos hacer algunas consideraciones, habida cuenta la ambigüedad con que se relatan los hechos en la demanda. Primeramente, advertir que nada consta respecto a una posible transferencia de dominio del automotor por parte de la Sra. Julia Flores de Ojeda nuevamente a la A.R.P. o, en su caso, al Sr. Saguier. No existe en autos un contrato de compraventa en ese sentido y

tampoco se ha agregado la escritura traslativa correspondiente. Solo tenemos que el Sr. Ranulfo Ojeda Deggeller –esposo de la compradora y suscribiente también del acuerdo indemnizatorio–, al ser citado como testigo, señaló que “tuvo problemas con la camioneta y decidió devolver al Sr. Amarildo Saguier” (fs. 71) “tuvo problemas con el tránsito y le devolvió al Sr. Amarildo y éste le dio otra camioneta” (fs. 97). En estas condiciones, no podríamos hablar –con certeza– de una re transferencia de la propiedad de la camioneta nuevamente al dominio de la Asociación Rural del Paraguay, motivo este fundamental para reclamar una indemnización por parte del demandante, según veremos luego. Tampoco vemos que se haya promovido un juicio para anular el contrato de compraventa celebrado entre la Sra. Flores de Ojeda y la Asociación Rural del Paraguay, por lo que devienen desacertadas las afirmaciones del demandante en cuanto señala en sus alegatos que a raíz de los problemas de la camioneta “...la gestión de venta finalmente no se produjo (...) al no haberse vendido finalmente el automotor de referencia, no se ha cumplido el negocio para el cual se me otorgara poder especial...” (fs. 115); la compraventa concertada –y debidamente escriturada– constituye un acto jurídico válido y no pierde virtualidad hasta tanto no sea impugnada. Es decir, la “devolución”, o simple tradición del automotor por parte de la Sra. Flores al Sr. Saguier no es suficiente para que opere una traslación de dominio.

De igual manera, tampoco consta la transferencia de dominio de la nueva camioneta –dada como “indemnización”– a la compradora del automotor que presentaba signos de adulteración. Por lo demás, existe una carencia absoluta de pruebas para acreditar los extremos alegados respecto a los vicios: sabemos que incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la transmisión. No acreditándolo, se juzga que sobrevino después –art. 1791 del Código Civil–. Absolutamente nada se ha probado en el expediente. Toda esta falta de material probatorio resulta de por sí determinante para la desestimación de la pretensión de daños, sin siquiera entrar al análisis del fundamento jurídico de la obligación que tendría la Asociación Rural del Paraguay de abonar los daños, si la tuviere.

Debemos, de todas formas, determinar bajo qué título se podría solicitar una suerte de repetición de los gastos efectuados por la demandante. En el escrito de alegato señaló que la indemnización es reclamada de acuerdo con lo previsto por el art. 898 inc. e) del Código Civil. La norma prescribe sobre la

obligación del mandante de indemnizar al mandatario cuando, sin falta imputable, hubiere sufrido, pérdidas con motivo del mandato. El supuesto normativo incluye todos aquellos casos en que los daños sufridos van implícitos en el contenido del mandato, o que pudieren llegar a sobrevenir como consecuencia –razonable– de la ejecución del contrato. El daño se debe poder “...presuponer con notable probabilidad como consecuencia de la ejecución del encargo.” (Larenz, Karl. Derecho de Obligaciones. Tomo II. Pág. 353. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957). En el caso de autos, el mandato otorgado, como se ha explicado ya largamente, era única y especialmente para vender la camioneta marca Toyota tipo Hilux 4x4 modelo 1995 con motor N° 3L-2236814 y con chasis N° LN106-0108177. Nada en el mandato otorgado autorizaba al mandatario a gestionar por sí solo las reparaciones, compensaciones o indemnizaciones a que pudiese verse obligado el vendedor –la A.R.P.– en el futuro como consecuencia de la conclusión –no ya de la celebración– del contrato, referente a los vicios que pudiese llegar a presentar la cosa vendida. El mandato de venta había quedado extinto con la consecución del fin para el cual fue otorgado y los actos realizados por el Sr. Saguier con posterioridad a ese momento con la Sra. Julia Flores de Ojeda deben ser únicamente imputados como celebrados a cuenta suya. Vale decir, los daños sufridos por el demandante luego de la venta de la camioneta –que es el único cometido para el cual se le otorgó un mandato– no pueden ser reputados como perjuicios con motivo y en ocasión al ejercicio del mandato. En cambio, todas las circunstancias y vicisitudes que rodearon al iter de la venta y hasta el momento de la conclusión del contrato –la venta de la camioneta–, sí podrían llegar a ser reputados como daños que visiblemente van unidos a la ejecución del contrato. Como se ve, no es éste el caso.

Podría haber existido una gestión de negocios ajenos, en los términos del artículo 1808 y siguientes del Código Civil, en el sentido de que estaríamos ante una actividad en provecho de otro o que tiene lugar en la esfera de intereses de la otra persona. Se tomaría, pues, como una gestión espontánea –no apoyada en ninguna relación jurídica preexistente– no motivada por el dueño del negocio. Recordemos, sin embargo, que la intervención no solicitada del gestor del negocio puede ser oportuna para el dueño del mismo o puede serle inoportuna, como una intromisión que supone en sus propios asuntos. Aquí no se ha probado que el demandante haya comunicado la gestión que asumió al dominus negotii –como lo pide el art. 1810 del Código Civil– ni que haya aguardado respuestas en

ese sentido de la A.R.P. Tampoco se ha probado la utilidad que la gestión haya podido reparar para la Asociación Rural del Paraguay. En estas condiciones, no podemos sino desestimar la demanda planteada.

Las costas deben ser impuestas a la perdedora, de conformidad al artículo 192 del Cód. Proc. Civ.

A su turno, el Dr. Martínez Prieto, dijo: Que se adhiere al voto de la Magistrada que antecede, con los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Villalba Fernández dijo: Por la Sentencia apelada N° 227 de fecha 25 de abril de 2007, el a-quo resolvió: “Rechazar, con costas, la demanda ordinaria promovida por el señor Amarildo Saguier Morales contra la Asociación Rural del Paraguay. Notificar” (fs. 128/132).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 140/143. Se funda su escrito en: Que, la demandada debió conocer el vicio existente en el rodado vendido, en cuanto a la numeración del motor y el chasis. Dice que, habiendo la accionada ocasionado el daño por el vicio existente en el vehículo vendido, ésta debe indemnizar. Agrega que no existe falta de acción y que, no existe ningún mandato. Concluye su alegación solicitando la revocación de la sentencia apelada.

A fs. 145/146 se presenta la parte adversa a contestar el escrito de expresión de agravios del apelante, manifestando su rechazo a las argumentaciones. Sostiene que: El vicio alegado por el apelante no corresponde ya que el mismo debió probar en juicio la imputación del vicio hacía su parte. Agrega, que el apelante no tiene derecho alguno para reclamar indemnización en contra de su parte. Concluyendo, en defensa de la sentencia recurrida por considerar que la misma se ajusta a derecho. Termina su contestación solicitando la confirmación de la resolución recurrida y protestando costas.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis del instrumento sobre el cual se pretende la rescisión del contrato.

Es así, que a fs. 02/06 de autos, se encuentra agregada la escritura por el cual la parte demandada otorga poder especial para la venta del vehículo relacionado al vicio alegado. En el mismo se puede leer que, el actor estaba facultado para vender el vehículo en nombre y representación de la demandada.

Ahora bien, a fs. 20 de autos, se encuentra agregado el instrumento por el cual el demandante recibe el rodado en cuestión de la parte demandada y se

hacer responsable de todas las consecuencias civiles y penales emergentes en su calidad de nuevo propietario. Es decir, la libera a la demandada de todas las consecuencias jurídicas que puedan surgir, asumiendo así esa responsabilidad en el estado material y legal que se encuentre el vehículo.

Por otro lado, de las mismas manifestaciones del actor en su escrito de presentación de las acciones, hace mención que el rodado en cuestión había recibido como parte de pago por la compra de otro vehículo. Desfigurándose así la hipótesis del mandato por el poder especial. Ya que, verdaderamente nos encontramos ante dación parcial en pago, por la compra de otro vehículo de mayor valor. Que, al entregarle, la parte demandada al autor el rodado como parte de pago y siendo de su propiedad, le otorgó el poder especial. Ya que, verdaderamente nos encontramos ante dación parcial en pago, por la compra de otro vehículo de mayor valor. Que, al entregarle, la parte demandada al autor el rodado como parte de pago y siendo de su propiedad, le otorgó el poder especial para poder realizar la venta de la cosa entregada en dación de pago, ya que, el accionante por su profesión de dedica a la venta de automotores. Todo lo cual, se encuentra acreditado en autos.

En conclusión, de todo lo expuesto por este Miembro preopinante corresponde sea confirmada la sentencia recurrida en todas sus partes.

Con lo que se terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de que lo certifico.

RESUELVE: Declarar nulo la sentencia recurrida, S.D. N° 227 de fecha 25 de abril de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno. Hacer lugar parcialmente a la excepción de falta de acción opuesta por la demandada, de conformidad a lo expuesto precedentemente. Desestimar la demanda por indemnización de daños y perjuicios planteada por Amarildo Saguier contra la Asociación Rural del Paraguay, conforme a los argumentos vertidos en el fallo de la presente resolución. Imponer las costas a la parte perdedora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, María Mercedes Boungermini P. y Neri Villalba Fernández

Ante mí: Abg. Pablo Costantini. Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 50

Cuestión debatida: Se trata de establecer la procedencia o no de una demanda de cumplimiento de contrato y de indemnización de daños y perjuicios derivada de una relación de seguro.

MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

El magistrado tiene el deber de examinar y valorar en la sentencia las pruebas producidas, que sean esenciales y decisivas para el fallo de la causa, según lo prescribe el art. 269 del Cód. Proc. Civ. Por ello el juez no se encuentra limitado —en el ejercicio de la valoración de la prueba— a las impugnaciones que pudieran o no realizar las partes.

PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial.

El informe del perito liquidador de seguros constituye una prueba documental más, ésta no goza de un status superior o privilegiado en relación con las demás pruebas ofrecidas y diligenciadas oportunamente en el proceso.

SEGURO. Denuncia del siniestro. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro.

La recurrente entiende que por haber recepcionado la denuncia, nombrado un perito liquidador y comunicado el rechazo de la cobertura —dentro de los 30 días— ha cumplido el contrato. Al respecto, debemos señalar que lo que ha hecho con ello es cumplir con la carga de pronunciarse acerca del derecho del asegurado impuesta en el art. 1597 del Cód. Civ., cuya omisión hubiese acarreado la aceptación tácita de la cobertura.

SEGURO. Indemnización del asegurado.

La disposición del art. 1597 del C.C. Constituye una carga legal, en tanto requiere de la aseguradora una conducta de realización facultativa, establecida en su propio interés, y cuya inobservancia acarrea el decaimiento de su facultad de pronunciarse en contra del derecho del asegurado.

SEGURO. Vencimiento de la obligación del asegurador.

El hecho de que el plazo de vigencia del contrato haya expirado hace que el mismo deje de surtir efectos hacia el futuro entre las partes: el asegurador no se ve constreñido al pago de la prima y la empresa tampoco a la cobertura de riesgo. Pero de ninguna manera ello se traduce en la imposibilidad de reclamar

las obligaciones incumplidas –o cumplidas parcialmente– por una de las partes durante el plazo de vigencia del mismo

PRUEBA DOCUMENTAL. Instrumentos privados provenientes de terceros.

Los documentos emanados de terceros deben ser reconocidos en el proceso, según la forma establecida para la prueba testifical, según lo prescribe el art. 307 del Cód. Proc. Civ. Pero por más de que ello no se haya hecho, del estudio de los presupuestos y vista la magnitud del accidente –el vuelco y todo lo que ello implica en cuanto a daños materiales– no nos parece que los presupuestos adjuntados sean exagerados, recargados o excedidos en los precios allí consignados.

CONTRATO. Cumplimiento del contrato. DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante.

Quien incumple un contrato procede ilícitamente, dado que nuestro código de fondo prevé que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma; de ahí que el incumplimiento de un contrato se traduzca en una violación de la norma legal.

Igualmente acertada constituye la afirmación de que si la actividad lucrativa a la que se destinaba el actor era la de transporte por flete –transporte de leche, según su escrito de demanda–, el negocio debió haberse documentado conforme a las reglas contenidas en los arts. 926 y 927 del Cód. Civ. No lo ha hecho así. En estas condiciones el rubro de lucro cesante no puede sino ser rechazado.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

El descrédito en el ámbito comercial o profesional o la pérdida de una clientela son tenidos por daños estrictamente económicos y capítulos de un posible lucro cesante. Con ello no decimos que la indemnización de daños morales debe quedar excluida por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual, pero en lo que atañe a esta lide, ese daño no ha de ser concedido, máxime cuando el supuesto daño se encuentra respaldado en un “malestar que produce la incertidumbre”. El rubro debe ser rechazado.

TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 14-06-10. “Cayetano Bogado Toledo c/ El Comercio Paraguayo S.A. s/ cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios” (Ac. y Sent. N° 50)

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, Villalba Fernández y Riera Hunter.

A la primera cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo dijo: La demandada fundamenta el recurso de nulidad interpuesto en su escrito de fs. 300/301, solicitando se declare la nulidad de la sentencia por su incongruencia lógica. Señala que la misma es arbitraria dado que el Juez se convierte en la contraparte argumentando en contra del informe del perito liquidador, por más de que el demandante no lo haya impugnado. Por último soslaya la incongruencia, basada en el hecho de que el aquo condena al demandado al cumplimiento de la póliza de seguros y a la vez lo obliga a pagar en concepto de daños y perjuicios sufridos por el demandante, siendo que en el segundo apartado rechaza la demanda de indemnización de daños y perjuicios sufridos por el accionante.

La contraria contesta tales agravios en su escrito de fs. 308/310. Manifiesta en términos generales que no existe falta de congruencia o lógica en la sentencia recurrida, y a pesar de que su parte no está de acuerdo con la misma, no es posible atacarla de incongruente. Señala que la resolución es coherente, lógica y congruente dado que no se detectan en ellas vicios de nulidad, dado que su parte ha petitionado tanto el cumplimiento del contrato –lo cual implica el pago de los daños que cubre la póliza– como también el resarcimiento de los daños que ocasionó el incumplimiento.

El recurrente fundamenta la nulidad sobre la base de la violación de las garantías del debido proceso, en relación con el análisis de las pruebas, y también por falta de congruencia en la fundamentación del fallo.

El art. 404 del Cód. Proc. Civ. preceptúa: “El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”.

En cuanto al análisis de las probanzas, este Tribunal ya ha señalado en innumerables ocasiones que este es un argumento que corresponde a errores in iudicando, no a errores in procedendo, por lo cual no puede ser atendido en sede de nulidad; si en sede de apelación. El potencial error en la apreciación y/o valoración de la prueba no acarrea una violación de forma o de solemnidad de la resolución judicial. Además de ello, se debe recordar que en materia de apre-

ciación de pruebas, el juez forma su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica. El magistrado tiene el deber de examinar y valorar en la sentencia las pruebas producidas, que sean esenciales y decisivas para el fallo de la causa, según lo prescribe el art. 269 del Cód. Proc. Civ. Por ello el juez no se encuentra limitado –en el ejercicio de la valoración de la prueba– a las impugnaciones que pudieran o no realizar las partes. Por lo demás, debe recordarse que el informe del perito liquidador de seguros constituye una prueba documental más, y que ésta no goza de un status superior o privilegiado en relación con las demás pruebas ofrecidas y diligenciadas oportunamente en el proceso.

Respecto de la falta de congruencia, sustentada en que la jueza, por un lado, hizo lugar a la demanda de cumplimiento de contrato condenando a la demandada al pago de una suma de dinero en concepto de indemnización de daños y, por otro lado, rechazó la demanda de indemnización de daños y perjuicios, debemos resaltar que los daños a los que se refiere la Magistrada en el primer apartado de la resolución hacen referencia –lógicamente– a los perjuicios provenientes del siniestro y que se encuentra asegurados por la póliza. En efecto, un seguro como el que aquí tratamos se traduce en el reconocimiento de una indemnización como contenido de la obligación del asegurador. Se trata de una prestación de neto carácter resarcitorio, pues lo que el tomador procura es una suma de dinero para la hipótesis de que se verifique el evento que constituye la realización del riesgo previsto en el contrato.

De la lectura de los agravios vemos que también se ha señalado que “...la demanda está mal presentada, dado que se debió demandar por incumplimiento de contrato” (fs. 303). Aquí debe aclararse que la pretensión de cumplimiento contractual tiene como presupuesto necesario y lógico el incumplimiento de la prestación por parte del contratante demandado. Es decir, el objeto de la pretensión de cumplimiento se dirige a obtener en forma específica la pretensión omitida por el deudor. Por su naturaleza, es una acción de condena y entraña la pretensión de que le sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido. Luego, hablar de una demanda de “incumplimiento de contrato” es referirnos –de vuelta– a una pretensión de cumplimiento. Vale decir, es exactamente la misma cosa.

En estas condiciones, no podemos sino concluir que la indemnización prevista en el primer apartado de la sentencia hace alusión a los daños contractuales reclamados, contenidos en su pretensión de cumplimiento, en tanto que los

daños del segundo apartado –que fueron denegados por la aquo– se refieren a los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato que también fueron reclamados por la accionante.

No advirtiéndose otros vicios o defectos que ameriten una declaración oficiosa, el recurso de nulidad debe ser desestimado.

A sus turnos, los Dres. Villalba Fernández y Riera Hunter, manifestaron que votan en el mismo sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo dijo: Por la sentencia apelada N° 721 de fecha 14 de octubre de 2008 la aquo resolvió: “1) Hacer lugar, a la demanda promovida en autos por el Sr. Cayetano Bogado Toledo en contra de “El Comercio Paraguayo S.A.”, y condenar en consecuencia a esta última a cumplir con el contrato de seguro que consta en la póliza agregada a fs. 6/19 de autos, por el importe de guaraníes cuarenta y siete millones ciento noventa y dos mil seiscientos cincuenta y ocho (Gs. 47.192.658) en concepto de daños y perjuicios sufridos por el asegurado en el hecho de tránsito individualizado en los considerandos de esta sentencia. 2) No hacer lugar, a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por el Sr. Cayetano Bogado Toledo, contra “El Comercio Paraguayo S.A.”, derivados como consecuencia, del incumplimiento de contrato de seguro por parte de El Comercio Paraguayo S.A. 3) Imponer las costas en el orden causado. 4) Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia” (fs. 293).

La parte demandada presenta su escrito de expresión de agravios obrante a fs. 300/304. En primer lugar, manifiesta que el demandante no objetó el informe del perito liquidador de seguros ni tampoco impugnó la comunicación de la Aseguradora del rechazo del siniestro. En ese sentido, señala que la demanda se ha promovido estando extinguido el plazo de vigencia del contrato; se demanda el cumplimiento de un contrato extinto. Afirma que se demostró en el expediente por las pruebas agregadas que El Comercio Paraguayo S.A. cumplió con el contrato de seguro, pues tomó la denuncia, procedió a liquidar el siniestro y se pronunció en consecuencia, es decir cumplió con el contrato. Arguye que resulta falso lo alegado por la aquo, en el sentido de que corresponde al demandado probar la ocurrencia del hecho, dado que su mandante ya realizó una pericia a tal efecto. Por último, sostiene que agravia a su parte la imposición de costas en el orden causado dentro de la demanda de indemnización de daños,

dado que el demandado ha reclamado lucro cesante y daño moral y ha resultado perdidosa.

La parte contraria contesta tales agravios (310/311) manifestando que el fundamento de que el contrato ha expirado no soporta ningún análisis lógico, pues haciendo un paralelismo, en caso de tratarse de un contrato de alquiler, una vez terminado el mismo, el propietario no podría pedir el pago de los meses adeudados, o la entrega del inmueble, o el pago de las expensas adeudadas. Señala que para ello las leyes establecen los plazos para exigir hábilmente el cumplimiento de las obligaciones, todo según el catálogo de las prescripciones del código de fondo. Arguye que la aquo ha condenado a la demandada a pagar según la documentación presentada conjuntamente con el informe del liquidador, documentación que no ha sido impugnada por la adversa.

La parte actora presenta su escrito de agravios a fs. 312/313 y manifiesta que agravia a su parte el rechazo de su pretensión de daños por los perjuicios que el incumplimiento del contrato le ha ocasionado. Sostiene que la aquo no ha dado valor alguno a las pruebas rendidas en autos que constituyen elementos probatorios que acreditan la pérdida patrimonial sufrida a consecuencia del incumplimiento contractual. Arguye que la aquo no ha tenido en cuenta la disposición del art. 451 del Cód. Civ. que autoriza al Juez a disponer el resarcimiento patrimonial. Por último indica que agravia a su parte la imposición de costas en el orden causado, dado que la demanda ha sido promovida por única y exclusiva culpa y responsabilidad de la parte demandada, quien faltando a sus deberes comerciales, jurídicos y éticos, ha arrastrado a su principal a casi 5 años de espera, cuando el resarcimiento debió hacerse a más tardar dentro de los 30 días de acaecido el siniestro.

La demandada contesta tales agravios a fs. 315/316 y señala que los puntos 2 y 3 de la resolución recurrida deben ser confirmados puesto que el accionante no ha demostrado el daño reclamado en concepto de lucro cesante. Sostiene que se ha demostrado que el demandante no tiene libros contables y que en sus declaraciones de impuestos no surge que su actividad le reporte ningún beneficio económico. Señala, finalmente, que al haber vencimiento parcial y mutuo de las partes, el Cód. Proc. Civ. establece que las mismas deben ser aplicadas por su orden, como lo hizo la a-quo.

Se trata de establecer la procedencia o no de una demanda de cumplimiento de contrato y de indemnización de daños y perjuicios derivada de una relación de seguro entre el Sr. Cayetano Bogado y la firma El Comercio Paraguay S.A.

En primera instancia se ha acogido la pretensión contractual y se ha rechazado la indemnización reclamada en concepto de perjuicios derivados del alegado incumplimiento. Como se ve de la lectura de los agravios, ambas partes ha recurrido la resolución. Por cuestiones de lógica y método, las pretensiones serán analizadas en el orden en que han sido propuestos.

La aseguradora ha señalado, por un lado, que su parte ha cumplido el contrato (fs. 302), y por el otro, que al momento del reclamo el contrato ya se había extinguido (fs. 302). De ello se colige una confusión conceptual cuyo esclarecimiento resulta ineludible. En primer término el recurrente asimila el cumplimiento de una carga contractual al cumplimiento del contrato. Luego vemos –de ello hablaremos luego– también que son confundidos los conceptos de caducidad y prescripción, y de prescripción y extinción del contrato. La recurrente entiende –fs. 303– que por haber decepcionado la denuncia, nombrado un perito liquidador y comunicado el rechazo de la cobertura –dentro de los 30 días– ha cumplido el contrato. Al respecto, debemos señalar que lo que ha hecho con ello es cumplir con la carga de pronunciarse acerca del derecho del asegurado impuesta en el art. 1597 del Cód. Civ., cuya omisión hubiese acarreado la aceptación tácita de la cobertura. La disposición constituye una carga legal, en tanto requiere de la aseguradora una conducta de realización facultativa, establecida en su propio interés, y cuya inobservancia acarrea el decaimiento de su facultad de pronunciarse en contra del derecho del asegurado. Conforme lo señalamos, entiende le recurrente que ha cumplido el contrato y con ello las obligaciones a las que se encontraba ligado, cuando que ha dado cumplimiento meramente a una carga contractual. Véase que en la obligación el sujeto pasivo está obligado frente a quien tiene el derecho correspondiente, de suerte tal que el incumplimiento, viola un deber porque lesiona el derecho y el interés de otro sujeto. Luego, el sujeto pasivo puede ser constreñido al cumplimiento, como aquí ha sucedido. En cambio la carga no es exigible ni coercible, el sujeto puede no observar la carga porque la misma no corresponde a un derecho subjetivo ajeno. Asimismo, la obligación cumplida satisface el interés del acreedor en tanto que la carga observada satisface el interés de aquél sobre quien la misma recae. Así puede entenderse que el cumplimiento de la carga trata no del cumplimiento de la prestación a la que estaba obligada la aseguradora –que si fuere así, esta litis no tendría razón de ser–, sino de condiciones de conservación de un derecho determinado. No resulta complicado entender que el Sr. Bogado reclama el

cumplimiento del contrato, el pago de la indemnización por la ocurrencia del siniestro cuya cobertura se encuentra pactada en la póliza. El Comercio Paraguayo, definitivamente, no ha cumplido el contrato. Otra cosa bien distinta es la existencia o no de un motivo suficiente y valedero para dejar de cumplir un contrato, lo cual no ha sido objeto de reparos en esta segunda instancia, donde simplemente se ha señalado que ya se ha cumplido el contrato.

Luego, viéndolo desde la óptica del tomador del seguro, tenemos que el mismo, luego de haber sido notificado del pronunciamiento adverso a sus derechos –tal como aconteció aquí–, tiene la facultad de guardar silencio y coincidir o bien cuestionar la decisión. Surge de esta litis que el Sr. Bogado ha optado por la segunda opción. El lapso de tiempo dentro del cual este debe –o debería al menos, de manera a evitar la caducidad de su obligación civil– ejercer sus derechos por la vía judicial –y oponerse al rechazo de la cobertura– es el plazo de prescripción, instituto que determina la modificación sustancial del derecho por la inacción del titular durante el lapso indicado por la ley. (Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo III. Pág. 263. Ed. Lexis Nexis.). De las constancias de estos autos vemos que la acción ha sido entablada en término y aún aunque así no lo fuera, no se ha opuesto la respetiva defensa. Aquí habría que aclarar que el análisis de la temporaneidad de la interposición de la acción es realizada dado que esa sería la interpretación que hacemos a los agravios de la demandada cuando afirma que el contrato se ha extinguido; se estaría refiriendo a la acción –al menos eso creemos–. En efecto, vemos que a fs. 302 el demandado señala “...se demanda el cumplimiento del contrato de seguro, cuando el mismo ya se había extinguido por el transcurso de su plazo de vigencia, en otras palabras se demanda el cumplimiento de un contrato que no existía”. Si lo tomamos literalmente, digamos que la demandada sencillamente ha diagnosticado la esterilidad absoluta de todos y cada uno de los remedios contractuales que nuestra legislación ha acogido. A modo ya meramente ilustrativo diremos que entre estos remedios o medidas de protección contenidas en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra –y no nos limitamos a las relaciones contractuales– las medidas de tutela preventiva del crédito, la pretensión de cumplimiento, la ejecución forzosa de la prestación, el resarcimiento de los daños, las acciones de conservación de la garantía patrimonial y de la solvencia y las especiales medidas de protección en los casos de relaciones obligatorias sinalagmáticas: la excepción de cumplimiento contractual y la resolución por

incumplimiento. Los medios de defensa y protección de crédito son un conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para preservar o realizar su interés en la relación obligatoria, cuando éste se ha visto insatisfecha totalmente, ha recibido una satisfacción incompleta o defectuosa o existe la posibilidad o el peligro de que la violación o la insatisfacción puedan producirse. (Diez-Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Patrimonial. Vol. II. Las Relaciones Obligatorias. Pág. 674. Ed. Civitas. Madrid, 1996). El hecho de que el plazo de vigencia del contrato haya expirado hace que el mismo deje de surtir efectos hacia el futuro entre las partes: el asegurado no se ve constreñido al pago de la prima y la empresa tampoco a la cobertura de riesgo. Pero de ninguna manera ello se traduce en la imposibilidad de reclamar las obligaciones incumplidas –o cumplidas parcialmente– por una de las partes durante el plazo de vigencia del mismo. Situado el acreedor frente a una insatisfacción o lesión de su derecho de crédito, consumada por una falta de ejecución por parte del deudor de la prestación puesta a su cargo, en el orden lógico, la primera medida de reacción debe ser la dirigida a obtener el comportamiento omitido y obtenerlo de forma específica, del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor. Así, en nuestro ordenamiento, el art. 725 de nuestro código de fondo, faculta a la parte in bonis a reclamar el cumplimiento del contrato y a requerir daños. Aclarado ello, pasemos a los restantes agravios.

El demandante señaló que su parte realizó una pericia a los efectos de probar la ocurrencia del hecho, de donde se desprende la responsabilidad del conductor del camión, y que sin embargo la aquo “...comienza a realizar su propia contra pericia y llegando a conclusiones que lo llevan a determinar que el conductor no es responsable del accidente y que no actuó con impericia” (fs 303). A lo ya dicho al momento de tratar el recurso de nulidad –en lo referente a la apreciación de la prueba– debemos señalar que la estimación del mérito o el valor de las pruebas producidas siempre queda a discreción del juez; si bien no se trata de una discrecionalidad irrestricta o absoluta –dado que debe sustentarse en principios lógicos y empíricos–, podemos decir que el Juez es el encargado de valorar los hechos y de llegar a una conclusión, y que dentro de ese proceso intelectual no se encuentra determinado por las pericias –y por lo general, ni por otro tipo de prueba– diligenciadas en el marco del proceso. De la lectura de los agravios no se ve que el recurrente realice una crítica detallada y razonada del siniestro; es más, ni siquiera se refiere a la manera en que el

mismo ha acontecido y a lo único que hace alusión es a la existencia de la pericia en donde se concluyó que el siniestro era responsabilidad del conductor del camión, sustentada en la culpa grave del mismo. Procesalmente –art. 420 del Cód. Proc. Civ.–, esta omisión argumental de por sí inhibe al Magistrado de alzada de realizar el reexamen de la culpa. Por lo demás, no podemos dejar de señalar nuestra adhesión al razonamiento y posterior conclusión –en lo que a la culpa respecta– de la magistrada inferior, cuyo análisis de la culpa grave alegada por la demandada no merece ningún tipo de reparos, ya que la culpa grave es una situación que es excepcional y no se presume. La pericia presentada como prueba por la demandada no resulta convincente para demostrar esta eventualidad particular, ya que, como bien se señala en el fallo en revisión, no existen evidencias físicas del hecho sindicado como configurante de la culpa grave, a saber, la brusca y repentina frenada del vehículo del actor.

En cuanto a la objeción –también general, por cierto– del quantum de la condena, debemos señalar que los presupuestos acompañados al proceso coinciden plenamente con los presentados en el informe del liquidador contratado por la demandada. Amén de ello, no se ve a lo largo del proceso que la demandada niegue la validez de tales documentales, que arrojan un monto inferior al de la cobertura contratada. Le asiste razón al recurrente al decir que los documentos emanados de terceros deben ser reconocidos en el proceso, según la forma establecida para la prueba testifical, según lo prescribe el art. 307 del Cód. Proc. Civ. Pero por más de que ello no se haya hecho, del estudio de los presupuestos y vista la magnitud del accidente –el vuelco y todo lo que ello implica en cuanto a daños materiales– no nos parece que los presupuestos adjuntados sean exagerados, recargados o excedidos en los precios allí consignados. El quantum debe ser confirmado. Los agravios referentes a las costas vertidos por la demandada serán analizados al final de la resolución, conjuntamente con los agravios de la parte actora.

Se debe reexaminar ahora el rechazo de la pretensión de daños y perjuicios derivada del incumplimiento del contrato, que ha sido materia de recursos por la parte actora.

Se reclama lucro cesante por el ingreso de dinero que el actor ha dejado de percibir al verse privado del rodado, habida cuenta de que el vehículo siniestrado constituía su medio de subsistencia. En ese sentido, señaló que el vehículo de su mandante realizaba un promedio de 13 viajes de transporte al mes que le

redituaban, por viaje, una ganancia de G. 400.000, lo que totalizaba G. 5.200.000 mensuales. Sostuvo que el vehículo estuvo inmovilizado durante 7 meses por culpa de la Aseguradora, por lo que reclama la suma de Gs. 36.400.000. A su vez, se ha peticionado indemnización en concepto de daño moral por el malestar generado a raíz de la incertidumbre respecto del futuro de su elemento de trabajo, ocasionada a raíz del comportamiento renuente de la Aseguradora. En ese concepto, se ha peticionado G.47.192.658.

A su turno, la parte demandada señaló que el Cód. Civ. paraguayo no permite al Juez estimar el lucro cesante, pues la prueba del mismo corresponde a quien lo reclama. Sostuvo que al no haberse demostrado en autos el monto reclamado, la acción debe ser rechazada, confirmando en ese punto la resolución recurrida.

Podríamos afirmar que en la gran mayoría de los casos del derecho a los daños y perjuicios aparece como la sustitución del cumplimiento de un contrato sobrevenidamente imposible. Sin embargo, existen casos en que el derecho o pretensión de indemnización puede aparecer como complementario de la prestación de cumplimiento todavía posible y viable, como ocurre en los casos de mora y cumplimiento defectuoso. Volviendo a nuestra litis, se podría decir que quien incumple un contrato procede ilícitamente, dado que nuestro código de fondo prevé que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma; de ahí que el incumplimiento de un contrato se traduzca en una violación de la norma legal. Como se sabe, cualquiera fuera la especie de responsabilidad civil, puede afirmarse la existencia de una unidad conceptual y de presupuestos comunes, cuales son la antijuridicidad, la imputabilidad, la dañosidad y la causalidad.

Aquí se ha peticionado lucro cesante, el cual forma parte del derecho del acreedor a que se le resarzan las consecuencias desventajosas de la lesión –en su acepción incumplimiento– contractual. Ya hemos conceptuado en anteriores ocasiones a este rubro como comprensivo de la ganancia frustrada o dejada de obtener, que es el incremento patrimonial que el acreedor debería recibir como consecuencia del cumplimiento o el que deja de obtener como consecuencia del incumplimiento. Cuando hablamos de daño contractual nos metemos necesariamente al plano llamado “interés positivo”. Explica Díez-Picazo que el objetivo de la indemnización es colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión con-

tractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado: Lo que exige y supone una comparación del patrimonio total. (Opus cit. pág. 683). No es fácil, a tenor de lo dicho, establecer un criterio normativo de cálculo que sea exacto y preciso en los daños contractuales. La magistrada inferior ha señalado que el daño no ha sido acreditado. Allí encontramos un problema determinante. No se incurre en responsabilidad civil si la conducta o comportamiento además de significar un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico y de ser imputable a una persona, no es causa de un menoscabo material o moral. Cuando hablamos de lucro cesante, ese menoscabo debe estar cuantificado, o al menos las reglas del cálculo debe estar a al vista del Juzgador. Vale decir, la agresión al patrimonio del deudor derivada del incumplimiento contractual debe estar debidamente respaldada. También hay que advertir que la prueba del incumplimiento no libera de la prueba de la existencia y monto del daño; puede el incumplimiento no ocasionar daños sino beneficios o bien las ventajas de tal hecho neutralizar los perjuicios. (Gatica Pacheco, G. Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. Pág. 156. Jurídica de Chile, Santiago, 1959). De las constancias de estos autos vemos que el rubro de lucro cesante peticionado está sustentado en pruebas testificales. No hay prueba material que acredite de manera fehaciente la ganancia que le reportaba al Sr. Bogado su actividad lucrativa de transportista; los factores de cálculo de las ganancias se presentan indeterminados. En cuanto a las reglas probatorias, debemos decir que fueron clara y correctamente desarrolladas por la aquo: relaciones contractuales que superen los diez jornales mínimos debe ser probadas por escrito, por imperio del art. 706 del Cód. Civ. Igualmente acertada constituye la afirmación de que si la actividad lucrativa a la que se destinaba el Sr. Bogado era la de transporte por flete –transporte de leche, según su escrito de demanda–, el negocio debió haberse documentado conforme a las reglas contenidas en los arts. 926 y 927 del Cód. Civ. No lo ha hecho así. En estas condiciones el rubro de lucro cesante no puede sino ser rechazado.

Vayamos al daño moral. La jurisprudencia, desde fechas muy tempranas, no encontró especiales obstáculos para considerar que se trata de un daño resarcible en la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Las dificultades han sido, en cambio, mayores en lo que atañe a los daños morales contractuales. No es fácil concebir la idea de un ataque o lesión de bienes o derechos de la personalidad en tratándose de responsabilidad contractual. Mucho menos si lo defi-

nimos como una detración disvaliosa del espíritu, una lesión al ser inmaterial de la persona o a los derechos intangibles a ella vinculados, como no pocas veces lo hemos hecho. Adviértase aquí que el descrédito en el ámbito comercial o profesional o la pérdida de una clientela son tenidos por daños estrictamente económicos y capítulos de un posible lucro cesante. Con ello no decimos que la indemnización de daños morales debe quedar excluida por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual, pero en lo que atañe a esta lide, ese daño no ha de ser concedido, máxime cuando el supuesto daño se encuentra respaldado en un “malestar que produce la incertidumbre”. El rubro debe ser rechazado.

El fallo pronunciado en la baja instancia debe ser confirmado. En cuanto a las costas, las mismas debe ser impuestas, en ambas instancias de manera proporcional al existir vencimientos recíprocos, en un 40% a la demandada y en un 60% a la actora.

A sus turnos, los Dres. Villalba Fernández y Riera Hunter, manifestaron de que votan en el mismo sentido.

Con lo que se 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: Desestimar el recurso de nulidad, conforme con los términos vertidos en el considerando de la presente resolución. Confirmar la sentencia recurrida, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas proporcionalmente en ambas instancias en un 40% a la demandada y 60% a la actora. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Boungermini P., Neri Villalba Fernández y Marco Riera Hunter.

Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 56

Cuestión debatida: La cuestión planteada en alzada consiste en una demanda por indemnización de daño moral originado en un supuesto antijurídico civil proveniente de una querrela promovida en el fuero penal.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Admisibilidad y procedencia de la acción de daños y perjuicios.

Los supuestos de procedencia de la demanda por indemnización son: 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. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito.

La antijuridicidad del hecho es una cuestión que 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.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito.

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.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito.

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.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad subjetiva.

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. Y es aquí donde radica uno de los decisivos aspectos jurídicos de esta litis.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad subjetiva. SENTENCIA. Sentencia absolutoria.

Si la sentencia penal es absolutoria en cuanto a la imputabilidad, esto no hace prejudicialidad en lo civil, en donde se puede determinar aún si existe un factor subjetivo de atribución de responsabilidad indemnizatoria, según el Cód. Civ., esto es: culpa o dolo, u otro no subjetivo.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños y perjuicios resultantes del hecho ilícito.

La precalificación penal del elemento de temeridad –o incluso el carácter doloso de la querrela- no es imprescindible para que exista antijuridicidad civil ni imputabilidad, la cual se evalúa en el ámbito y con los parámetros del derecho civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS. 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.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Dolo.

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 querrela que la contiene debe ser desestimada, pues si se la acoge es obvio que tal temeridad desaparece.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad subjetiva.

En el caso, en base a las constancias del expediente penal, se desprende que la firma demandada no obró de manera irracional, sin razón o fundamento alguno, ni que ello lleve a demostrar culpa grave o temeridad en su conducta. De modo que al hallarse ausente el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es, la temeridad y, en consecuencia, como vimos *supra*, también la antijuridicidad de la conducta, la pretensión indemnizatoria no puede prosperar.

TApel. Civ. y Com., Tercera Sala. 29-06-10. “Ricardo Recalde c/ Grandes Tiendas de Asunción La Riojana S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 56)

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., Villalba Fernandez y Ortiz Pierpaoli.

A la primera cuestión planteada la Dra. Buongermini Palumbo, dijo: La Abog. Romilda Nuñez no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto por el Abog. Juan Ramón Bueno Jara, y dado que no se advierten en el auto recurrido vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe ser declarado desierto.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Ortiz Pierpaoli, manifestaron que votan en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, la Dra. María Mercedes Buongermini prosiguió diciendo: Por la sentencia apelada N° 975 de fecha 24 de noviembre de 2008 el *a-quo* resolvió: “1) Rechazar la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por Ricardo Recalde contra Grandes Tiendas De Asunción La Riojana S.A., por considerarla improcedente, de conformidad a los términos expuestos en el exordio de esta resolución. 2) Imponer las costas a la parte actora. 3) Anotar...”. (fs.167 Vlt.).

De dichas sentencias recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs.172/174. Entiende que la sentencia que rechazó la demanda por improcedente es injusta, ya que el argumento principal es sobre la responsabilidad objetiva y subjetiva del querellante y sobre si hubo dolo o no en la persona del querellante. Manifiesta que el inferior considera que previamente se debió demostrar en sede penal la falsedad de la querella para posteriormente reclamar en sede civil, pero que dicha postura no está específicamente legislada en el sentido que en ninguna de las dos leyes tanto penal como civil exige que el reclamo de indemnización por daño moral derivada de una querella sea solo reclamada en sede penal. Sostiene que bien pudo optar por la vía civil para demandar la indemnización por el daño moral causado por la demandada con su querella aún cuando su denuncia no haya sido declarada falsa en sede penal. Interpreta el art. 1834 del Cód. Proc. Civil entendiendo que el acto voluntario es ilícito cuando causa un daño y la imputabilidad surge del carácter voluntario y la presunción de dolo que conlleva. Manifiesta que la parte demandada, Grandes Tiendas de Asunción La Riojana S.A. voluntariamente imputó al

Sr. Ricardo Recalde de hechos que resultan desdorosos para su persona, descalificantes y que no fueron probados en ninguna instancia por la parte demandada. Arguye que no es el hecho objetivo del desistimiento de la querrela de la parte demandada en sede penal lo que motivó esta demanda, sino la ilicitud en la cual se enmarca la conducta del querellante por considerarse su actuar como temerario e infundado. Afirma que dicha querrela ocasionó daño moral porque toda querrela genera aflicciones al espíritu del querellado desde el momento que se amenaza uno de nuestros bienes más preciados: la libertad. Sostiene que la demandada tenía la posibilidad de recurrir por la vía civil para realizar su reclamo, teniendo en su poder documentos derivados de un contrato, pero optó por la vía penal a sabiendas de que no tenía pruebas para imputar los delitos de apropiación, estafa y lesión de confianza en contra de la actora, por lo que se puede concluir que la firma demandada actuó con dolo, buscando la manera de extorsionar y dañar al Sr. Ricardo Recalde. Manifiesta que debe tomarse en cuenta el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal en virtud del cual el ámbito de persecución se restringe a aquellos hechos que atentan a los valores más preciados de la persona y la sociedad y no puede detenerse en hechos derivados de una actividad comercial que pueden ser lícitamente reclamados por la vía civil. Sostiene que se vio afectado el honor y reputación del actor al entablarse irresponsablemente en su contra una querrela falsa que constituye un acto ilícito. Concluye manifestando que en este caso en particular al querrela fue instaurada con liviandad, temeridad, y dolo por lo que los documentos presentados con medio probatorio de los hechos punibles de estafa, apropiación y lesión de confianza, sólo podría servir de base para un reclamo por la vía civil y de ninguna manera probaban la existencia de tales delitos. La querrela fue instaurada –según la actora- con el propósito de producir un daño y de esa manera conseguir el cobro compulsivo de dichos documentos.

Corrido traslado a la parte adversa, la misma contesta en los términos del escrito de fs. 175/177. Señala que el recurrente pretende simular o ensayar una fundamentación, que a la luz del mínimo análisis resulta evidentemente aparente. Entiende que la sentencia recurrida está debidamente fundada en razones lógicas, con sustento fáctico y jurídico. Sostiene que la promoción de la querrela no se halla prohibida por ley, y que para dar origen a una acción de indemnización requiere una calificación previa, en el fuero penal, de ser la misma temeraria, falsa o calumniosa. Señala que debe demostrarse que el que-

rellante ha actuado con dolo, es decir, haber realizado la querrela a sabiendas de la inocencia del querrellado y con la intención de perjudicarlo, extremos éstos que no se ha dado, ni en el fuero penal y menos aún en el civil. Entiende que el razonamiento del inferior es claro, sencillo y ajustado a derecho. Sostiene que, efectivamente, en ninguno de ambos fueros, el civil o el penal se ha demostrado dolo en el actuar de la actora, y al no existir dicha calificación, ya sea por imputación legal o por elementos probatorios irrefutables en la acción de indemnización, no puede la recurrente agravarse de la resolución recurrida por los motivos expuestos en su fundamentación. Arguye que sólo ha buscado la verdad a través de la correspondiente investigación penal, la cual no ha tenido eco favorable en gran parte debido a la desidia del representante convencional que intervino en dicha querrela, pero en momento alguno se ha inventado elemento probatorio falso o aludido hechos inexistentes. Manifiesta que la propia accionante ha reconocido la existencia de los documentos y de la obligación de la devolución de cierto monto de dinero por su parte, por ende, no puede alegar la existencia de una denuncia falsa o temeraria, pues, los elementos para dar origen a la investigación existieron siempre. Por último, sostiene que no ha existido proceso propiamente dicho, pues no se ha llegado a imputación alguna, acto desde el cual se entiende en el ámbito penal que se ha iniciado un proceso. Y si algún gasto se ha ocasionado al recurrente en el marco de la investigación penal, los mismos han sido totalmente abonados con la regulación de honorarios profesionales, por lo que no puede haber reclamo alguno por parte del mismo, en este ni en ningún otro proceso.

La cuestión planteada en alzada consiste en una demanda por indemnización de daño moral originado en un supuesto antijurídico civil proveniente de una querrela promovida en 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 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 querrela penal por virtud de la cual se ha atribuido judicialmente al hoy demandante la comisión de varios delitos, a saber: apropiación, favorecimiento de acreedores, estafa y lesión de confianza; conforme se aprecia en el escrito de querrela obrante a fs. 39/46 del expediente penal “Ricardo Recalde y Darío Matiauda s/ Apropiación, Estafa y Lesión de Confianza” que rola 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 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.

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.

El mero hecho de denunciar o incluso querellar no es generador de responsabilidad civil. Con esto estamos de acuerdo, por la buena razón de que entonces nadie se atrevería a incoar denuncias o promover querellas criminales. La acción de querellar 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 promueve la querrela 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 Anibal Alterini – Oscar José Ameal – Roberto M. López Cabana, *Derecho de las Obligaciones*, Reimpresión, Abeledo-Perrot, p.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 querrela 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. 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 querella 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. Y es aquí donde radica uno de los decisivos aspectos jurídicos de esta litis. El inferior, reseñando las corrientes jurisprudenciales, ha entendido –según se desprende de su discurso argumental– que se requiere indefectiblemente la previa declaración en sede penal del carácter temerario, calumnioso o doloso de la querella o, en su defecto, demostrar en sede civil el dolo del querellante. Es cuestión de determinar, pues, si tal temperamento es adecuado, habida cuenta que en él se basó la decisión del inferior.

Primeramente, dilucidemos la cuestión atinente al requerimiento de la sentencia previa emanada del fuero criminal que califique la querella como falsa o temeraria. Para comenzar a encarar el análisis de este tema debemos comenzar apuntando que nuestro Código Civil vigente carece de disposición normativa idéntica o similar a la del art.1090 del Código Civil Argentino, referido al delito de acusación calumniosa, en torno al cual –como bien lo apunta el juez inferior– se construyeron criterios jurídicos antagónicos tanto doctrinaria como jurisprudencialmente respecto a la necesidad –o no– de precalificación o calificación previa en sede penal del carácter calumnioso, doloso o temerario de la denuncia o querella, por lo que –según la corriente de pensamiento que lo postula– ante la falta de dicha calificación en el fuero penal, este presupuesto ya no puede sujetarse a análisis y resolución en el fuero civil. En este sentido y

meramente *obiter* debemos mencionar que actualmente –como veremos– en la República Argentina, la postura doctrinal y jurisprudencial que exigía el recaudo de la calificación de la querrela o denuncia en la jurisdicción penal se encuentra totalmente superada.

Siguiendo el examen del tema abordado debemos decir que predicar la necesidad de precalificación en sede penal del carácter calumnioso o temerario de la querrela importaría e impondría una suerte de prejudicialidad absoluta de lo penal sobre la materia civil, en este punto. La prejudicialidad está tratada en nuestro Cód. Civ. en los arts. 1865 y sptes. Específicamente el art. 1865 establece que las acciones civiles se pueden incoar independientemente de la acción penal. Solo para el caso de que también haya acción penal iniciada se dan los casos de decisión penal prejudicial para lo civil –que no es el caso de autos–. Y aún así, ello está precisado en los arts. 1868 y 1869 solamente para ciertos elementos de configuración del ilícito civil: a saber la ocurrencia del hecho y el factor subjetivo de atribución que tuviera el sentido de una conclusión condenatoria de la causa, no así la absolutoria. En efecto, si la sentencia penal es absolutoria en cuanto a la imputabilidad, esto no hace prejudicialidad en lo civil, en donde se puede determinar aún si existe un factor subjetivo de atribución de responsabilidad indemnizatoria, según el Cód. Civ., esto es: culpa o dolo, u otro no subjetivo. Esto se explica puesto que la culpa civil es no solo más amplia en su concepción que la reprochabilidad penal, sino también se evalúa con parámetros diferentes que pueden no involucrar reprochabilidad alguna desde el punto de vista penal. Además la denuncia falsa es un delito que está tipificado y penado como tal en la ley penal, pero, como hemos visto, el ilícito civil aquí en juego no se enmarca ni se agota puramente en una falsa denuncia. De modo que la precalificación penal del elemento de temeridad –o incluso el carácter doloso de la querrela– no es imprescindible para que exista antijuriudicidad civil ni imputabilidad, la cual se evalúa en el ámbito y con los parámetros del derecho civil.

En este punto es importante traer a colación lo estatuido por el art. 295 del Cód. Proc. Pen, ya que en él se dice: *“Responsabilidad. El querellante contraerá responsabilidad personal cuando falsee los hechos o litigue con temeridad”*. Esta norma sólo puede hacer referencia en principio, a la responsabilidad procesal de la causa penal dado el cuerpo normativo en el que está insertada. Es decir, a la determinación de las responsabilidades de las cargas y erogaciones que se pro-

ducen en el marco de un litigio penal. Y es por ello que debe ser leído en correspondencia con el art. 268 del Cód. Proc. Penal que dice: *“Víctima y Querellante Adhesivo. Cuando el querellante adhesivo haya participado en el procedimiento por medio de una acusación falsa o temeraria, el tribunal podrá imponerle total o parcialmente las costas. La víctima que denunció el hecho soportará sus propios gastos, salvo que los deba soportar el condenado.”* Vista la cuestión desde otra perspectiva, no puramente procesal, el artículo precitado solo puede aludir a la responsabilidad penal cuando habla de circunstancias dolosas; y sólo cuando habla de temeridad se refiere, sí, a cuestiones no penales, pero ellas han de ser estudiadas y calificadas por la jurisdicción naturalmente competente para ello, que es la civil. En efecto, en el Cód. Penal el delito de denuncia falsa, o incluso el de calumnia, requiere del dolo para ser típico, ergo, al juez penal le estaría vedado –per se– la calificación culposa. En otros términos, la norma procesal penal se limita a preceptuar que el querellante contrae responsabilidad personal cuando falsee los hechos o litigue con temeridad, pero de ninguna manera determina –y dicha determinación debe ser expresa– que la calificación de la falsedad o temeridad debe inexorablemente ser realizada en sede penal, ni introduce una cuestión prejudicial en relación al eventual demanda civil donde se pretenda el resarcimiento de los daños padecidos por el querellado como consecuencia de la promoción de dicha querrela. Por lo demás, cuando el juez penal no proceda a calificar la querrela en la sentencia, ora por no haberse solicitado dicha calificación, ora por haberla omitido, no existe obstáculo alguno que impida al juez civil examinar el factor subjetivo de atribución de responsabilidad en la conducta que querellante pues –en tales casos– no existiría posibilidad de resoluciones contradictorias en ambos fueros que constituye la *ratio* de la norma y que es lo que en última instancia se pretende evitar. Ahora veamos como incluso la doctrina argentina termina abandonando la tesis que aquí debatimos: *“...La doctrina ha hesitado acerca de la necesidad o no de una sentencia penal de «precalificación»; vale decir sobre la necesidad, para la procedencia de la acción civil, de la previa condena penal, por el delito de denuncia calumniosa. La tesis clásica era la favorable a esta precalificación. La doctrina actual, en cambio, se inclina por dejarla de lado. Se observa que, por esa vía, se estaría creando una nueva «cuestión prejudicial» (Kemelmajer de Carlucci). Adherimos a este criterio. Si existe la condena penal, el juez civil debe acatar esa decisión. Empero, si no media condena penal, por no haberse iniciado la acción, nada*

obsta a la condena civil. Y la absolución del juez penal, por inexistencia de dolo, no impide la condena civil con base en la imputación culposa. En otras palabras, se aplican los principios generales acerca de las relaciones entre la acción civil y la penal.” (Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecasas, *Código Civil Comentado – Responsabilidad Civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, p.194); “...*La interpretación bajo análisis no puede obtener predicamento en virtud de que una mirada objetiva del art. 1090 no encuentra la exigencia de la calificación previa en sede penal. Además, el criterio resulta incompatible con el principio contenido en el art. 1097 Cód. Civ. En efecto, el codificador aplicó en este artículo el principio que había sentado en el art. 874, prescribiendo en forma expresa que la acción civil no se juzgará renunciada por no haber el ofendido intentado la acción criminal o haberla desistido. La exigencia de la calificación previa como indispensable para accionar por responsabilidad civil del acusador o denunciante calumnioso, en cambio, presume indirectamente del hecho omisivo –no haber solicitado el acusado la calificación en sede penal- la renuncia de la acción civil. En definitiva, termina creando una cuestión de prejudicialidad penal, ampliando la enumeración taxativa del Cód. Civ. art. 1104...*” (Parellada, Carlos Alberto, *Responsabilidad emergente de la denuncia calumniosa o negligente*, J.A.1979-III-691). También la jurisprudencia, últimamente, se inclina decididamente en este sentido: “*Exceptuando aquellos casos en que la prejudicialidad de la sentencia penal sea impeditiva (arts. 1102 y 1103, Código Civil), el juez civil puede apreciar la «intención» dolosa en la figura del art. 1090 del Código Civil («acusación calumniosa»); y, a fortiori, tendrá amplias facultades para hacerlo cuando se está frente al cuasidelito de «acusación culposa» (art. 1109 del mismo código- contactado con el art. 1090) que no se corresponde con delito criminal alguno (de donde no puede haber prejudicialidad)*”. (ED, 99-376; LL 1992-C-518); “...*En lo personal participo del criterio amplio –contra lo sostenido por Salvat (‘Hechos Ilícitos’, t. IV, núm 2771 y Cammarota (‘Responsabilidad extracontractual’, t. I, p.220, núm. 171) y, más recientemente por Trigo Represas (‘Derecho de las Obligaciones’, 2ª Ed., t. IV, p. 297)- en el sentido de que no se requiere la previa declaración, en sede penal, de que la acusación fue calumniosa. El art. 1090 del Cód. Civil, no exige tal declaración del juez del crimen e introducirla por vía interpretativa constituiría crear un supuesto o cuestión prejudicial no contemplada por esa norma. Por lo demás, una interpretación semejante contrariaría el principio del art. 1097 del mismo código según el cual*

la acción civil no se juzga renunciada por no haber los ofendidos intentado la acción criminal o por haber desistido de ella. Finalmente, huelga agregarlo, no hay cuestión prejudicial a los términos del art. 1101 y sigtes., pues la acción civil no depende de los hechos investigados en razón de la denuncia sino de la acusación calumniosa, como tal...”. (CNCiv, Sala A, setiembre 4-1985- G., G. A c. D. F., O., E.D. 116-258); “Debe destacarse la diferencia entre acusación calumniosa y acusación precipitada e imprudente, ya que cuando una acusación no reúne los requisitos explicitadas en su totalidad, o existiendo sólo alguno de ellos puede dar lugar a responsabilidad civil cuando la denuncia ha sido formulada con negligencia o falta de información acerca de los hechos o del autor, encuadrándose la primera entre los delitos de derecho criminal y la segunda entre los cuasidelitos en materia civil, siendo la calificación del carácter de la acusación una cuestión de hecho, librado a la apreciación de los jueces, quienes no necesitarán que se resuelva como cuestión prejudicial la acción penal de denuncia calumniosa o falsa denuncia, atento a que los tribunales civiles están habilitados para apreciar la intención del acusado aún cuando no haya pronunciamiento en sede penal”. (JA-1984-I-484); “Una cosa es demandar el resarcimiento basándose en una acusación calumniosa y otro diferente basándose en la negligencia, descuido o desidia del acusador: allá habrá un delito, aquí un cuasidelito, pero en ambos casos es innecesaria la calificación previa en la jurisdicción criminal”. (JA-1984-I-484); “Las relaciones entre la acción civil y la penal en caso de denuncia falsa o acusación calumniosa deben regirse por los principios generales de los arts. 1101, 1102 y 1103 del Cód. Civil. En el ámbito civil, la falsedad de la acusación puede ser dolosa o simplemente culposa, según haya sido la intencionalidad atribuible al denunciante. Si se ha actuado con dolo, será de aplicación el art. 1090 del Cód. Civil; si la conducta es culpable, el art. 1109 del Cód. Civil. En ambos casos culpa y dolo deberá ser probado por quien pretende el resarcimiento, porque sólo si hay ilícito nacerá la responsabilidad por daños. Pero, en ambos supuestos, el juez civil puede valorar y pronunciarse sobre la conducta imputada, salvo los casos de prejudicialidad cuando haya proceso penal pendiente.”. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nación de Córdoba, 27/10/1992, Falco, Livi J. c. Maidana, Edmundo E. y otro, LLC 1993, 653); “En el capítulo referido a los «delitos contra las personas», el Cód. Civil contempla especialmente el caso que, en principio, encuadraría en los hechos que motivan la demanda de autos: la responsabilidad por acusación

calumniosa (art. 1090). Es prácticamente unánime la doctrina y jurisprudencia que entiende que el supuesto no requiere la previa condena en sede penal por este delito. Ello así porque se trata de un delito civil (art. 1072, Cód. Civil); es decir, la acción ilícita por la cual una persona a sabiendas e intencionalmente perjudica los derechos de otra, a diferencia del delito penal que sólo es la definida por la ley (nota de Vélez Sarsfield al art. 1072). Entender lo contrario implicaría crear un supuesto de prejudicialidad distinto a los previstos por el art. 1104 del Cód. Civil [...] Hasta tal punto es así que no siempre la legislación penal argentina contempló el tipo penal. La ley 17.567 incorporó como art. 276 bis del Cód. Penal el delito de denuncia o querrela calumniosa; la ley 20.509 lo dejó sin efecto, lo reimplantó la ley 21.338, y luego fue nuevamente fue derogado por la ley 23.077, no existiendo actualmente en el código represivo. La figura que más se le asemeja es la del art. 245, que tipifica la falsa denuncia, que no es exactamente lo mismo, y tampoco puede asimilarse el art. 1090 del Cód. Civil al delito de calumnias (art. 109), dado que éste se configura aun cuando no se haya formulado denuncia formal ante la autoridad pública, y la norma civil habla de la reparación de todo lo gastado en la defensa.” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 26/08/2004, Camadini, Julio C. c. Visca, Federico y otra, LLBA 2004, 1140); “...De lo que se colige, sin hesitación, que el ilícito civil de calumnia o acusación calumniosa admite la forma culposa. Además, éste no necesita de una denuncia penal previa (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala A, 4/9/85, ED 116-258), como otrora se entendía, pues por esta vía se estaría creando una nueva cuestión prejudicial que no tiene amparo legal (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala D, 10/10/91, ll 1992-C-518). Si existe condena penal, el juez civil debe acatar la decisión; pero de no haberse iniciado tal acción, el juez civil es libre de resolver al respecto e, incluso, de haber absolución penal por inexistencia de dolo, no obstante podría existir condena civil por haberse actuado con culpa, ya que es sabido que el delito penal de calumnias no admite la forma culposa, no obstante lo cual todos los ilícitos civiles la admiten salvo que la ley disponga expresamente lo contrario...” (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).

Aclarado el asunto de la supuesta exigencia de calificación previa en el fuero criminal, debemos retomar el tema atinente factor subjetivo de atribución. Y, en este sentido debemos decir que en casos como el presente que involu-

cra el ejercicio de una facultad, la de denunciar o querellar, no existe una posición jurisprudencial unívoca al 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 de la procedencia de la indemnización de los daños –posición suscrita por el inferior– 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. 6ª 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 otro, 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 culposa»*. (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), Caratula: 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), Caratula: 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 mera omisión de las diligencias correspondiente 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 querrela. A ello nos abocaremos de inmediato.

Analicemos, a la luz de estos aportes, la normativa vigente en la época de la querrela, 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 querellar, 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 la intención con la que se hace y aún la simple temeridad de ella. Aún mas, si tomáramos el supuesto 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 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. 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 promoción de una querrela.

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. Tratándose de afirmaciones de hechos capaces de lesionar el honor, que se hacen a través de querellas, la negligencia y la imprudencia suelen aparecer bajo la forma de la temeridad. La cuestión está así en establecer si en la querrela promovida por la firma Grandes Tiendas La Riojana S.A. contra el Sr. Ricardo Recalde 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 querrela 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.

Del expediente “Ricardo Recalde y Darío Matiauda s/ apropiación, estafa y lesión de confianza”, obrante por piezas separadas, surge que el proceso se inició por querrela promovida por la firma Grandes Tiendas La Riojana S.A. contra los Sres. Ricardo Recalde y Darío Matiauda (fs.39/47); el Juzgado Penal del Garantías de Cuarto Turno por proveído del 28 de junio de 2000 (fs.48), de la querrela adhesiva promovida corrió traslado al Ministerio Público; que luego la Fiscala de la Unidad N° 5 requirió, después de las averiguaciones preliminares, la des-

estimación de la querrela, conforme a los arts. 301 inc. 1 y 305 del Cód. Proc. Penal. Por A.I. N° 179 del 16 de marzo de 2001 (fs. 55) y su aclaratoria, A.I. N° 969 del 04 de septiembre de 2002 (fs.66), el Juzgado resolvió “Desestimar la denuncia presentada por el Sr. Alberto Daniel Cabral, representante convencional de la firma Grandes Tiendas ‘La Riojana’, en contra de Ricardo Recalde Y Dario Matiauda, por la supuesta comisión del hecho punible de Apropiación, Estafa y Lesión De Confianza...”. Del examen de las piezas del expediente penal se advierte que dichos autos, a pesar de que aparentemente se encuentran bien foliados, se hallan incompletos, ya que a fs. 71 se presentó el Sr. Ricardo Recalde a notificarse personalmente de la providencia “cúmplase”, lo que supone que existe una resolución que fue objeto de impugnación y revisión por parte del órgano superior, circunstancias que, sin embargo, no se desprenden de las constancias del expediente penal. Además, el Sr. Recalde se notifica de dicho proveído que obraría “a fs. 71” del expediente penal, lo cual sería imposible puesto que el escrito por el cual se notifica de dicha resolución se encuentra glosado a fs.71. Sin embargo, y a pesar de todo esto, de los autos principales se desprende que el A.I. N° 179 del 16 de marzo de 2001 fue recurrido (fs. 80/85, autos principales) y que incluso la causa penal llegó hasta la Corte Suprema de Justicia por interposición del recurso extraordinario de casación contra el A.I. N° 357 del 13 de noviembre de 2003 y su aclaratoria A.I. N° 19 del 13 de febrero de 2004, dictadas por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, conforme se desprende del Ac. y Sent. N° 134 del 19 de julio de 2004, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (fs. 121/123, autos principales). El recurso extraordinario de casación fue rechazado por inadmisibile.

Recordemos que uno de los hechos punibles atribuidos por la firma La Riojana S.A. al Sr. Ricardo Recalde con la promoción de la querrela es el delito de estafa, previsto en el art. 187 del Cód. Penal: “*1º El que con la intención de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial indebido, y mediante declaración falsa sobre un hecho, produjera en otro un error que le indujera a disponer de todo o parte de su patrimonio o el de un tercero a quien represente, y con ello causara un perjuicio patrimonial para sí mismo o para éste, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa...*”. Quizás sea reiterativo y esté por demás decir, por constituir una obviedad, que la referencia efectuada al hecho punible de estafa no es al efecto de la investigación de la configuración –o no- de la conducta imputada al actor a través de la

querella como hecho punible tipificado y sancionado por la ley penal, sino que reconoce como única finalidad la de contrastar o confrontar la conducta de la firma Grandes Tiendas La Riojana S.A. en la promoción de la querella para establecer la existencia de temeridad en su proceder. En otros términos, para determinar si el accionar de la firma La Riojana S.A., en base a los elementos con que contaba y las circunstancias que rodearon al caso, denota o no la existencia de culpa grave en la promoción de la querella criminal.

En otro orden de cosas, es menester destacar que para evaluar la existencia de temeridad o culpa grave en la conducta de la firma La Riojana, no puede perderse de vista que el art. 421 del Cód. Civil preceptúa que la omisión de la diligencia debe apreciarse en función a las circunstancias de personas, tiempo y lugar. En este orden de ideas, conviene precisar que no puede exigirse a la firma La Riojana S.A. una diligencia mayor a la exigida normal o comúnmente a las personas en general para la promoción de una querella criminal. Y ello es así porque no existe criterio normativo o fáctico en el caso de marras que imponga un deber de diligencia más intensa que la exigida a la generalidad de las personas que intenten querellas criminales, esto es, no se mide este actuar con un criterio de atención a la profesionalidad u otra cualidad del agente, porque dicha profesionalidad o calidad no está dada en el mismo. Además, porque la imputación de un delito a una persona determinada a través de una querella criminal se realiza –al menos en principio y ordinariamente– a los efectos de esclarecer los hechos que la motivan y, eventualmente, obtener una condena. En el caso, advertimos que la firma La Riojana S.A. ante la desestimación de la querella dispuesta en primera instancia, impugnó dicha decisión, transitando tanto por segunda instancia, como por la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia a través del recurso extraordinario de casación, a fin de lograr la investigación de los delitos atribuidos al actor. Por otra parte y en el mismo sentido, debemos decir que ordinariamente cuando se presentan hechos que sean susceptibles de afectar determinados bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico estima dignos de protección y que podrían ser considerados penalmente perseguibles, las personas, profanas en cuestiones jurídicas, antes de asumir una posición como la de querellante en un proceso penal buscan asesoramiento profesional a fin enmarcar jurídicamente la conducta objeto de reproche y sopesar las probabilidades de éxito de su pretensión en base a las circunstancias y elementos con los que se cuenta a disposición. A dicho motivo obedece el patro-

cinio obligatorio de abogado para promover querellas –requisito no exigido para incoar denuncias–, previsto en el art. 73 concordante con el art. 291 inc. 1 del Cód. Proc. Penal; y para el caso de personas jurídicas, como La Riojana S.A., la exigencia de actuar a través de representante convencional conforme lo previenen los arts. 70 y 71 el Cód. Proc. Penal concordante con el art. 87 *in fine* del Cód. Org. Judicial. Esta exigencia fue cumplida por la demandada como se desprende de las constancias del expediente penal, específicamente la Esc. Pública N°22 del 23 de junio de 2000, pasada ante la Esc. Pública Justina Maribel Esteche Bareiro (fs.10/14).

Volviendo al examen de las constancias del expediente penal, y en lo atinente al delito de estafa atribuido al actor, la firma Grandes Tiendas La Riojana S.A. había manifestado que mantenía una línea de crédito a favor de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social hasta que los querellados –entre los que se encontraba el actor, en carácter de Presidente– asumieron la dirección y se sostuvo que habrían comenzado las acciones delictivas contra la firma (fs. 02); afirmó también que los querellados utilizaron muy elaboradas argucias y declaraciones falsas sobre su condición patrimonial han motivado que La Riojana S.A. disponga de sus mercarías por sumas superiores a los G. 768.000.000 a favor de los mismos y a través de la Asociación (fs. 02). En el escrito de querrela relata la firma La Riojana S.A. que hasta el mes de abril de 1999 mantenía una línea de crédito a favor de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, con algunos inconvenientes de pago que luego se regularizaban, pero desde la asunción de los “actuales” miembros de la comisión directiva no se ha abonado suma alguna a los efectos de cubrir el monto adeudado, y que muy por el contrario, con numerosas argucias han cometido una estafa cuyo monto supera los G. 768.000.000 (fs. 40). Luego refiere la querellante que a principios del mes de noviembre de 1999, los querellados invocando la representación de la Asociación, en total conocimiento de su situación económica de iliquidez y con argucias tramadas dolosamente por los querellados sobre sus posibilidades de pago hicieron que La Riojana S.A. les concediera una nueva línea de crédito y que ésta fue aprovechada por los querellados para cometer la estafa por más de G. 460.000.000, pues sostiene que en tan sólo 70 días libraron órdenes de compra por dicha suma millonaria contra la firma La Riojana S.A. en total conocimiento de su imposibilidad de pago y en claro perjuicio para el patrimonio de la empresa, a quien habían firmado paga-

rés por la suma de G. 308.000.000 como supuesta garantía de cumplimiento, circunstancia que –según la querellante– resalta la acción dolosa de los querellados al firmar dichos documentos estando en conocimiento de su situación económica y revela la maquinación para con ellos convencer a la firma La Riojana S.A. a disponer de su patrimonio (fs. 40/41 y 45). Termina la querellante realizando un resumen, manifestando que los querellados utilizando muy elaboradas argucias y declaraciones falsas sobre las garantías para acceder al crédito de la firma La Riojana S.A., en pleno conocimiento de la situación patrimonial de la Asociación, han motivado que la firma La Riojana disponga de sus mercaderías por sumas superiores a los G. 768.000.000 a favor de los mismos y a través de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, causando graves perjuicios económicos a la empresa (fs. 44).

En síntesis, la acción penal se basó en que los querellados, utilizando elaboradas argucias y declaraciones falsas sobre su condición patrimonial, en conocimiento de su situación económica de iliquidez y de imposibilidad de pago, indujeron a La Riojana S.A. al otorgamiento de una nueva línea de crédito y la consiguiente disposición de sus mercaderías en cumplimiento de dicho contrato, obteniendo un beneficio patrimonial para sí mismos y para la Asociación. En otros términos, los querellados habrían aparentado una solvencia que verdaderamente no existía, es decir, con la utilización de declaraciones falsas sobre su condición patrimonial habrían provocado que la firma La Riojana S.A. suponga una falsa solvencia de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, lo que habría motivado que la firma La Riojana S.A. otorgara una nueva línea de crédito.

El delito de estafa, evidentemente, puede producirse aprovechando la realización de un contrato. La cuestión principal en estos casos, encarada desde la órbita del derecho penal y el problema de la tipicidad de la conducta, radica en diferenciar el hecho punible de estafa del mero incumplimiento contractual. De las constancias del expediente penal se desprende que la firma La Riojana S.A. y la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social habrían suscrito un contrato en virtud del cual la firma La Riojana S.A. otorgaba una línea de crédito a favor de la Asociación. En ejecución de dicho negocio la Asociación libraba órdenes de compra de mercaderías a favor de sus asociados y contra la Riojana S.A., por las cuales los asociados se obligaban a satisfacer el importe consignado en la respectiva orden de crédito autorizando

el descuento de sus haberes a tal fin y la Asociación se constituía en garante hasta el límite o tope máximo establecido en el contrato. Dicha circunstancia, a pesar de que no contamos con el contrato, se desprende del instrumento de ejecución del negocio –orden de crédito– entre la firma La Riojana S.A. y la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social obrante a fs.09. Se advierte que estamos ante un contrato de crédito complejo en cuya esencia se encuentra la dilación de la relación en el tiempo, más o menos prolongada, que es lo que posibilita la ejecución del mismo. Como toda relación contractual está gobernada por el principio de buena fe (art. 715 del Cód. Civil), pero dada la naturaleza de la operación comercial concertada entre la firma La Riojana S.A. y la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social supone una relación de lealtad y confianza de más intensa y potencialmente de mayor riesgo para el patrimonio del proveedor del crédito, por lo que deviene razonable que el deudor se exprese asertivamente en relación con ciertas circunstancias, máxime cuando aquéllas no sean fácilmente verificables por la parte contraria. Estas pautas deben ser sopesadas en el análisis de la conducta global de la firma La Riojana S.A. en la promoción de la querrela.

Recordemos que la firma La Riojana S.A. había manifestado que hasta el mes de abril de 1999 mantenía una línea de crédito a favor de la Asociación, con algunos inconvenientes en el pago que ulteriormente se regularizaban. El 07 de octubre de 1999 (fs. 15), el Sr. Ricardo Recalde, en carácter de Presidente de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, remitió una nota al abogado de la firma La Riojana S.A. comunicándole que la comisión directiva de la Asociación por unanimidad habría resuelto plantear una propuesta de refinanciación de la deuda que asciende a G. 422.544.227 en doce cuotas corridas a partir del mes de noviembre de 1999. Por medio de dicha nota la nueva comisión directiva “...se compromete a cumplir estrictamente con los compromisos contraídos con tan prestigiosa casa comercial, de tal forma a seguir brindando un buen servicio a los asociados...” (sic). Es importante aquí destacar, sumado al hecho de la solicitud de financiación de la deuda por parte de la Asociación tal como surge de la nota aludida, que la Esc. Pública N°06 del 18 de agosto de 1999 (fs. 32/36), por la cual se procedió a la transcripción del acta de sesión ordinaria de la comisión directiva de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social de fecha 13 de agosto de 1999, da cuenta, entre otros, de la existencia de varias deudas impagas de la Asociación

con distintos acreedores (fs. 34), lo que hace suponer que ya en aquel tiempo la Asociación venía arrastrando una situación patrimonial de iliquidez que obstaculizaba el cumplimiento oportuno de los compromisos asumidos con distintos acreedores que se vinculaban crediticiamente con la misma.

Posteriormente, conforme lo manifestado por La Riojana S.A., a principios del mes de noviembre de 1999, los querellados, invocando la representación de la Asociación, hicieron que La Riojana S.A. les concediera una nueva línea de crédito, que aparentemente habría sido aprovechada por los querellados para obtener prestaciones crediticias de parte de La Riojana S.A. por más de G. 460.000.000 y librar en tan sólo 70 días órdenes de compra por dicha suma millonaria contra la firma La Riojana S.A. Es dable deducir que este comportamiento y actuaciones se hicieron en pleno conocimiento de la situación económica de iliquidez de la Asociación, pues no es razonable suponer que los propios directivos de ella desconocieran dicha circunstancia, y por tanto también es lógico asumir que esta conducta omisiva se habría encaminado a crear una falsa y engañosa apariencia con argucias sobre sus posibilidades de pago. Los susodichos directivos habían firmado pagarés por la suma de G. 308.000.000 como supuesta garantía de cumplimiento. No puede tampoco suponerse que desconocían los alcances de la propia solvencia patrimonial, lo que sumado al conocimiento de la situación económica de la Asociación, puede muy bien verse como la utilización o aprovechamiento de una apariencia para convencer a La Riojana S.A. de disponer de su patrimonio en la forma del otorgamiento de créditos.

A fs. 16 del expediente penal se encuentra glosada una nota remitida el 24 de noviembre de 1999 a la firma La Riojana S.A. por el Sr. Ricardo Recalde en carácter de Presidente de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Dicha nota reza lo siguiente: “...*Tengo el honor de dirigirme a Usted, en mi carácter de Presidente de la Asociación de funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, con el objeto de solicitar la reapertura de las órdenes de créditos de la empresa que Ud. Dignamente preside. Teniendo en cuenta que las cuotas atrasadas fueron refinanciadas y pagadas regularmente. Este pedido lo realizo en base a las fechas cercanas de las fiestas de fin de año y es nuestro objetivo satisfacer las necesidades básicas de nuestros asociados...*” (sic). Si bien la Riojana S.A. había expresado en su escrito de querrela que concedió a la Asociación “una nueva línea de crédito” lo que haría suponer que se trata de una operación o contrato distinto al anteriormente

concluido entre las partes, de la nota del 24 de noviembre de 1999 (fs.16) se desprende que el Sr. Ricardo Recalde, en nombre de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, solicitó “la reapertura de las órdenes de crédito” lo que da a entender que hace referencia al mismo contrato y que dicha relación se encontraba suspendida –no extinta o terminada- debido a la mora de la Asociación en el cumplimiento de las cuotas debidas en virtud del contrato suscrito con La Riojana S.A., por lo menos es lo que se surge de la nota obrante a fs. 16. De la aludida nota surge también que, aparentemente, el pedido de refinanciación de la deuda tuvo por parte de La Riojana S.A. acogida favorable. A fs. 37/38 se encuentra agregado un “resumen de embargos contra la A.F.M.S.P y B.S.” que revela la existencia de importantes deudas impagas de la Asociación con distintos acreedores, ya reclamadas judicialmente a dicha fecha.

Entonces podemos concluir que, una vez refinanciada la deuda de la Asociación que ascendía a Gs.422.544.227, el Sr. Ricardo Recalde en carácter de Presidente de la Asociación, solicitó a La Riojana S.A. la “reapertura de las órdenes de crédito” en pleno conocimiento de la imposibilidad o cuando menos sería dificultad de la Asociación de honrar sus obligaciones, al menos oportunamente, y a pesar de ello se comprometió a cumplir “estrictamente” con los compromisos asumidos con la misma. Por lo demás, los pagarés aludidos por La Riojana S.A. y que fueran utilizados por los querellados como supuesta garantía de cumplimiento y argucia para convencer con los mismos “para disponer de su patrimonio” se encuentran agregados a fs. 05/08. Esta situación no ha podido ser materia de prueba en sede penal, debido al rechazo liminar de la querella, y no se pudo comprobar si las testificales ofrecidas en el escrito de querella de distintas personas que habrían estado presentes en reuniones “en las cuales los querellados han tramado las argucias para perpetrar la estafa contra la empresa...” eran o no dignas de credibilidad, pues tampoco fueron diligenciadas en la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público.

Las autoridades de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, cuya presidencia era ejercida por el actor en la presente demanda y querellado en la causa penal obrante por cuerda separada, no podían, obviamente, alegar desconocer la situación patrimonial de iliquidez que venía arrastrando la Asociación. A pesar de ello y ya refinanciada la deuda contraída con La Riojana S.A., solicitaron la reanudación de la relación mante-

nida con La Riojana S.A. manifestando el compromiso de cumplir estrictamente las obligaciones que pesaban sobre la misma a sabiendas de que la Asociación no las podía afrontar. La naturaleza dilatada en el tiempo de la relación jurídica que involucraba a la firma la Riojana S.A. y a la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar social impone, como expusimos *supra*, una obligación recíproca adicional de *fides*, que obliga a ambas partes a revelar las eventualidades propias y personales que pudieran alterar o incidir en la pacífica continuidad de la relación entre las partes, y por ende, a que el deudor se exprese asertivamente sobre circunstancias que le afectan, sobre todo las que no sean fácilmente verificables para el acreedor, como en el caso, la solvencia de la Asociación para encarar y cumplir con los obligaciones que importan la conclusión y desarrollo del negocio. El desconocimiento de la situación patrimonial de la Asociación no puede, así, atribuirse a un negligente obrar del acreedor, pues en este caso La Riojana S.A. no tenía obligación de hacer una investigación más allá de la primera apariencia, y conforme con las constancias del expediente tampoco tenía posibilidad de conocerla acabadamente.

La causa penal culminó con la desestimación de la querrela porque el juez entendió que era notorio que los hechos descritos por La Riojana S.A. en su escrito de querrela no constituían hechos punibles. Dicha resolución se encuentra firme. Sin embargo y si bien resultó que los hechos no tuvieron entidad suficiente para constituir hechos punibles no puede predicarse que la firma La Riojana incurrió por dicho motivo en un comportamiento temerario o aventurado en la promoción de la querrela, que es lo que interesa a los fines del resarcimiento de los daños en sede civil. En cambio, en base a lo expuesto *supra* y a las constancias del expediente penal, se desprende que la firma La Riojana S.A. no obró de manera irracional, sin razón o fundamento alguno, ni que ello lleve a demostrar culpa grave o temeridad en su conducta. De modo que al hallarse ausente el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es, la temeridad y, en consecuencia, como vimos *supra*, también la antijuricidad 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 sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Ortiz Pierpaoli, 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: 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. Anótese, regístrese, y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María Mercedes Buonghermini P., Neri Villalba Fernández y Fremiort Ortiz Pierpaoli.

Ante mí: Abog. Pablo Costantini. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO Nº 184

RECURSOS. Admisibilidad.

Los recursos no constituyen el medio idóneo para obtener la nulidad de actuaciones procesales, salvo de que se haya producido violación de forma y solemnidades previstas por la ley, pero en el caso de autos no se observan las circunstancias mencionadas, por lo que correspondía era plantear incidente de nulidad y al no hacerlo, implica aceptación y consentimiento de tales actuaciones procesales que además ya se hallaban firmes, lo cual nos lleva a la conclusión de que la resolución recurrida se halla ajustada a derecho.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 08-04-10. “Elba Valdez c/ Augusto César Passow Denis y otros s/ Usucapión” (A. I. Nº 184).

Asunción, 8 de abril de 2010.

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos, a fs. 75 de autos, por el representante convencional de la parte actora, abogado Antonio Rafael Zaldívar, contra el A.I. Nº 641 de fecha 13 de mayo de 2008, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, que resolvió: I. Dar por decaído el derecho que tenía la parte actora para contestar la excepción planteada, en razón de la intimación presentada en estos autos, de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. II. Llamar a autos

para resolver la excepción deducida. III. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia, y,

CONSIDERANDO:

Recurso de nulidad: El representante convencional de la parte actora Abog. Antonio Rafael Zaldívar fundamenta este recurso a fs. 79/81 de autos, manifestando: "...Que, con VV.EE. podrán apreciar con las constancias de autos, los recursos fueron interpuestos en tiempo y forma oportuna conforme presentación realizada en fecha 29 de mayo de 2008, obrantes a fs. 75 de autos, los cuales fueron proveídos en forma favorable por el Juzgado en fecha 16 de junio de 2008 fs. 77, de autos y esta Excm. Cámara de Apelación por providencia de fecha 20 de octubre de 2008 dicto la providencia de "autos", de cual la parte que represento se da por notificada al retirar el expediente de la Secretaria de la Cámara en fecha 6 de febrero de 2009, conforme constancia del libro de Secretaria".

Sigue manifestando entre otras cosas: "...Que, en el expediente no existe ningún tipo de irregularidad en la foliatura del mismo ni existe denuncia de sustracción de fojas u otro tipo de irregularidad aparte de las que paso a mencionar y que fehacientemente se pueden constar por hallarse en el expediente: a) A fojas 62 al 65 de autos obra el escrito presentado por la parte demandada el cual expresa, "Deducir excepción de falta de acción como cuestión de previo y especial pronunciamiento" (sic) y conforme VV.EE. podrán apreciar con las constancias de autos en todo el expediente el Juzgado ha proveído todos los escritos al dorso de las presentaciones y a fojas 65 vuelto no existe ninguna providencia a la presentación realizada, no existe la supuesta providencia de traslado de la excepción ni en fojas posteriores".

Culmina su presentación solicitando al Tribunal dictar resolución anulando la resolución requerida por su notoria improcedencia.

El demandado Sr. Augusto César Passow, en el escrito de fs. 83/84 presentado por derecho propio y bajo patrocinio de la Abog. Carina N. Puyol contesta el traslado de la fundamentación del apelante, en el que refuta las afirmaciones del mismo y finaliza solicitando al Tribunal la confirmación de la resolución recurrida.

Corresponde al Tribunal el análisis de los autos, los fundamentos expuestos por las partes litigantes para determinar si la resolución, en alzada, se ajusta o no a derecho.

Iniciamos dicha tarea remitiéndonos al Artículo 404 del C.P.C. que dispone:

“...El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”.

Consta en estos autos, que la parte demandada a fs. 62/65 planteó excepción de falta de acción como cuestión de previo y de especial pronunciamiento y el recurrente, la parte actora se dio por notificado y contestó el traslado, el 28 de agosto de 2007, de acuerdo al informe de la actuario de fs. 71 de autos datos suministrados mediante el sistema informático Judisoft del Poder Judicial, en razón de la desaparición del expediente de las fojas correspondiente a la notificación y contestación de la excepción planteada.

La resolución recurrida, se dictó conforme a los elementos mencionados, dada las circunstancias referidas, y el recurrente basamento la nulidad peticionada en irregularidades procesales, atacando de nulidad las actuaciones obrantes en el juicio, los actos y diligencias procesales, en las que se basa la resolución, que dispone el decaimiento del derecho que tenía para contestar la excepción.

Al respecto podemos señalar que los recursos no constituyen el medio idóneo para obtener la nulidad de actuaciones procesales, salvo de que se haya producido violación de forma y solemnidades previstas por la ley, pero en el caso de autos no se observan las circunstancias mencionadas, por lo que correspondía era plantear incidente de nulidad y el no hacerlo, implica aceptación y consentimiento de tales actuaciones procesales que además ya se hallaban firmes, lo cual nos lleva a la conclusión de que la resolución recurrida se halla ajustada a derecho.

Finalmente, como no se observan vicios de forma o solemnidades en la resolución recurrida que motiven la nulidad, corresponde desestimar con costas este recurso.

Recurso de apelación: El recurrente, Abog. Antonio Rafael Zaldívar, a fs 79/81 desiste de este recurso por considerar que existen suficientes motivos para la procedencia del recurso de nulidad por lo que corresponde tenerlo por desistido del recurso de apelación.

En cuanto a las costas, conforme a lo dispuesto por los Arts. 192 y 203 del C.P.C., corresponde imponerlas a la parte apelante perdidosa.

Conforme a las constancias de autos, a las consideraciones que anteceden y a las disposiciones legales citadas, llegamos a las conclusiones expuestas precedentemente.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Cuarta Sala,

RESUELVE: Rechazar el recurso de nulidad interpuesto por el representante convencional de la parte actora, Abogado Antonio Rafael Zaldívar conforme a lo expuesto en el exordio de esta resolución. Tener por desistido al recurrente del recurso de apelación. Imponer las costas a la parte apelante perdedora. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebeio Melgarejo Coronel, Raul Gómez Frutos y Basilio Garcia Ayala

Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 217

Cuestión debatida: A fin de resolver sobre el recurso de apelación interpuesto, corresponde analizar la forma en que se realizó el préstamo, la participación de la deudora que es tercera constituyente y la garantía hipotecaria ofrecida por ésta en garantía del pago del préstamo otorgado por el Banco actor al demandado, que es deudor principal.

MEDIDA CAUTELAR. Caducidad de la medida cautelar. HIPOTECA. Ejecución de la hipoteca.

Los embargos ejecutivos no son medidas cautelares y por lo tanto no caducan según el plazo previsto en el art. 701 del C.P.C.

HIPOTECA. Ejecución de la hipoteca. Acreedor hipotecario.

De la escritura pública se desprende que el préstamo fue otorgado por el Banco actor al demandado (deudor principal); que la otra demandada concurrió al acto y se constituyó en garante solidaria del pago de la obligación contraída por el deudor principal, facultando así al acreedor a demandar la totalidad de la deuda a cualquiera de los deudores; la garantía hipotecaria ofrecida por la demandada al Banco actor en garantía del pago del préstamo realizado por el deudor principal, la convierte en tercera constituyente y no le obliga como deudora directa o subsidiaria.

INCIDENTE. Incidente de nulidad. HIPOTECA. Ejecución de la hipoteca.

En este caso, no puede afirmarse que se han violado las normas del procedimiento perjudicando a la incidentista recurrente, o que se ha provocado su

indefensión porque el Banco podía elegir en demandarla conjuntamente con el deudor principal o no y como codeudora solidaria, y en su carácter de tercera constituyente no tenía porque ser demandada con el deudor principal, ni intimada de pago, ni citada de remate conforme a las reglas establecidas para la ejecución hipotecaria. Al no ser la recurrente la deudora de la suma reclamada, su intervención como tercera constituyente debe verificarse en la forma establecida en el Art. 506 del C.P.C., es decir, luego de la intimación para que pague la deuda o haga abandono del bien hipotecado, intimación que no puede ser decretada sino después de haberse dictada la sentencia de remate por lo cual se rechaza in limine los incidentes de nulidad de actuaciones procesales y de caducidad de las medidas cautelares interpuestas por la codeudora solidaria.

MEDIDA CAUTELAR. Caducidad de la medida cautelar. HIPOTECA. Ejecución de la hipoteca.

Los embargos decretados se tratan de embargos ejecutivos no susceptibles de caducidad, pues no puede haber levantamiento del mismo hasta que no se realice la ejecución o sea rechazada la misma; razonamiento que consideramos estrictamente ajustado a derecho.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 16-04-10. “BNT c/ Luis A. Sarquis Cuquejo y otra s/ Ejecución Hipotecaria” (A. I. N° 217).

Asunción, 16 de Abril de 2010.

VISTO: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos a fs. 250 vlto., por el representante convencional de la parte demandada, abogado Vasco Danilo Benítez V., contra el A.I. N° 1.729 de fecha 18 de octubre del 2007, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, que resolvió: “1. Rechazar in limine los incidentes de nulidad de actuaciones procesales y de caducidad de las medidas cautelares interpuestos por el abogado Vasco Danilo Benítez Viveros apoderado de la Sra. Blanca Berta Cuquejo de Sarquis por ser manifiestamente improcedente. 2. Anotar, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.”, y

CONSIDERANDO:

Recurso de nulidad - Opinión del magistrado Basilio García Ayala: El Abogado Vasco Danilo Benitez V., representante convencional de la señora Blanca Berta Cuquejo De Sarquis, en su escrito de fs. 286/297, desiste expresamente de

este recurso y como no se observan vicios en el procedimiento que motiven su tratamiento de oficio, corresponde tenerlo por desistido.

Opiniones de los magistrados Gómez Frutos y Dr. Riera Hunter: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Miembro Basilio García Ayala, por compartir sus mismos fundamentos.

Recurso de apelación - Opinión del magistrado Basilio García Ayala: Contra el citado interlocutorio, se alza el recurrente y fundamenta la apelación en su escrito de fs. 286/297, ya mencionado, en el que bajo el numeral 1, manifiesta: "...1. Que, en cuanto al recurso de apelación interpuesto por mi parte contra el A.I. N° 1.729 de fecha 18 de octubre de 2007, dictado por el entonces Juez de la presente causa Alberto Martínez Simón, evidentemente dicho Juzgador ha incurrido en palpables errores de juzgamiento, al rechazar "in limine", el incidente de nulidad de actuaciones y la caducidad de medidas cautelares deducidos por mi parte en fecha 17 de setiembre de 2007 (fs. 234 al 244), cuando a todas luces correspondía hacer lugar a la petición formulada por mi parte, según se demostrará, haciendo un análisis y crítica razonada de la resolución recurrida".

"...2. Que, en primer lugar, llama poderosamente la atención, la celeridad con la que obró el Juez A-quo, para rechazar sin sustanciación alguna (in limine), el incidente formulado por mi parte, siendo que la petición formulada y objeto del presente recurso, se halla estrictamente amparada en la ley...".

Más adelante agrega: "...4. Que, la precitada resolución objeto del presente recurso, para fundar el rechazo al incidente de nulidad de actuaciones se basó en las siguientes consideraciones:

"...Que mi representada, Sra. Blanca Berta Cuquejo Vda. de Sarquis, ha intervenido en el contrato de mutuo que motiva el presente juicio solamente como garante hipotecaria de la obligación contraída por el deudor. Menciona que "la Cláusula 1° (fs. 7 vlto.) que establece: "... Primera: el Banco Nacional de Trabajadores, en adelante, el banco, concede al señor Luis Alberto Sarquis Cuquejo, en adelante el deudor, un préstamo comercial por la suma de (Gs. 250.000.000) (sic. fs. 248 in fine, in limine vlto.). También dicha resolución hace una transcripción de la Cláusula Segunda de la Escritura de Préstamo Hipotecario".

A continuación afirma que el Certificado de Deuda que motiva el presente juicio sólo fue librado contra Luis Sarquis y Nilsa Monzón.

Mi representada es tercera poseedora del inmueble hipotecado, a pesar de que en la Escritura Hipotecaria se consignó que ella comparecía como codeudo-

ra, ya que del texto del acto jurídico surge que el préstamo fue concedido sólo al Sr. Luis Alberto Sarquis.

Los embargos ejecutivos no son medidas cautelares y por lo tanto no caducan según el plazo previsto en el art. 701 del C.P.C.”.

A continuación expresa: “...5. Que, habiendo sido enumeradas, las causales esgrimidas por el Inferior para el rechazo “de plano” del incidente de nulidad de actuaciones y caducidad de medidas cautelares formulado por mi parte, analicemos ahora los errores de juicio del Inferior en el dictamien to de la resolución de marras”.

“...6. Que, el instrumento que motiva el presente juicio ejecutivo es el Certificado de Deuda obrante a fs. 20 de éstas compulsas, donde se certifica el estado de deuda de los demandados Luis Alberto Sarquis y Sra. Justamente dicho instrumento es tenido en cuenta por el Inferior para determinar que mi parte no es deudora, sino tercera constituyente de la hipoteca, ya que su nombre no fue incluido en dicho certificado. Pero, lo que olvido el A-quo es que dicho “Certificado de Deuda” es elaborado unilateral y discrecionalmente por la parte actora, por lo que evidentemente el demandante puede elaborar y confeccionar dicho certificado de deuda como se le antoje. Por ello, la inclusión o exclusión de mi representada en dicho “certificado de deuda” es totalmente intrascendente para determinar la calidad con la que compareció la misma a la constitución del préstamo hipotecario”.

“...7. Que, a pesar de no existir “certificados de deuda”, garantizados con hipoteca, el Juzgado inferior otorgó trámite al presente juicio de ejecución hipotecaria, iniciado contra los Sres. Luis Alberto Sarquis y Nilsa Inés Monzón de Sarquis, para la ejecución de la garantía hipotecaria otorgada sobre los inmuebles individualizados en el escrito obrante a fs. 21/22 de éstas compulsas, donde la parte actora se refiere a mi cliente como tercera poseedora”.

“...9. Como podrá observar V.E., en la Escritura de referencia que obra en estos autos, comparecen por una de las partes los representantes legales del B.N.T. y por la otra parte los deudores, 1º) Luis Alberto Sarquis Cuquejo, acompañado de su esposa, Nilsa Inés Monzón de Sarquis, quien concurre al acto solo para dar su consentimiento (no es deudora), y en 2º lugar la señora Blanca Berta Cuquejo de Sarquis, también acompañada de su esposo, Manuel Antonio Sarquis, quien concurre asimismo sólo para prestar su consentimiento. Más abajo puede leerse textualmente (ver fs. 7 in fine, 7 vlto, in limine de estas compulsas)

que: "... El señor Luis Alberto Sarquis Cuquejo y la señora Blanca Berta Cuquejo de Sarquis, comparecen por sus propios derechos, en sus condiciones de deudor y codeudora solidaria respectivamente...". Dichos deudores otorgan en Garantía Hipotecaria los inmuebles individualizados con las Fincas N° 1.326, 23.475 y 23.514 del Distrito de Encarnación. El primer inmueble se halla inscripto a favor de mi instituyente, bajo el N° 8, Folio 46 y sgtes. de fecha 3 de julio de 1995, siendo los dos últimos inmuebles de exclusiva propiedad de la señora Blanca Berta Cuquejo de Sarquis, según consta en autos".

"...10. Que, evidentemente, según los términos expresos insertos en la constitución de la garantía hipotecaria, mi representada es codeudora solidaria de la deuda que surge en virtud del préstamo de referencia y en consecuencia bajo ningún punto de vista puede ser considerada "tercera constituyente" y menos aun parte en el presente juicio. Veamos por qué".

"...Que, la parte actora, Banco Nacional de los Trabajadores, inicia el presente juicio solo contra Luis Alberto Sarquis Cuquejo y contra Nilse Inés Monzón de Sarquis, no así contra mi parte".

En otra parte de su escrito sostiene: "...14. Como sabemos, la obligación es solidaria cuando todos los deudores están, en virtud del título, a pagar la misma prestación, de modo que cada uno puede ser constreñido al cumplimiento de la totalidad del objeto de ella (art. 508 C.C.). En el caso que nos ocupa, el título constitutivo expresamente otorga a mi representada calidad de deudora solidaria".

"...15. Como ya se dijo anteriormente, la parte actora hizo uso de la opción de ejecutar sólo a uno de los deudores solidarios, ya que demanda únicamente a Luis Sarquis y Sra. por la totalidad de la deuda, a pesar de que también pretende inútilmente la ejecución de mis inmuebles, como tercera constituyente, pero soslayando el contrato formulado por las partes, que precisamente en ninguna parte habla de que mi mandante sea tercera constituyente, sino solo la menciona como codeudora solidaria. Esto es categórico".

Más adelante agrega: "...19. Si bien es cierto, que el préstamo de dinero fue otorgado a favor del Sr. Luis Alberto Sarquis Cuquejo, no es menos cierto que la fallida entidad bancaria ejecutante para otorgar dicho préstamo a favor del Sr. Luis Sarquis puso como requisito indispensable que mi representada se obligue solidariamente por dicho préstamo. El hecho de que el beneficiario del préstamo sea una persona determinada, bajo ningún punto de vista obsta a que otra

persona —en este caso no beneficiaria del préstamo—, eventualmente asuma solidariamente la obligación de pagar, bajo ningún punto de vista a otra persona —en este caso no beneficiaria del préstamo—, eventualmente asuma solidariamente la obligación de pagar, erigiéndose prácticamente en una fiadora de la deuda principal (art. 1.471 C.C.)”.

Luego agrega: “...22. Que, si efectivamente la parte actora pretendía la ejecución de los inmuebles de propiedad de mi mandante por medio del presente juicio, al menos debió ampliar la demanda antes de su formal notificación. También el Juzgado, si pretendía llevar adelante la ejecución sobre los inmuebles de mi mandante, pudo o debió ordenar se subsanen los defectos de la demanda (art. 216 C.P.C.), solicitando la inclusión de mi representada y su fallecido cónyuge, o en su defecto, disponer la acumulación subjetiva prevista en el art. 101 del C.P.C., lo cual nunca sucedió”.

Sigue formulando otras consideraciones y concluye en los siguientes términos: “...En síntesis, a todas luces corresponde hacer lugar al incidente de nulidad de actuaciones y caducidad de las medidas cautelares formulado por mi parte, en razón a que no se puede pretender en estos autos, que mi representada sea ejecutada por una obligación por la cual no fue accionada, dado que la entidad actora, haciendo uso de su derecho de elección, reclamo la totalidad de la deuda al codeudor solidario, Luis Alberto Sarquis Cuquejo y su cónyuge Nilsa Inés Monzon de Sarquis. Siendo así, no queda otra salida más que la exclusión de mi representada del presente juicio así como de los inmuebles de su propiedad, con expresa imposición de costas a la parte actora. En su defecto, si el Tribunal cree que mi representada debe ser parte del juicio, corresponde ordenar la integración de la litis con mi mandante, de conformidad al art. 101 del C.P.C., declarando nulas las actuaciones llevadas a cabo irregularmente, retro trayendo el proceso a la etapa de oposición de excepciones al progreso de la presente ejecución hipotecaria, de conformidad a lo dispuesto en el art. 504 del C.P.C. Asimismo, corresponde, en la improbable hipótesis de que no se excluya a mi parte ni a sus bienes del presente juicio, otorgar la caducidad de las medidas cautelares, por haber transcurrido el plazo respectivo sin que fueran reinscriptas”. Culmina solicitando al Tribunal, revoque, con costas, la resolución recurrida.

El representante convencional de la parte actora, abogado Carlos Alberto Zilbervarg, contesta el traslado de la fundamentación del apelante en el escrito

de fs. 299/300, en el que sostiene: “Que vengo a notificarme de la providencia de fecha 19 de agosto de 2008 que no me fuera notificada por cédula y en legal tiempo y forma contesto el traslado conferido por la citada providencia ”.

Más adelante agrega: “...Que mi contraparte, dedujo un incidente de nulidad a fs. 234/244 sosteniendo que la Sra. Blanca Berta Cuquejo de Sarquis era deudora del Banco y no Tercera Poseedora o garante con sus bienes inmuebles de la deuda contraída por el Sr. Luis Alberto Sarquis Cuquejo”.

“...Que se basó para ello en la escritura hipotecaria obrante a fs. 7 en donde en el renglón 24 y 25 aparecen los Srs. Luis Alberto Sarquis Cuquejo Y Blanca Berta Cuquejo De Sarquis como deudores, pero olvidando que de todo el resto del contenido de la escritura figura como deudor solamente el Sr. Luis Alberto Sarquis Cuquejo y para ello cito el renglón 7 de fs. 8 en donde consta como beneficiario solamente Luis Alberto Sarquis Cuquejo, renglones 11 a 14 de fs. 8 vlto. donde aparece nuevamente como deudor solamente el Sr. Luis Alberto Sarquis Cuquejo; renglón 11 de fs. 9; renglón 23 de fs. 11, renglón 22 de fs. 11 vlto. y así en todo el resto de la escritura se refiere a un solo deudor”.

“...Que asimismo en el certificado de deuda obrante a fs. 20 nuevamente aparece como deudor el Sr. Luis Alberto Sarquis Cuquejo”.

“...Que en estas condiciones el juez Alberto Martínez, por A.I. N° 1.729 de fecha 18 de octubre de 2007, obrante a fs. 249/250 de estas compulsas, rechazó in límine dicho incidente”.

Luego agrega: “...Que es más que evidente que a pesar del error contenido a fs. 7, del contexto general del mutuo hipotecario, resulta que el único deudor, es el Sr. Luis Alberto Sarquis Cuquejo y que la Sra. Blanca Berta Cuquejo de Sarquis es solamente una garante o tercera poseedora de los inmuebles hipotecados”.

“...Que de ello resulta que el Banco no hizo ninguna opción en demandar a un deudor y al otro no, como lo sostiene el apelante, el Banco actuó como marca la ley, le demandó solamente al deudor y cuando obtuvo sentencia firme, le intimó a la tercera poseedora a que pague la deuda o haga abandono del inmueble como lo determina el art. 2384 y subsiguiente del Código Civil”.

Formula otras consideraciones relativas a la improcedencia de la caducidad del embargo ejecutivo solicitado y concluye solicitando al Tribunal dicte resolución confirmando con costas el auto interlocutorio recurrido.

Ante las posiciones asumidas por las partes litigantes, corresponde a este Tribunal el análisis del caso en estudio para determinar si el Auto Interlocutorio

recurrido que rechazó in limine el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la señora Blanca Berta Cuquejo de Sarquis, se ajusta o no a derecho.

Analizadas las constancias del expediente vemos que a fs. 234/246, la señora Blanca Berta Cuquejo Vda. de Sarquis, en fecha 12 de octubre de 2.007, plantea incidente de nulidad de actuaciones y levantamiento de medidas cautelares. La recurrente sostiene que no es tercera poseedora de los inmuebles objeto de la presente ejecución hipotecaria, por lo que la citación en dicha calidad deviene nula e improcedente, puesto que es codeudora solidaria, según textualmente lo dispone la escritura hipotecaria objeto de la presente ejecución, que transcrita en la parte pertinente, dice: *“El señor Luis Alberto Sarquis Cuquejo y la señora Blanca Berta Cuquejo de Sarquis, comparecen por sus propios derechos, en sus condiciones de deudor y codeudora solidaria, respectivamente”*. Asimismo, sostiene que en el resto de la escritura hipotecaria sólo aparece como deudor el Sr. Luis Alberto Sarquis Cuquejo.

Por A.I. N° 1.729 de fecha 18 de octubre de 2.007, fs. 249/250, el Juez de grado inferior rechazó in limine el incidente planteado por la recurrente y sostuvo que del texto de toda la escritura hipotecaria y atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del contexto general, es evidente que la señora Blanca Bertha Cuquejo de Sarquis ha intervenido en el contrato de mutuo hipotecario celebrado entre el demandado Luis Alberto Sarquis Cuquejo y el Banco Nacional de Trabajadores, solamente como garante hipotecaria de la obligación contraída por el deudor. En consecuencia, al no ser deudora de la obligación reclamada judicialmente por el Banco actor, la misma no tenía por qué haber sido incluida como demandada, por lo que el incidente planteado es manifiestamente improcedente.

Asimismo, rechazó el levantamiento de embargo solicitado por la incidentista alegando que, como se trata de embargo ejecutivo, el pedido de caducidad debe ser rechazado.

Comenzamos el estudio del tema, remitiéndonos al Art. 508 del Código Civil que dispone: *“...La obligación es solidaria cuando todos los deudores están, en virtud del título, obligados a pagar la misma prestación, de modo que cada uno puede ser constreñido al cumplimiento de la totalidad del objeto de ella, y el cumplimiento de parte de cada uno libera a los otros; o bien cuando entre varios acreedores cada uno tiene derecho a exigir el cumplimiento de la prestación entera y el cumplimiento obtenido por uno de ellos libera al deudor frente a todos los acreedores”*.

Asimismo, el Art. 510 del mismo Código establece: “La solidaridad no se presume. Debe estar expresa en la ley, y para los actos jurídicos, resultar de términos inequívocos”.

El presente juicio es una ejecución de un préstamo con garantía hipotecaria, que procede cuando el título ejecutivo está garantizado con hipoteca como el caso de autos, en el cual el préstamo y la garantía se instrumentaron en la Escritura Pública N° 92 de fecha 4 de setiembre de 1996, pasada ante la escribana pública Gladys Esquivel de Cocco, que en su parte pertinente dice que Luis Alberto Sarquis Cuquejo y Blanca Berta Cuquejo Vda. de Sarquis, comparecen por sus propios derechos en sus condiciones de deudor y codeudora solidaria, respectivamente, asimismo menciona como único beneficiario del préstamo al señor Luis Alberto Sarquis Cuquejo y grava el inmueble de propiedad de la señora Blanca Berta Cuquejo de Sarquis en garantía del préstamo otorgado a Luis Alberto Sarquis Cuquejo.

A este respecto el Art. 2.356 del C.C. dispone: “...Por el derecho real de hipoteca se grava un inmueble determinado, que continúa en poder del constituyente, en garantía de un crédito cierto en dinero. Cuando un tercero lo hiciera en seguridad de una deuda ajena, no por ello se obligará personalmente como deudor directo o subsidiario”.

A su vez el Art. 2.384 del mismo cuerpo legal establece: “...Cuando el inmueble hipotecado estuviere en todo o en parte en poder de terceros constituyentes o adquirentes, debe el acreedor, antes de pedir a éstos el pago de la deuda, intimar judicialmente al deudor, con los intereses exigibles. Si éste no pagare en el acto, podrá el acreedor exigir a los terceros poseedores el pago de la deuda, o el abandono del inmueble hipotecado”.

En el caso de autos, se gravaron determinados inmuebles por el derecho real de hipoteca en garantía de un crédito cierto en dinero, garantía que puede ser constituida por el deudor principal que ha contraído la obligación o por un tercero que la otorga en garantía y seguridad de la deuda ajena (tercero constituyente), como ocurre en autos; quien por ello reiteramos no se obliga personalmente y en caso de ejecución una vez dictada la sentencia de remate se observaran las reglas establecidas en el artículo precedentemente transcrito.

Examinados los autos, constatamos que en fecha 22 de agosto de 2007, fs. 229, el representante convencional del Banco accionante, abogado Carlos Alberto Zilberbag, solicitó de conformidad con lo dispuesto por los Arts. 506 del C.P.C.

y 2384 del C.C. se intime al tercer poseedor a que en el plazo de cinco días pague la deuda o haga abandono de los bienes hipotecados en autos. Por proveído de fecha 27 de agosto de 2007, el Juzgado imprimió el trámite correspondiente a dicho pedido y de conformidad a los artículos precedentemente mencionados intimó a dicho efecto a la señora Blanca Berta Cuquejo de Sarquis.

A fin de resolver sobre el recurso de apelación interpuesto, corresponde analizar la forma en que se realizó el préstamo, la participación de Blanca Berta Cuquejo Vda. de Sarquis y la garantía hipotecaria ofrecida por ésta en garantía del pago del préstamo otorgado por el B.N.T. a Luis Alberto Sarquis Cuquejo. De la escritura pública citada, se desprende que el préstamo fue otorgado por el Banco actor a Luis Alberto Sarquis Cuquejo (deudor principal); que Blanca Berta Cuquejo Vda. de Sarquis concurrió al acto y se constituyó en garante solidaria del pago de la obligación contraída por el deudor principal, facultando así al acreedor a demandar la totalidad de la deuda a cualquiera de los deudores; y, por último, que la garantía hipotecaria ofrecida por Blanca Berta Cuquejo Vda. de Sarquis al Banco Nacional de Trabajadores en garantía del pago del préstamo realizado por el deudor principal, lo cual la convierte en tercera constituyente y no le obliga como deudora directa o subsidiaria.

En estas condiciones y del examen de esos antecedentes y lo establecido en el artículo 2384 del Código Civil, y habiendo quedado previamente establecida la existencia del crédito, por medio de la sentencia de remate; y asimismo habiéndose determinado la calidad de tercera constituyente de la señora Blanca Berta Cuquejo de Sarquis, corresponde, como lo hizo el representante del Banco actor, intimar a la persona que aparece como tercera constituyente de la hipoteca, con el objeto de que pague la deuda o haga abandono del inmueble. En el caso del tercer constituyente de hipoteca, éste solo puede ser intimado al pago o al abandono del inmueble una vez firme la sentencia de remate, de lo que se sigue que no corresponde, antes, dar intervención al tercero constituyente de la hipoteca, debiendo por ello desestimarse el recurso planteado.

En este caso, no puede afirmarse que se han violado las normas del procedimiento perjudicando a la incidentista recurrente, o que se ha provocado su indefensión porque el Banco podía elegir en demandarla conjuntamente con el deudor principal o no y como codeudora solidaria, y en su carácter de tercera constituyente no tenía porque ser demandada con el deudor principal, ni intimada de pago, ni citada de remate conforme a las reglas establecidas para la

ejecución hipotecaria. A no ser la recurrente la deudora de la suma reclamada, su intervención como tercera constituyente debe verificarse en la forma establecida en el Art. 506 del C.P.C., es decir, luego de la intimación para que pague la deuda o haga abandono del bien hipotecado, intimación que no puede ser decretada sino después de haberse dictada la sentencia de remate. En estas condiciones los argumentos de la recurrente no tienen fundamento, debiendo en consecuencia confirmarse el auto interlocutorio recurrido.

En cuanto al rechazo del pedido de caducidad de las medidas cautelares solicitadas, como bien lo sostuvo el A-quo los embargos decretados se tratan de embargos ejecutivos no susceptibles de caducidad, pues no puede haber levantamiento del mismo hasta que no se realice la ejecución o sea rechazada la misma; razonamiento que consideramos estrictamente ajustado a derecho.

Las constancias de autos, las consideraciones que anteceden y las disposiciones legales citadas, nos llevan a la conclusión de que el auto interlocutorio recurrido se encuentra ajustado a derecho y en consecuencia debe ser confirmado por este Tribunal.

En cuanto a las costas procesales, de conformidad a los arts. 194 y 203 del C.P.C., corresponde imponerlas en ambas instancias a la parte vencida, por el hecho objetivo de la derrota.

Opinión del magistrado, Raúl Gómez Frutos: Manifiesta que se adhiere a la opinión que antecede por los mismos fundamentos.

Opinión del magistrado, Dr. Riera Hunter: De las constancias de los autos se desprende que los comparecientes, además de los representantes de la institución bancaria, son los Sres. Luis A. Sarquis y Sra. Nilsa de Sarquis, por una parte, y la Sra. Blanca Cuquejo de Sarquis y el Sr. Manuel A. Sarquis. Se consigna, asimismo, que el deudor es el Sr. Luis A. Sarquis y la codeudora es la Sra. Blanca Cuquejo de Sarquis. Sin embargo, en la cláusula primera de la escritura de fs. 6 se aclara que el deudor único y beneficiario del mutuo es el Sr. Luis A. Sarquis, y los constituyentes de la hipoteca son el mismo Sr. Luis A. Sarquis y la Sra. Blanca Cuquejo de Sarquis. Posteriormente, se promovió la demanda ejecutiva contra Luis A. Sarquis y Nilsa de Sarquis que, previos a los trámites pertinentes, se llevo adelante por haberse desestimado la excepción de inhabilidad de título. La sentencia de Primera Instancia fue recurrida, pero los recursos fueron declarados desiertos por la Alzada. Posteriormente, a fs. 224 la parte hoy incidentista promovió incidente de nulidad en el entendimiento de que se

ha violado su derecho de defensa por cuanto que, a pesar de ser deudora, no ha sido demandada en estos autos. Sin embargo, tal se desprende de la relación efectuada precedentemente, la misma incidentista, Blanca Cuquejo de Sarquis, no es deudora de la parte ejecutante, sino constituyente de la hipoteca, razón por la cual no tenía por qué tener intervención en autos como tal, sino conforme lo dispuesto en el artículo 506 del CPC, tal como efectivamente ocurrió, siendo, por ende, la pretensión incidental promovida no admisible en Derecho.

RESUELVE: Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad. Confirmar, con costas, el A.I. N° 1.729 de fecha 18 de octubre del 2007, dictado por el Juez de Primera Instancia Civil y Comercial del Noveno Turno. Anotar, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos y Marcos Riera Hunter

Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 237

Cuestión debatida: Este Tribunal debe dilucidar la inapelabilidad o no de los recursos interpuestos contra el interlocutorio que ordeno la apertura de la causa a prueba que debe ser notificada por cedula conforme a lo dispuesto en el art. 133 inc. b del CPC.

RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja.

Para la procedencia de la queja deben considerarse tres requisitos: 1) que la queja sea planteada dentro del plazo previsto en la ley procesal; 2) que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible; y 3) que los recursos contra la misma sean impuestos en tiempo y forma.

RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja.

Si bien en virtud del art. 151 del Cód. Proc. Civ., es inapelable toda providencia que ordenase diligencia de prueba dentro del periodo respectivo; sin embargo, el primer apartado de la parte dispositiva da por decaído el derecho del quejoso para contestar la demanda. Esta decisión es apelable al causar un gravamen irreparable acogiéndose a lo previsto por el art. 395 del Cód. Proc. Civ.

RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja. PRUEBA.

Al haberse interpuesto los recursos de apelación y nulidad contra la providencia que deniega los recursos contra el interlocutorio que da por decaído el derecho de la parte demandada y ordena la apertura de la causa de pruebas por todo el término de ley en tiempo y forma, la concesión de los mismos es procedente y en consecuencia corresponde hacer lugar al recurso de queja por recursos denegados planteado por el demandado, debiendo ser concedidos los recursos en relación y con efecto suspensivo de conformidad al Art. 395 del Código Procesal Civil.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 26-04-10. “Queja por recursos denegados interpuesto por Ursino Torres López en Grupo Bimbo S.A: de C.V. c/ Ursino Torres s/ Nulidad del Registro N° 276.403 de la marca “Mariela –Clase 30” (A. I. N° 237)

Asunción, 26 de abril de 2010.

VISTO: El recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el señor Ursino Torres López en el expediente: “Grupo Bimbo S.A. de C.V. c/ Ursino Torres s/ nulidad del registro N° 276.403 de la marca “Mariela-clase 30”, y;

CONSIDERANDO: Que el recurrente ocurre en queja por apelación denegada contra la providencia de la fecha 19 de julio de 2006, dictada por el Juez inferior por el cual deniega los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el recurrente.

Este Tribunal como medida de mejor resolver pidió al inferior se traiga a la vista los autos principales. Examinados los autos, se advierte que la providencia de fecha 19 de julio de 2006 deniega los recursos interpuestos contra el A.I. N° 418 de fecha 19 de abril de 2006, que resuelve: 1) Dar por decaído el derecho de la parte demanda Sr. Ursino Torres López para contestar el traslado de la demanda. 2) Considerarse competente este Juzgado para entender en la presente litis y habiendo hechos que deben ser probados ordenase la apertura de la causa de pruebas por todo el término de Ley. 3) Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia (sic.).

Para la procedencia de la queja deben considerarse tres requisitos: 1) que la queja sea planteada dentro del plazo previsto en la ley procesal; 2) que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible; y 3) que los recursos contra la misma sean impuestos en tiempo y forma.

En primer lugar cabe analizar la temporaneidad o no de la interposición del

recurso de queja por apelación denegada. Del estudio de autos, se puede notar que en fecha 19 de junio de 2006, el inferior por providencia denegó los recursos de Apelación y Nulidad interpuesto por el quejoso. Dicha decisión quedó notificada el día jueves 20 del mismo mes y año, a partir de esa fecha el recurrente tenía 5 días para interponer el recurso respectivo, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 410 de Código Procesal Civil. Dicho plazo venció el viernes 28 de julio de 2006, y el recurrente presentó su escrito de queja por apelación denegada en fecha 24 de julio de 2006, por lo cual se presentó en el plazo de ley.

El A.I. 418 de fecha 19 de julio de 2006 en el segundo punto, ordena la apertura de la causa a prueba. Por lo tanto debe ser notificado por cedula conforme a lo dispuesto por el Art. 133 inc. b). del Código Procesal Civil. Siendo así, el recurrente presentó su escrito de interposición de sus recursos en tiempo y forma. Por último este Tribunal debe dilucidar la inapelabilidad o no de los recursos interpuestos contra el referido interlocutorio. En esa tarea, se debe considerar que si bien en virtud del art. 151 del Cód. Proc. Civ., es inapelable toda providencia que ordenase diligencia de prueba dentro del periodo respectivo; sin embargo, el primer apartado de la parte dispositiva da por decaído el derecho del quejoso para contestar la demanda. Esta decisión es apelable al causar un gravamen irreparable acogiéndose a lo previsto por el art. 395 del Cód. Proc. Civ.

Por consiguiente, al haberse interpuesto los recursos de apelación y nulidad contra la providencia de fecha 19 de julio de 2006 en tiempo y forma, la concesión de los mismos es procedente y en consecuencia corresponde hacer lugar al recurso de queja por recursos denegados planteado por el demandado, debiendo ser concedidos los recursos en relación y con efecto suspensivo de conformidad al Art. 395 del Código Procesal Civil.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Cuarta Sala,
RESUELVE:Hacer lugar al recurso de queja por recursos denegados interpuesto por el señor Ursino Torres López en el expediente: Grupo Bimbo S.A. de C.V. c/ Ursino Torres s/ nulidad del registro N° 276.403 de la marca “Mariela-Clase 30”, de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución. Autos. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala.

Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 242

Cuestión debatida: Entrando al estudio de la presente regulación, tenemos que el apelante, cuestiona la resolución recurrida por no contar con los fundamentos que llevaron al Juez inferior a justipreciar los honorarios del Abogado, principalmente cuestiona el monto base ya que se ha incluido en la avaluación final de la sucesión como bien relicto un bien propio del cónyuge supérstite, un vehículo cuya estimación asciende a Gs. 12.000.000, debiendo descontarse esta suma del monto que debe tomarse como base para el correcto justiprecio de los honorarios del peticionante. Asimismo, se agravia en cuanto al porcentaje, en este caso el 12% para el patrocinante y el 6% para el procurador; que el A-quo ha tomado como base de la presente regulación, debiendo haber aplicado según su criterio el 5% y 50% para justipreciarlos en ambos caracteres.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios. SUCESIÓN.

Al monto aprobado de la avaluación fiscal, y atendiendo a la complejidad, extensión y calidad jurídica desplegada por el abogado y considerando que el citado profesional ha actuado en las dos primeras etapas del juicio de las tres previstas en el Art. 27 de la ley arancelaria, creemos razonable aplicar el 12% para el patrocinante conforme al Art. 32 de la Ley 1.376/88, más el 50% para el procurador conforme lo establece el Art. 25 de la ley arancelaria, obteniéndose así el monto de guaraníes ocho millones setecientos quince mil cuatrocientos doce (Gs. 8.715.412), y así tenemos el monto que corresponde al peticionante por los trabajos realizados en Primera Instancia, en el principal. A esta suma debe agregarse el diez por ciento (10%) que corresponde al pago del Impuesto al Valor Agregado, aplicando lo dispuesto por la Acordada N° 337 de fecha 24 de noviembre de 2004 de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 27-04-10. "Regulación de honorarios profesionales del abogado Aníbal Benítez Rivas en el juicio: C. M. de G. s/ sucesión" (A. I. N° 242)

Asunción, 27 de abril de 2010.

VISTO: El recurso de apelación interpuesto, a fs. 8, por el abogado Víctor Luis Benítez Rodríguez en nombre y representación de los señores Alfredo Risso Aguinagalde, Víctor Risso y Ma. Zenit Risso, contra el A.I. N° 716 de fecha 19 de junio de 2009, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, que resolvió: "...Regular los honorarios profesionales del abogado Aníbal Benítez Rivas, por los trabajos realizados en esta instancia, en su doble carácter de Abogado y Procurador, dejándolos fijados en Gs. 9.586.957, nueve millones quinientos ochenta y seis mil novecientos cincuenta y siete. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia", y,

CONSIDERANDO:

Nulidad: Este recurso no fue interpuesto por el recurrente, pero el Juez de la causa lo concedió; sin embargo, este Tribunal puede estudiar la nulidad de oficio, si existiere motivo para ello, conforme a lo que dispone el Art. 405 del C.P.C., pero como no se encuentran vicios o errores en el procedimiento que ameriten su estudio, corresponde declararlo desierto.

Apelación: El abogado Víctor Luis Benítez Rodríguez, en nombre y representación de los señores Alfredo Risso Aguinagalde, Víctor Risso y Ma. Zenit Risso, se alza contra el referido interlocutorio y fundamenta la apelación en su escrito de fs. 14/16 de autos, manifestando: "...Que, en fecha 18 de junio del 2009, el Dr. Aníbal Benítez Rivas, antecesor mío en la representación de mis mandantes, presentó un escrito de renuncia de mandato en los autos citados, solicitando sean regulados los honorarios profesionales del mismo, y".

"...Teniendo en consideración que para llegar a la suma aprobada en concepto de avaluación de los bienes relictos denunciados en la Sucesión de la Sra. Ma. Cristina de Giacomi, se incluyó un bien propio de su cónyuge supérstite, el Sr. Alfredo Risso Aguinagalde, la camioneta marca Toyota tipo Hilux Pick Up, modelo LN1061-TRMRS, año 1991, con motor número 31-2624275, chasis número LN106-0054159, cuya tasación fue estimada en 12.000.000 Gs. (doce millones de guaraníes) en virtud del A.I. N° 2.222 del 25 de octubre del 2007, no debiendo el mismo haber sido ni incluido ni aceptado dentro de la tasación de los bienes relictos".

A continuación agrega: "...Habiendo sido acrecentada en la suma de 12.000.000 Gs. (doce millones de guaraníes) el valor de los bienes relictos, por dicha notoria incompetencia del Dr. Benítez Rivas, y siendo posteriormente esa avaluación la base para fijar los honorarios profesionales del mismo, es induda-

ble que este Excelentísimo Tribunal de Apelaciones puede y debe corregir ese error, regulando los mismos sobre el acervo hereditario, como lo prescribe el art. 47 de la ley 1.376/88 “De Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores”, evitando que se pueda producir el escándalo jurídico de transferir dentro de una sucesión bienes no perteneciente a la causante”.

“...Considerando que no solo fueron los honorarios profesionales del Dr. Benítez Rivas fijados en base a una evaluación inflada, sino que el porcentaje establecido, de 6% y 12% en base a la procuración y dirección del caso respectivamente también constituye una notoria desproporción del trabajo realizado, por cuanto que el mismo inició dicho juicio en el año 2005, hace ya cuatro años, siendo su última actuación en el año 2007, teniendo como prueba del mismo que la última actuación procesal fue la aprobación de la evaluación, el 25 de octubre de 2007, ¡no habiendo realizado intervención alguna hasta el 18 de junio del año en curso, casi 2 años!, en el cual renunció al mandato que poseía”.

En otra parte de su escrito, señala: “...Siendo estrictamente objetivos, 2 años para conseguir hasta la aprobación de la evaluación de los bienes relictos dentro de un juicio sucesorio con solo 3 herederos declarados, y no habiendo controversia entre los mismos, revela de manera clara y contundente el desinterés de su abogado para finalizar el mismo”.

Finaliza en estos términos: “...Por todas las razones expuestas precedentemente, consideramos que este Excelentísimo Tribunal debe dejar sin efecto el A.I. N° 716 de fecha 19 de junio del año en curso, admitiendo el recurso de apelación interpuesto en contra del mismo fijando los honorarios profesionales del Dr. Aníbal Benítez Rivas en 5% en concepto de procuración, y 10% en concepto de dirección del caso, sobre el monto de Gs. 36.418.960, el cual ya sería con la resta de los Gs. 12.000.000 inflados de manera artificial al denunciar como bien relicto un bien propio del cónyuge supérstite, teniendo al final la suma de Gs. 5.462.844 (cinco millones cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos cuarenta y cuatro guaraníes) los cuales se debe agregar el IVA, teniendo como honorarios la suma de Gs. 6.009.128 (seis millones nueve mil ciento veintiocho guaraníes).

A fs. 17/18 de autos, el Abog. Aníbal Benítez Rivas, contesta el traslado de la fundamentación del recurrente, en el que refuta cada una de las afirmaciones realizadas por el mismo, solicitando al Tribunal dictar resolución confirmando en todas sus partes el auto de regulación apelado, por ser de estricta justicia

Entrando al estudio de la presente regulación, tenemos que el apelante, cuestiona la resolución recurrida por no contar con los fundamentos que lleva-

ron al Juez inferior a justipreciar los honorarios del Abog. Aníbal Benítez Rivas, principalmente cuestiona el monto base, ya que se ha incluido en la evaluación final de la sucesión como bien relicto un bien propio del cónyuge supérstite, un vehículo cuya estimación asciende a Gs. 12.000.000, debiendo descontarse esta suma del monto que debe tomarse como base para el correcto justiprecio de los honorarios del peticionante. Asimismo, se agravia en cuanto al porcentaje, en este caso el 12% para el patrocinante y el 6% para el procurador, que el A-quo ha tomado como base de la presente regulación, debiendo haber aplicado según su criterio el 5% y 50% para justipreciarlos en ambos caracteres.

El artículo 47 de la Ley N° 1.376/88 “Ley de Honorarios de Abogados y Procuradores”, establece: “...En el juicio sucesorio los honorarios se regularán sobre el acervo o haber hereditario.

“Sobre los bienes gananciales del cónyuge supérstite, se regularán aplicando el cincuenta por ciento del porcentaje establecido en el Art. 32.

“Si el único bien transmisible por sucesión fuera un bien de familia, los honorarios serán reducidos en un veinte por ciento. En este caso la regulación no podrá ser inferior a ochenta jornales”.

Para determinar si los honorarios profesionales del abogado peticionante, fueron correctamente justipreciados en primera instancia, debemos empezar por el monto que el Juzgador ha tomado como base, y así observamos que el Juez de la causa ha dictado el A.I. N° 2.222 de fecha 25 de octubre de 2007 por el cual resuelve aprobar la evaluación de los bienes relictos en la suma de guaraníes cuarenta y ocho millones cuatrocientos diez y ocho mil novecientos sesenta (Gs. 48.418.960).

Para esta Magistratura, el monto aprobado por el auto interlocutorio citado en el párrafo que antecede se ajusta a derecho, ya que no fue objeto de impugnación, por lo que los agravios referente a la inclusión de un bien propio de cónyuge supérstite no tiene asidero legal.

Al monto mencionado, y atendiendo a la complejidad, extensión y calidad jurídica desplegada por el abogado Aníbal Benítez Rivas y considerando que el citado profesional ha actuado en las dos primeras etapas del juicio de las tres previstas en el art. 27 de la ley arancelaria, creemos razonable aplicar el 12% para el patrocinante conforme al Art. 32 de la Ley 1.376/88, más el 50% para el procurador conforme lo establece el Art. 25 de la ley arancelaria, obteniéndose así el monto de guaraníes ocho millones setecientos quince mil cuatrocientos

doce (Gs. 8.715.412), y así tenemos el monto que corresponde al peticionante por los trabajos realizados en Primera Instancia, en el principal. A esta suma debe agregarse el diez por ciento (10%) que corresponde al pago del Impuesto al Valor Agregado, aplicando lo dispuesto por la Acordada N° 337 de fecha 24 de noviembre de 2004 de la Excma. Corte Suprema de Justicia, dándonos la suma total de Gs. 9.586.957.

De lo expuesto precedentemente, llegamos a la conclusión de que los honorarios profesionales del abogado Aníbal Benítez Rivas se encuentran ajustados a derecho, debiendo ser confirmado el Auto Interlocutorio recurrido por ser lógico y justo.

Por las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar el A.I. N° 716 de fecha 19 de junio de 2009, dictado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno; conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Milciades Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala

Ante mí: Letizia Pereira. Actuario Judicial

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 243

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios. DIVORCIO

Al no existir monto alguno en el juicio de divorcio, reiteramos, corresponde aplicar al caso el Art. 44 numeral 1 de la Ley Arancelaria, que fija honorarios en 200 jornales mínimos, resultando del cálculo de la suma de Gs. 10.800.000, como la que correspondería a la recurrente por los trabajos realizados en la Instancia Previa.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Base de cálculo para la regulación de honorarios. Regulación en segunda instancia. DIVORCIO.

En este caso estamos ante una regulación de honorarios por trabajos realizados en Segunda Instancia, y por ello debe aplicarse a su vez el promedio de

la escala establecida en el Art. 33 de la citada ley arancelaria, es decir, el treinta por ciento (30%) de lo que le correspondería en la instancia inferior, y así tenemos el monto asignado en la parte dispositiva de la presente resolución, al que debe agregarse el diez por ciento (10%) que corresponde al pago de Impuesto al Valor Agregado, aplicando lo dispuesto en la Acordada No. 337 de fecha 24 de noviembre de 2.004 de la Excm. Corte Suprema de Justicia.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 27-04-10. “Regulación de honorarios profesionales de la abogada Olga Recalde Peters en el expediente: “D. F. G. c/ L. M. V. G. s/ Divorcio a petición de una sola de las partes” (A. I. N° 243).

Asunción, 27 de abril de 2010.

VISTO: El pedido de regulación de honorarios obrante a fs. 1 de autos formulado por la abogada Olga Recalde Peters; y

CONSIDERANDO: Que, en los términos del escrito mencionado, la nombrada Abogada solicita la Regulación de sus Honorarios Profesionales de los trabajos realizados en esta Instancia en el expediente caratulado: “D.F. G. c/ L. M. V. G. s/ Divorcio a petición de una sola de las partes”, que se halla agregado a estos autos por cuerda separada.

Consta en el mencionado expediente, la labor profesional realizada por la recurrente en esta instancia (fs. 205/209), en carácter de Abogada Patrocinante y Procuradora de la parte actora, obteniendo un resultado favorable a su parte, pues este Tribunal, por Acuerdo y Sentencia N° 167 de fecha 30 de diciembre de 2009 de fs. 212/214, resolvió confirmar en costas, la S.D. N° 500 de fecha 09 de julio de 2008 dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, que fue recurrida por la parte demandada.

Que, analizada la cuestión surge de los autos principales traídos a la vista, que se ha promovido una acción de divorcio a petición de una sola de las partes, careciendo la misma de un monto que pueda tomarse como base para la realizar cálculo correspondiente. En ese sentido, el Art. 44, numeral 1, de la Ley N° 1376/88 “Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores” dispone: “...Los honorarios en los juicios de familia se regularan de conformidad con el Art. 21, sobre la base de la siguiente escala mínima 1. Separación controvertida de cuerpos: 200 jornales.”

En consecuencia, al no existir monto alguno, reiteramos, corresponde aplicar al caso el Art. 44 numeral 1 de la Ley Arancelaria, que fija honorarios en 200

jornales mínimos, resultando del cálculo de la suma de Gs. 10.800.000, como la que correspondería a la recurrente por los trabajos realizados en la Instancia Previa.

Sin embargo, en este caso estamos ante una regulación de honorarios por trabajos realizados en Segunda Instancia, y por ello debe aplicarse a su vez el promedio de la escala establecida en el Art. 33 de la citada ley arancelaria, es decir, el treinta por ciento (30%) de lo que le correspondería en la instancia inferior, y así tenemos el monto asignado en la parte dispositiva de la presente resolución, al que debe agregarse el diez por ciento (10%) que corresponde al pago de Impuesto al Valor Agregado, aplicando lo dispuesto en la Acordada N° 337 de fecha 24 de noviembre de 2004 de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Conforme a las consideraciones que anteceden, a las constancias obrantes en los autos principales, y a las disposiciones de la Ley N° 1.376/88 citadas, llegamos a la conclusión expuesta precedentemente.

Por tanto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Cuarta Sala;

RESUELVE: Regular los honorarios profesionales de la abogada Olga Recalde Petters, por los trabajos realizados en esta Instancia en los autos citados, en su carácter de Abogada Patrocinante y Procuradora de la parte actora, dejándolos establecidos en la suma de Guaraníes Tres Millones Doscientos Cuarenta Mil (Gs. 3.240.000); mas la suma de Guaraníes Trescientos Veinticuatro Mil (Gs. 324.000), en concepto de pago de I.V.A., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Anotar, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Milciades Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala

Ante mí: Letizia Pereira. Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 40

Cuestión debatida: La parte actora reclamada al demandado en este juicio, la suma de guaraníes cien millones (Gs. 100.000.000.) en concepto de indemnización por daño moral a causa de una querrela promovida por el demandado en su contra, la cual fue posteriormente abandonada por el mismo.

QUERRELLA. Responsabilidad en la querrella. Desistimiento y abandono de la querrella. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Al analizar la sentencia recurrida, encuentro que el A-quo para hacer lugar a la demanda se basó en que el demandado, luego de acusar al actor en la jurisdicción penal de la comisión de delitos contra el honor, terminó renunciando o abandonado la acción iniciada lo cual hace que ésta se extinga, Art. 25 C.P.P., y permita presumir una conducta ligera y negligente del querellante que autoriza a calificar la querrella como temeraria y da lugar a la indemnización del daño moral a favor del actor.

QUERRELLA. Responsabilidad en la querrella. Desistimiento y abandono de la querrella.

La acción penal se extingue por la renuncia o abandono de la querrella respecto de los hechos punibles de acción penal privada. En consecuencia, si se ha operado la renuncia al ejercicio de la acción, ésta, al igual que la pretensión primitiva, se ha extinguido y su efecto inmediato es el sobreseimiento por meditar causa extintiva, imponiéndose las costas que haya causado y quedando sujeto a las responsabilidades por sus actos anteriores.

QUERRELLA. Responsabilidad en la querrella. Desistimiento y abandono de la querrella. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral.

Desde el momento que el querellante abandono la acción penal debe entenderse que se encuentra imposibilitado de lograr el objetivo propuesto y demostrar la veracidad de las imputaciones, lo que permite concluir la falsedad de las mismas, las cuales generan, sin lugar a dudas un daño moral en el fuero interno del querrellado.

QUERRELLA. Responsabilidad en la querrella. Desistimiento y abandono de la querrella. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral

Si cualquier acción penal tiene la virtualidad de provocar preocupación o desánimo en el ser humano que teme injustificadamente ser condenado y ver mancillado su buen nombre, es obvio que la misma genera un daño moral en el fuero interno de quien fue querrellado falsamente, el cual no debe ser asimilado a una perturbación síquica o mental, sino al perjuicio que se provoca a la persona como consecuencia del hecho dañoso, perjuicio que se traduce en temores, nervios, molestias sensibles en el estado de ánimo, sentimientos de agravio injusto, impotencia ante el mismo, circunstancias disvaliosas que afectan el espíritu humano, las cuales son recibidas por la doctrina y la jurisprudencia

como daño moral, resarcible en el desánimo en términos económicos pecuniarios.

QUERRELLA. Responsabilidad en la querrella. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral

En cuanto a la prueba del daño moral, los autores son coincidentes y es el criterio aplicado mayoritariamente que cuando el daño moral proviene de ilícitos, como en el caso en estudio, una vez que se haya acreditado el acto antijurídico que lesiona alguno de los derechos personalísimos ya debe tenerse por probado el daño moral y que en este caso incumbe al responsable demostrar que ha existido alguna situación que justifica la exclusión del perjuicio moral.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Daño moral. MAGISTRADO. Facultades del magistrado

Como la fijación del importe del daño moral es de difícil cuantificación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación de la lesión sustraída en bienes extramatrimoniales, a criterio del juzgador. A este respecto el art. 452 de C.C. faculta al Juez a establecer el monto de la indemnización, cuando se hubiese testificado la existencia del perjuicio pero no fuese posible determinar su monto, siempre dentro del concepto de justo y equitativo.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 27-04-10. “José César Báez Samaniego c/ Euclides Acevedo s/ Indemnización de daño moral” (Ac. y Sent. N° 40).

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicando el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Basilio García Ayala, Raúl Gómez Frutos y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel.

A la primera cuestión planteada, el miembro preopinante Basilio García Ayala, dijo: El recurso de nulidad no fue fundamentado por el recurrente en su escrito de expresión de agravios obrante a fs. 84/89. Tampoco se observan vicios o errores de procedimientos que pudieran inducir al Tribunal a declarar la nulidad de oficio: por lo que este recurso debe ser declarado desierto. Es mi voto. Conste.

A sus respectivos turnos los miembros Raúl Gómez Frutos y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, al miembro preopinante Basilio García Ayala, prosiguió diciendo: contra la referida Sentencia se alza el demandado,

abogado Euclides Acevedo, quien expresa agravios en el escrito de fs. 84/89 ya mencionado, “Que la sentencia definitiva dictada en autos no se halla ajustada a derecho pues ha tenido como ciertos hechos y circunstancias que no fueron debidamente probados en este expediente”. Así, refiere dicha resolución que: “el principio que “No existe ningún elemento de convicción que refiera qué menoscabo ha sufrido en sus derechos patrimoniales o extramatrimoniales, no existe constancia de que la querella le haya causado aflicción, dificultad en sus relaciones, que haya tenido menos trabajo, o cualquier otro tipo de lesión a sus derechos. Sencillamente no se halla acreditado ningún daño y consecuentemente tampoco puede, desde el momento en que no se demostró daño alguno, cuantificar ninguna suma de dinero en consecuencia”.

Agrega otras consideraciones por las cuales su parte se agravia contra el fallo recurrido y finaliza en estos términos: “Finalmente solicito a VV.EE que al momento de resolver la cuestión tenga en cuenta que la sentencia definitiva recurrida no se ajusta a derecho y que, consecuentemente, la misma debe ser revocada en todas sus partes, con costas, debiéndose rechazar la demanda promovida por José Cesar Báez Samaniego, por su notoria improcedencia”

A fojas 90/93 de estos autos, el representante convencional de la parte actora, abogado José Eduardo Ríos Cabrera, contesta el traslado de la expresión de agravios presentado por el recurrente, refutando cada una de las afirmaciones realizadas por el mismo, solicitando finalmente al Tribunal dictar resolución, confirmando la sentencia apelada, con costas.

Corresponde a este Tribunal establecer si la Sentencia apelada se encuentra o no ajustada a derecho.

La parte actora reclama al demandado en este juicio la suma de guaraníes cien millones (Gs. 100.000.000.) en concepto de indemnización por daño moral a causa de una querella promovida por el demandado en su contra, la cual fue posteriormente abandonada por el mismo.

Al analizar la sentencia recurrida, encuentro que el A-quo para hacer lugar a la demanda se basó en que el demandado, luego de acusar al actor en la jurisdicción penal de la comisión de delitos contra el honor, terminó renunciando o abandonado la acción iniciada, lo cual hace que ésta se extinga, Art. 25 C.P.P., y permita presumir una conducta ligera y negligente del querellante que autoriza a calificar la querella como temeraria y da lugar a la indemnización del daño moral a favor del actor. La acción penal se extingue por la renuncia o

abandono de la querrela respecto de los hechos punibles de acción penal privada. En consecuencia, si se ha operado la renuncia al ejercicio de la acción, ésta, al igual que la pretensión primitiva, se ha extinguido y su efecto inmediato es el sobreseimiento por meditar causa extintiva, imponiéndose las costas que haya causado y quedando sujeto a las responsabilidades por sus actos anteriores.

Es una verdadera sanción a la inactividad el accionante cuyo alcance es como se ha expresado, el de estimar que ha abandonado la excitación de la jurisdicción. Desde el momento que el querellante abandonó la acción penal debe entenderse que se encuentra imposibilitado de lograr el objetivo propuesto y demostrar la veracidad de las imputaciones, lo que permite concluir la falsedad de las mismas, las cuales generan, sin lugar a dudas, un daño moral en el fuero interno del querellado.

Si cualquier acción penal tiene la virtualidad de provocar preocupación o desánimo en el ser humano que teme injustificadamente ser condenado y ver mancillado su buen nombre, es obvio que la misma genera un daño moral en el fuero interno de quien fue querellado falsamente, el cual no debe ser asimilado a una perturbación síquica o mental, sino al perjuicio que se provoca a la persona como consecuencia del hecho dañoso, perjuicio que se traduce en temores, nervios, molestias sensibles en el estado de ánimo, sentimientos de agravio injusto, impotencia ante el mismo, circunstancias disvaliosas que afectan el espíritu humano, las cuales son recibidas por la doctrina y la jurisprudencia como daño moral, resarcible en el desánimo en términos económicos pecuniarios.

A criterio de este preopinante el abandono de la querrela criminal iniciada por el demandado Euclides Acevedo contra el accionante, constituye un factor de daño moral que debe ser reparado pecuniariamente. En cuanto a la prueba del daño moral, los autores son coincidentes y es el criterio aplicado mayoritariamente que cuando el daño moral proviene de ilícitos, como en el caso en estudio, una vez que se haya acreditado el acto antijurídico que lesiona alguno de los derechos personalísimos ya debe tenerse por probado el daño moral y que en este caso incumbe al responsable demostrar que ha existido alguna situación que justifica la exclusión del perjuicio moral.

En este sentido corresponde mencionar que coincido con el A-quo en la valoración realizada, al considerar que el demandado al promover la querrela y

luego abandonarla con su actuar ligero y negligente, infringió de manera directa e incisiva la reputación tanto personal como profesional del actor, y además lo colocó en un evidente estado de afligencia y padecimientos espirituales por lo que considero producido el daño moral en el actor de esta demanda. En consecuencia, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 1833, 1834, 1835 y demás concordantes del Código Civil, entiendo que los argumentos del Juez inferior para llegar a esta conclusión, son acertados y por ello los comparto.

En cuanto al monto establecido por el Juez en la sentencia recurrida en concepto de daño moral, Guaraníes, Cincuenta Millones (Gs. 50.000.000), para arribar a dicha suma el A-quo tuvo en consideración el daño ocasionado por el actuar ligero y negligente del demandado. En relación a la determinación del monto de la indemnización correspondiente para ello debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material pues no se trata de un daño accesorio a este. Como la fijación del importe del daño moral es de difícil cuantificación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación de la lesión sufrida en bienes extramatrimoniales, a criterio del juzgador. A este respecto el Art. 452 del C.C. faculta al Juez a establecer el monto de la indemnización, cuando se hubiese justificado la existencia del perjuicio pero no fuese posible determinar su monto, siempre dentro del concepto de justo y equitativo. En estas condiciones estimo que el monto indemnizatorio en concepto de daño moral fijado por el A-quo, teniendo en cuenta la aflicción que genera en la persona un hecho como el que se está considerando, sin causa ni razón que la justifique, se encuentra ajustado a derecho.

Conforme a las constancias de autos, comparto el criterio del Juez quien atribuyó la culpa a la parte demandada y, en consecuencia, corresponde que la misma indemnice por el daño causado en la suma fijada.

Que, ante todo lo mencionado anteriormente, las constancias probatorias obrantes en estos autos, disposiciones legales aplicables al caso, llevo a la conclusión que la sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho, por lo que la misma debe ser confirmada, con imposición de las costas a la parte demandada de conformidad a los Arts. 192 y 203, inc. a) del C.P.C. Es mi voto.

A sus respectivos turnos, los miembros Raúl Gómez Frutos y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, manifiestan que se adhieren al voto del Miembro Preopinante, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

RESUELVE: Declarar desierto el recurso de nulidad. Confirmar la S.D. N° 775 de fecha 03 de octubre de 2008, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas a la perdedora. Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir una copia a la Exma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Milciades Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio García Ayala

Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 45

Cuestión debatida: Las cuestiones que debe resolver el Tribunal giran en torno a la calificación del divorcio la imposición de las costas y la regulación de honorarios.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Sevicia, malos tratos e injurias graves.

El Juez sentenciador le da excesiva importancia al acta notarial, presentada por la accionada reconviniente donde las partes se comprometen a no agredirse, ni física ni verbalmente, cuando que lo que interesa en acciones de esta naturaleza es la conducta observada por los esposos en el transcurso del matrimonio, es decir, el día a día de la relación de pareja, en el caso que nos ocupa, se halla acreditado que los agravios, ofensas y peleas denunciadas por ambos cónyuges fueron recíprocas, y no producto de una violación de contrato, por eso resulta un tanto exagerado llevar al campo de los derechos de familia un contrato de carácter puramente civil. (Voto del preopinante en minoría).

DIVORCIO. Causas de divorcio. Sevicia, malos tratos e injurias graves.

No compartimos el criterio de que los actos de agresión o malos tratos deben ser permanentes y no como hechos aislados, porque en este juicio la demandada

reconviniendo utiliza los mismos hechos para probar la culpa exclusiva del esposo, cuando que en la realidad de una relación conyugal, ambos son igualmente responsables de la convivencia armónica.

COSTAS. Costas en el orden causado.

En los casos de culpa concurrente o injurias graves recíprocas, la imposición de las costas debe ser en el orden causado. (Voto del preopinante en minoría).

COSTAS. Costas en el orden causado.

Las costas deben ser consideradas globalmente en el sentido de éxito o fracaso total que las partes hayan obtenido, en el caso de autos y en atención a la reciprocidad de la culpa en las injurias graves que se provocaron ambos esposos, el divorcio es planteado y resuelto en una sola acción, y los profesionales intervinientes, tienen derecho a iguales honorarios por igual trabajo. (Voto del preopinante en minoría).

REGULACIÓN DE HONORARIOS.

La apelante se agravia igualmente en cuanto a la regulación de honorarios establecida por el inferior, en la sentencia en revisión, fijando una regulación doble. Una para el rechazo de la demanda y otra para la admisión de la reconvencción lo que resulta improcedente e injusto. (Voto del preopinante en minoría).

VIOLENCIA FAMILIAR. DIVORCIO. Causas de divorcio. Sevicia, malos tratos e injurias graves.

En los casos de violencia familiar o intradoméstica cuyas características y desarrollo han sido descriptos por la Psicología y son conocidas como "ciclos de la violencia", es una situación que lleva a la víctima a un estado de aislamiento, de degradación de su autoestima y de sentimiento de inexorabilidad de su situación y padecimientos, que le impide ver la salida al problema, por ello es que, las personas que logran salir del círculo de la violencia lo hacen siempre de un modo traumático, ya sea por un acto violento propio, como respuesta última de la autoconservación y la autodefensa, ya sea por un acto o ejercicio final de violencia del maltratador, que para conservar el control sobre su víctima puede llevar a terminar acabando con la vida de esta. (Voto de la mayoría).

DIVORCIO. Causas de divorcio. Sevicia, malos tratos e injurias graves.

La sevicia adquiere, en el ámbito familiar y doméstico, unas connotaciones especiales que implican relaciones asimétricas de poder en cuyo contexto se

puede examinar al actuar de la víctima. Así, la conducta agresiva de la víctima como respuesta a esta situación crítica no puede verse como una verdadera y autónoma agresión, dirigida a provocar daño en la otra persona, sino como una respuesta de autopreservación y de legítima defensa. Se entiende, pues, que en la terminación del vínculo matrimonial en tales circunstancias no se pueda hablar de culpas sobre la persona que ha sido víctima de violencia. (Voto de la mayoría).

VIOLENCIA FAMILIAR.

En el presente caso no existe indicio o prueba de que la violencia sea simétrica, es decir, aquella relación en la cual ambas partes luchan por mantener el control de la situación y recíprocamente en un mismo momento o después, con mayor o igual intensidad, desplieguen entre sí acciones constitutivas de violencia intrafamiliar en virtud del equilibrio de poder que ambas pretenden. (Voto de la mayoría).

VIOLENCIA FAMILIAR.

Diferenciar entre la violencia doméstica por desequilibrio de poder, la violencia doméstica simétrica y la respuesta violenta ante la agresión ilegítima, es muy importante a efectos de determinar la culpabilidad ante estas situaciones de malos tratos e injurias. (Voto de la mayoría).

VIOLENCIA FAMILIAR.

Las leyes 1.215/86 y la 1.638/01, como el Código Penal modificado recientemente, así como las disposiciones contenidas en las leyes N° 1.600/00 y 605/95 –tanto en el orden local como internacional– son aplicables al tipo de comportamiento que han sido descriptos en la reconvencción. Desconocer esto es hacer caso omiso de realidades patentes y tabula rasa de la normativa de rango supralegal que las recoge, como ser las disposiciones de la Convención de Belén do Pará, de erradicación de toda forma de violencia contra las mujeres. (Voto de la mayoría).

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 04-05-10. “R.J. A.V c/ M. del C. P. P. s/ Divorcio a petición de una sola de las partes” (Ac. Sent. N° 45).

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley, dio el siguiente resultado: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio D. García Ayala

A la primera cuestión planteada, el miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, dijo: la recurrente, en su escrito de fs. 125/129, desiste en forma expresa de este recurso, y como no se observa vicios o errores en la sentencia apelada, que pudieran invalidarla como acto jurisdiccional, corresponde tenerla por desistida. Es mi voto conste.

A sus respectivos turnos los miembros Gómez Frutos y García Ayala manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, prosiguió diciendo: La abogada O.M., en representación de la parte actora, se alza contra la referida sentencia y al fundamentar este recurso de los términos del escrito de fs. 125/129 ya mencionado, manifiestan entre otras cosas que la sentencia apelada es injusta porque ambas partes han demostrado suficientemente la culpabilidad recíproca y por tanto mal puede el juzgado declarar el divorcio por la culpa exclusiva del actor señor R. J. A. Señala la apelante que el Juzgado no ha analizado suficientemente las pruebas aportadas por la parte actora, consistentes en sevicias, malos tratos, agresiones verbales y lesiones físicas graves (herida punzante con cuchillo) durante la vigencia de su matrimonio. Agrega que la injusticia que comete la sentencia “es doble” porque penaliza al cónyuge como culpable exclusivo y en consecuencia rechaza la demanda aplicándole las costas, y hace lugar a la reconvencción (por el mismo motivo: injurias graves) condenándolo también en las costas, duplicando indebidamente la imposición de las costas al regular los honorarios.

Seguidamente cita varios fallos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales de apelación en el sentido de calificar el divorcio por culpa concurrente de ambos cónyuges cuando los agravios son recíprocos. Señala igualmente que el Juzgado no ha tomado en consideración el expediente penal caratulado: “R J.A.V. sobre violencia familiar” agregado por cuerda separada donde a fojas 86 consta la declaración del médico cirujano Miguel Ángel Zacarías, quien en su diagnóstico manifiesta la existencia de una herida cortante profunda, producida por arma blanca (fs. 69/70) que le seccionó el perialto y llegó al húmero. Este calificado testigo ha declarado ante la Agente Fiscal en lo Penal, prueba que ha sido ignorada por el Juzgado y que justifica suficientemente la existencia de injuria grave, por parte de la demandada reconviniente.

Destaca también la apelante que en las pruebas de injurias recibidas por la esposa, siempre hubo reacción de su parte. Cita también las testificales ante la

Fiscalía Penal de Javier Irrazábal Sanabria (fs. 89), Hugo Araujo Van (fs. 85) que corroboran los hechos expuestos.

Finalmente, se agravia sobre la imposición de las costas exclusivamente al señor R.J.A., porque de modificarse la calificación de la culpa estableciéndola como concurrente, necesariamente las costas deben ser impuestas en el orden causado. Se agravia también con respecto a que existe una doble regulación, que castiga al actor por haber perdido la demanda y por haber perdido igualmente la reconvencción, debiendo ser una sola. Pide finalmente que el Tribunal modifique la sentencia apelada en el sentido de establecer la culpa concurrente como causal del divorcio, imponiendo las costas por su orden.

Por su parte la Abog. C. R. G., en representación de la demandada, contesta el traslado de la fundamentación del apelante a fs. 130/131 y retira cada una de las afirmaciones realizadas por el apelante, manifestando que la sentencia en revisión se encuentra ajustada a derecho, solicitando su confirmación, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Por su parte, la Agente Fiscal en lo Civil y Comercial de esta capital, Abog. Sarita González de Fretes, contesta la vista conforme al Dictamen N° 1.368 de fecha 10 de setiembre de 2009, expresando que se adhieren a todos y cada uno de los términos vertidos en el Dictamen N° 267 de fecha 19 de marzo de 2009, obrante a fs. 100/101.

Corresponde a este Preopinante establecer si la Sentencia recurrida se encuentra o no ajustada a derecho.

Analizando el contenido de la sentencia apelada, y los agravios expuestos por la recurrente, se concluye con facilidad que las cuestiones que el Tribunal debe resolver giran en torno a la calificación del divorcio, a la imposición de las costas y a la regulación de honorarios.

El Juzgado ha establecido la culpa exclusiva de este divorcio atribuyéndola al marido, sin tener en cuenta ninguna de las pruebas aportadas por éste para demostrar la culpa recíproca. En este sentido, entiendo que el Juez inferior no tomó en consideración la prueba originada en la causa penal agregada por cuerda separada a estos autos caratulada: “R. J.A. V. s/ violencia familiar”, donde consta que también el marido recibió herida importante que le fuera causada por la esposa, y que nunca fue negada por ésta. Son también relevantes las declaraciones testificales del médico cirujano M. Á. Z. (fs. 86) que atendió al actor R.A. para la curación de una herida cortante profunda, producida por

arma blanca, ocasionada por la esposa, según se describe en el diagnóstico de fojas 69 y fs. 70. Este testigo manifiesta así mismo, que días después de esta lesión corporal, R. A. visitó el consultorio para curarse de otras cinco heridas cortantes en el antebrazo y una mordedura, explicando que las heridas le había causado su señora M. del C.

En la declaración de la señora M. del C. ante la Fiscal (fs. 87), ésta relata que en la discusión que mantuvo con el esposo, ella le amenazó con un termo de agua caliente, que le fue arrebatado por el mismo derramándose el contenido y en esa oportunidad ella le mordió en el brazo, corroborando de esta suerte la declaración de R. A. (fs. 73) explicando que la quemadura con agua caliente no fue intencional. Estos hechos expuestos por las mismas partes, nos inducen a aceptar la existencia de injurias graves recíprocas.

El Juez sentenciador le da excesiva importancia al acta notarial N° 42 del 3 de abril de 2.001, presentada por la accionada reconviniendo (fs. 25) donde las partes se comprometen a no agredirse, ni física ni verbalmente..., cuando que lo que interesa en acciones de esta naturaleza es la conducta observada por los esposos en el transcurso del matrimonio, es decir, el día a día de la relación de pareja. En el caso que nos ocupa, se halla acreditado que los agravios, ofensas y peleas denunciadas por ambos cónyuges, fueron recíprocas, y no producto de una violación de contrato. Por eso estimo un tanto exagerado llevar al campo de los derechos de familia a un contrato de carácter puramente civil.

Otras pruebas referentes a la reciprocidad en las injurias denunciadas por las partes, son las declaraciones ante la Fiscalía Penal de J. I. S. (fs. 89) y H. A. V. (fs. 85). No compartimos el criterio del inferior de que los actos de agresión o malos tratos deben ser permanentes y no como hechos aislados, porque en este juicio la demandada reconviniendo utiliza los mismos hechos para probar la culpa exclusiva del esposo, cuando que en la realidad de una relación conyugal ambos son igualmente responsables de la convivencia armónica.

En atención a los fundamentos expuestos, entiendo que la causal de divorcio prevista en el art. 4° de la Ley N° 46/91 "...La servicia, los malos tratos y las injurias graves..." debe ser considerada como recíproca, debiendo modificarse la resolución de primera instancia. Como consecuencia de la declaración de culpa concurrente, corresponde que se impongan las costas en el orden causado.

La jurisprudencia en esta materia establecida por los Tribunales es constante en el sentido de declarar la culpa concurrente de ambos cónyuges en los

juicios de divorcio cuando los agravios son recíprocos (Ac. y Sent. N° 1.255 del 15/12/2008 CSJ Sala Civil LLP 2009 p. 207).

En igual sentido mencionamos que en el Ac. y Sent. N° 39 del 02 de mayo de 1985, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial 1ª Sala, LLP 1985, p. 449, ya había sostenido que "...Procede modificar la sentencia apelada que ha declarado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, cuando de las actuaciones resulta que las injurias graves han sido recíprocas, por lo que el divorcio debe ser declarado por culpa de ambos".

En esta misma Sala se ha sostenido la misma tesis, de que en los casos de culpa concurrente o injurias graves recíprocas, la imposición de las costas debe ser en el orden causado (ver Ac. y Sent. N° 67 del 11/06/2002 LLP 2002, p. 869).

La apelante se agravia igualmente en cuanto a la regulación de honorarios establecida por el inferior, en la sentencia en revisión, fijando una regulación doble. Una para el rechazo de la demanda y otra para la admisión de la reconvencción, lo que resulta improcedente e injusto. Las costas deben ser consideradas globalmente en el sentido de éxito o fracaso total que las partes hayan obtenido. En el caso de autos y en atención a la reciprocidad de la culpa en las injurias graves que se provocaron ambos esposos, el divorcio es planteado y resuelto en una sola acción, y los profesionales intervinientes tienen derecho a iguales honorarios por igual trabajo.

En conclusión, soy de opinión que la sentencia recurrida debe ser modificada en los apartados 1) y 2), en el sentido de declarar el divorcio R. J. A. V. y M. del C. P. P. por culpa de ambos cónyuges, imponiéndose las costas en el orden causado conforme a lo previsto en el art. 195 del CPC. Confirmar el apartado 3) en cuanto ordena la inscripción de la sentencia en la Dirección General de Registro Civil. Modificar los apartados 4) y 5) regulando los honorarios profesionales de la abogada O. M. en su doble carácter, dejándolo fijado en la suma de Gs. 16.256.100 más la suma de Gs. 1.625.610 en concepto de IVA, y los honorarios de la Abog. C.R.G en el doble carácter de patrocinante y procuradora, dejándolo fijada en al suma de Gs. 16.256.100 más la suma de Gs. 1.625.610 en concepto de IVA. Revocar el apartado 6) debiendo imponerse las costas de ambas instancias en el orden causado. Es mi voto. Conste.

Opinión en disidencia del magistrado Raúl Gómez Frutos: Disiento respetuosamente con en el Miembro Preopinante respecto de atribución de la culpabilidad en ambos cónyuges por agresión mutua.

En el presente caso, el actor ha petitionado se declare el divorcio vincular por culpa de su esposa, encuadrándola en la causal prevista en el inc. c) del art. 4º de la Ley N° 45/91, “servicia, malos tratos e injurias”. Por su parte, la accionada, al contestar la demanda, reconviene por la misma causal.

El actor, por su parte, al incoar la demanda sostuvo que los malos tratos que afectaron al matrimonio fueron deteriorando el relacionamiento e hicieron intolerable una vida en común. Señala que la accionada se mudó del hogar conyugal en octubre de 2007.

Por su parte, la accionada señaló que la violencia estaba instalada en la pareja y que nunca cesó, que en aquella época sintió que su vida corría peligro. Por último, sostuvo que fue echada por su marido del domicilio conyugal.

De las constancias del expediente puede advertirse que la accionada M. del C.P. en reiteradas ocasiones ha realizado denuncias policiales por haber sido víctima de maltrato físico, a saber: 07 de septiembre de 2000 (fs. 27), 20 de julio de 2007 (fs. 28), 18 de octubre de 2007 (fs. 29) y asimismo ha adjuntado diagnósticos médicos labrados en Centros de Salud que dan cuenta de los golpes por ella recibidos, todos ellos fechados: 09 de diciembre de 2004 (fs. 30) 05 de enero de 2007 (fs. 31), 12 de marzo de 2007 (fs. 32), 20 de agosto de 2007 (fs. 33), 17 de octubre de 2007 (fs. 35). Aquí es importante resaltar dos circunstancias: las citadas instrumentales constituyen instrumentos públicos, no impugnados por la adversa y, por ende, plenamente válidos en cuanto a su datación y contenido y dan cuenta de los reiterados episodios de violencia que padeció la accionada. Por lo demás, debemos recordar que ante casos reiterados de agresión, la víctima en un inicio no acude a las autoridades a denunciarlos ya sea por vergüenza o por las potenciales consecuencias que ello implica para el agresor quien, por lo general, vehementemente promete no reiterarlos y que, por lo demás, hace visible ante la sociedad un problema interno que subyace en una relación violenta.

Asimismo, es primordial remarcar que al contestar el traslado de estas documentales, el actor adujo: “...Las pruebas instrumentales presentadas por la esposa acreditan que las agresiones verbales y físicas eran recíprocas, que no eran tan graves como ella refiere, y que ya fueron invocadas como causal de divorcio” (fs 53). Estas alegaciones no pueden sino ser entendidas como un reconocimiento de la autoría de los hechos denunciados y, al mismo tiempo, al citado las indica como mutuas. Es aquí donde cobran transcendencia las actuaciones ya mencionadas por el colega preopinante y que sustenta la causal invocada por el actor.

Ante la claridad de los hechos expuestos y acreditados precedentemente, es notorio que nos encontramos ante un caso de violencia familiar o intradoméstica, cuyas características y desarrollo han sido descriptos por la Psicología y son conocidas como “ciclos de la violencia”. En efecto, ya la Tercera Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, en su Acuerdo y Sentencia N° 136 del 31 de diciembre de 2009, al respecto ha expresado: “... esta situación lleva a la víctima a un estado de aislamiento, de degradación de su autoestima y de sentimiento de inexorabilidad de su situación y padecimientos, que le impide ver la salida al problema. Por ello es que las personas que logran salir del círculo de la violencia lo hacen siempre de un modo traumático, ya sea por un acto violento propio, como respuesta última de la autoconservación y la autodefensa, ya sea por un acto o ejercicio final de violencia del maltratador, que para conservar el control sobre su víctima puede llegar a terminar acabando con la vida de ésta. De este modo la sevicia –invocada por las partes– adquiere, en el ámbito familiar y doméstico, unas connotaciones especiales que implican relaciones asimétricas de poder en cuyo contexto se puede examinar el actuar de la víctima. Así, la conducta agresiva de la víctima como respuesta a esta situación crítica no puede verse como una verdadera y autónoma agresión, dirigida a provocar daño en la otra persona, sino como una respuesta de autopreservación y de legítima defensa. Se entiende, pues, que en la terminación del vínculo matrimonial en tales circunstancias no se pueda hablar de culpas sobre la persona que ha sido víctima de violencia”.

A mayor abundamiento, debemos advertir que en el presente caso no existe indicio o prueba de que la violencia sea simétrica, es decir, aquella relación en la cual ambas partes luchan por mantener el control de la situación y recíprocamente en un mismo momento o después, con mayor o igual intensidad, despliegan entre sí acciones constitutivas de violencia intrafamiliar en virtud del equilibrio de poder que ambas pretenden. Diferenciar entre la violencia doméstica por desequilibrio de poder, la violencia doméstica simétrica y la respuesta violenta ante la agresión ilegítima es muy importante a efectos de determinar la culpabilidad ante estas situaciones de malos tratos e injurias. Las leyes 1.215/86 y la 1.638/01, como el Código Penal modificado recientemente, así como las disposiciones contenidas en las leyes N° 1.600/00 y 605/95 –tanto en el orden local como internacional– son aplicables al tipo de comportamiento que han sido descriptos en la reconvencción. Desconocer esto es hacer caso omiso de realida-

des patentes y tabla rasa de la normativa de rango supralegal que las recoge, como ser las disposiciones de la Convención de Belén do Para de erradicación de toda forma de violencia contra las mujeres.

Por estas consideraciones, soy de opinión que la sentencia apelada debe ser confirmada en todas sus partes, y declarar el divorcio por culpa del actor reconvenido, imponiendo las costas de esta instancia al apelante perdidoso, por el hecho objetivo de la derrota. (Arts. 192 y 203 del C.P.C.).

Opinión del miembro Basilio García Ayala: Después de efectuar el correspondiente análisis del expediente caratulado: “R. J. A.V. c/ M. Del C. P. P. s/ Divorcio a petición de una sola de las partes”; la S.D. N° 344 de fecha 22 de mayo de 2000 de fojas 112/117 dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, recurrida por la abogada O. M. en su carácter de representante convencional del actor R. J. A. V., y los proyectos de resolución de los Miembros que me antecedieron en el estudio de los recursos planteados contra la referida sentencia; el del preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, y del otro miembro, Abog. Raúl Gómez Frutos, respectivamente, quienes asumen distintas posiciones al emitir sus votos, creo necesario formular algunas consideraciones para expedirme en el sentido en que lo haré más adelante.

Nulidad: En el escrito de fundamentación de recursos fs. 125/129, la abogada O. M., representante convencional del actor, desiste expresamente del recurso de nulidad, por lo que me adhiero al voto del preopinante Dr. Melgarejo Coronel en este punto.

Apelación: Con relación a este recurso, me adelanto en manifestar que estoy de acuerdo con el miembro Raúl Gómez Frutos, quien expresa su disidencia con el Preopinante, y se expide por la confirmación de la sentencia recurrida que desestimó la demanda de divorcio promovida por el actor R. J. V., e hizo lugar a la reconvenición planteada por la señora M. del C. P. P. contra el nombrado actor, declarando el divorcio de los nombrados esposos por culpa exclusiva del señor R. J. A. V. por considerar que la sentencia recurrida dictada por el Juez sentenciante se halla ajustada a derecho.

El miembro Raúl Gómez Frutos tomó esa decisión como resultado de un interesante estudio realizado de los autos en los que consta que, con instrumentos públicos que no fueron impugnados por el actor reconvenido, se demostró los reiterados hechos de violencia que sufrió la demandada reconviniendo señora M. del C. P. P. de parte de su esposo señor R. J. A. V., incluso admitidos por éste

que justifican la decisión tomada por el Juez de Primera Instancia al dictar la referida sentencia

Después de realizar el análisis de los autos y la sentencia recurrida, puedo afirmar que el Juez de Primera Instancia para dictarla hizo una correcta apreciación de las circunstancias que se dieron en la tramitación del juicio, como también de las pruebas producidas por los litigantes y, por sobre todas las cosas, hizo una correcta aplicación de las disposiciones legales pertinentes mencionadas en la sentencia, por lo que llego a la conclusión de que la misma se halla ajustada a derecho y, en consecuencia, debe ser confirmada por este Tribunal.

Conforme a las constancias de autos y las consideraciones que anteceden, solo cabe reiterar la importancia del estudio realizado por el ministro Raúl Gómez Frutos del caso sometido a nuestra consideración, que motivó su decisión de confirmar la sentencia recurrida, criterio que comparto plenamente, y, en consecuencia, voto en el mismo sentido.

Con lo se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido firmando los Señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

RESUELVE: Tener por desistido el recurso de nulidad. Confirmar en todos sus puntos la S.D. N° 344 de fecha 22 de mayo de 2009 dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de esta resolución. Imponer las costas de esta instancia a la perdedora. Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Milciades Melgarejo Coronel, Raúl Gómez Frutos y Basilio Garcia Ayala

Ante mí: Letizia Pereira. Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 48

Cuestión debatida: En este juicio no existe oposición con respecto a la pretensión del actor y, lo que es más, la pretendida consintió el objeto de esta demanda. La controversia, en rigor, se genera al tiempo en que se expone la vía para justificar el divorcio pretendido. Es decir, el entuerto lo encontramos en las causales

alegadas para el divorcio, con respecto a las cuales la actitud procesal de la demandada es de categórica oposición, puesto que produjo pruebas en este juicio para sopesar las afirmaciones y probanzas del actor.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Adulterio.

En el caso lo único que se tiene en autos es un registro de cruce de llamadas entre la accionada y un tercero y un informe generado en la Penitenciaría Nacional, con el que se pone a conocimiento del Juzgado que en los registros de dicha institución figura una visita social de la demandada al tercero, probanzas, que carecen de fuerza probatoria para generar la convicción en el juzgador de la configuración de la causal de adulterio, Incluso tamizando la exigencia probatoria por la consideración de que el adulterio es un hecho de difícil probanza, por las particularidades del mismo.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Sevicia, malos tratos e injurias graves.

La causal de sevicia, malos tratos e injuria grave, cabe referir que el hecho de que el actor háyase mostrado afligido y compungido por el abandono del hogar marital no significa, sin más, que este estado anímico haya sido causado por la demandada, que es lo que requiere la norma que para configurarse esta causal se requiere por un lado, una conducta activa o pasiva del agresor y, por el otro, un daño en el agredido. Ambos elementos deben estar unidos por una relación de causalidad.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Sevicia, malos tratos e injurias graves.

Las llamadas, en altas horas de la noche, a un hombre casado, no constituye una afrenta para el esposo y es así puesto que una conclusión en sentido contrario nos conduciría a admitir una restricción ilegítima a las libertades individuales consagradas en nuestra Carta Magna.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Prueba en el juicio de divorcio.

Retomando con nuestra casuística, observamos que en este juicio no existe oposición con respecto a la pretensión del actor y, lo que es más, la pretendida consintió el objeto de esta demanda. La controversia, en rigor, se genera al tiempo en que se expone la vía para justificar el divorcio pretendido. Es decir, el entuerto lo encontramos en las causales alegadas para el divorcio, con respecto a las cuales la actitud procesal de la demandada es de categórica oposición, puesto que produjo pruebas en este juicio para sopesar las afirmaciones y probanzas del actor.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Prueba en el juicio de divorcio.

Mantener un matrimonio, que las partes consideran imperfecto constituiría una suerte de *violencia institucional*. El Poder Judicial, por sus órganos jurisdiccionales, no puede sostener, soslayando una realidad, la existencia de un estado de cosas. En razón que es de la propia esencia del matrimonio la *afectio maritalis*. Sin la concurrencia de este elemento basal no existe matrimonio y el juez no puede cerrar los ojos ante esta realidad para rechazar un juicio de divorcio.

DIVORCIO. Causas de divorcio. Prueba en el juicio de divorcio.

En el caso, la controversia se genera al tiempo en que se expone la vía para justificar el divorcio pretendido, por más que procesalmente no corresponda admitir esta demanda, cuestiones que campean en un orden superior de valores –la justicia– nos impetra a acoger el divorcio consentido por ambos contendientes, aunque rechazando las causales invocadas por el actor como fundamento de su pretensión.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 04-05-10. “J.M.V.M. c/ E.G.D.B s/ Divorcio a petición de una sola de las partes” (Ac. Sent. N° 48)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl Gómez Frutos, Basilio García Ayala y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel.

A la primera cuestión planteada, el conjuez Gómez Frutos dijo: El recurrente desiste expresamente de este recurso. Asimismo, efectuados los controles pertinentes en la resolución alzada, no se advierten vicios formales en la misma que ameriten de oficio la declaración de nulidad, conforme lo dispone el artículo 404 del C.P.C. Por tanto, corresponde tenerlo por desistido. Así voto.

A sus turnos, los señores miembros García Ayala y Dr. Melgarejo Coronel manifestaron adherirse al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el conjuez Gómez Frutos prosiguió diciendo: A fojas 117/119 de autos se presentó el actor, J. M. V. M., por derechos propios y bajo patrocinio de abogada, a fundar el recurso de apelación y solicitar la revocación de la sentencia en revisión. En esta ocasión criticó el fallo señalando, básicamente, que en la resolución de alzada no se consideraron ciertos indicios, de capital importancia para su tesis, con respecto a la causal de adulterio.

Específicamente, el hecho de que la accionada haya agregado un informe, generado en la Penitenciaría Nacional y dirigido al juez natural de esta contienda, antes de que el juzgado lo requiera. Señala, además, que en el mentado informe se hace referencia al registro de una visita social al interno LF SB en fecha 17 de agosto de 2.006, trece días después de que se haya ordenado la libertad del mismo, con lo que surge claro que el informe fue manipulado y, por lo mismo, no resulta veraz. El apelante también apunta que, en todo caso, las pruebas rendidas en autos, desde una visión holística, constituyen claros indicios de la configuración de la causal de sevicias, malos tratos e injurias graves. Esto es así, sostiene el recurrente, puesto que constituye una injuria grave que la esposa mantenga extensas conversaciones telefónicas, en altas horas de la noche, con un hombre casado, recluso en la Penitenciaría. Continúa diciendo que con el fallo alzado se pretende mantener un matrimonio que dejó de existir. Finalmente, en el escrito de expresión de agravios se critica la forma de imposición de las costas diciéndose que la accionada no contestó esta demanda y, sin embargo, al alegar solicitó que se declare con lugar a este divorcio, aunque rechazando la causal alegada por la actora.

A fojas 121/125 de autos se presentó la accionada, E. G. D., por derechos propios y bajo patrocinio de abogada, a controvertir los agravios expuestos por su contendiente. En apretada síntesis resaltó la orfandad probatoria de los hechos alegados por el actor, diciendo, en lo sustancial, que la afirmación de que los informes remitidos por la Penitenciaría Nacional fueron manipulados no pasan de ser meras especulaciones, y que las llamadas sociales, de apoyo y solidaridad, realizadas al F. S. no pueden ser interpretadas como injurias graves, como lo pretende hacer parecer la apelante. Agrega que el fracaso matrimonial se debió a las infundadas acusaciones de su esposo que mancillan su honor y reputación; y que no tiene reparo para que se declare con lugar al divorcio, aunque se resiste a que se le atribuya la culpa del mismo. La recurrida finaliza su presentación solicitando el rechazo del recurso que nos ocupa.

Por A.I. N° 449 del 16 de junio de 2009 este Tribunal ordenó la apertura de la causa a prueba a los efectos de que el Dr. N. J. E. B. P. comparezca ante este Tribunal para prestar declaración testifical.

A fojas 138 de autos fue glosado el informe de la Actuaría con respecto a la actividad probatoria en esta Instancia; y el 14 de setiembre de 2009 fue clausurado el debate en esta Instancia de revisión dictándose la providencia por la que se llamó autos para sentencia. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia y, efectuados los controles de veracidad, logicidad, y normatividad, pasamos al estudio de las cuestiones planteadas.

Con la sentencia en recurso, el *A-quo* desestimó la demanda que nos ocupa por considerar que la actividad probatoria fue insuficiente para demostrar las causales alegadas en sustento de la pretensión del actor. También aclaró que si bien es cierto que la accionada no contestó esta demanda y, lo que es más, al presentar sus alegatos negó las causales invocadas por el actor, pero consintió el divorcio, no es menos cierto que al constituir el objeto de la pretensión una cuestión de orden público, se debió probar la causal para admitir la pretensión del actor.

Estas conclusiones fueron objetadas por la apelante quien resaltó el mérito de las pruebas rendidas en autos.

Así las cosas, analizada la plataforma fáctica procesal, se advierte que el juzgador no se alejó de la realidad procesal al concluir en la orfandad probatoria para acoger la tesis del actor.

En efecto, en el *cas d'espèce* el actor invocó las causales de divorcio previstas en el artículo 4°, incisos c) y g), de la Ley 45/92.

Empero, con respecto al adulterio lo único que se tiene en autos es un registro de cruce de llamadas entre la accionada y F. S. y un informe generado en la Penitenciaría Nacional, con el que se pone a conocimiento del Juzgado que en los registros de dicha institución figura una visita social de la demandada al tercero recién citado.

Estas probanzas, claramente, carecen de fuerza probatoria para generar la convicción en el juzgador de la configuración de la causal de adulterio. Incluso, tamizando la exigencia probatoria por la consideración de que el adulterio es un hecho de difícil probanza, por las particularidades del mismo.

Con respecto a la causal de sevicia, malos tratos e injuria grave, cabe referir que el hecho de que el actor háyase mostrado afligido y compungido por el abandono del hogar marital –lo que, en rigor, no fue probado–, no significa, sin más, que este estado anímico haya sido causado por la demandada, que es lo que requiere la norma. Nótese que para configurarse esta causal se requiere por un lado, una conducta activa o pasiva del agresor y, por el otro, un daño en el agredido. Ambos elementos deben estar unidos por una relación de causalidad. En el caso en examen no se probó la existencia de ninguno de estos requisitos.

El recurrente, sopesando estas conclusiones, aduce que las llamadas, en altas horas de la noche, a un hombre casado, sumada a los demás elementos indiciarios incorporados a este proceso, constituyen una afrenta al actor. Sin embargo, para este Preopinante esto no es así, puesto que una conclusión en sentido contrario nos conduciría a admitir una restricción ilegítima a las libertades individuales consagrada en nuestra Carta Magna.

En suma, con todo lo expuesto, mi aquiescencia a los argumentos contenidos en el fallo se ve robustecida. Ergo, como lo concluyó el *A-quo*, las causales invocadas por el actor no fueron probadas en este juicio

Ahora bien, al final del fallo se abre un acápite para subrayar la conducta procesal de la demandada diciéndose que la misma no contestó la demanda y, además, al presentar su escrito conclusivo expresó su voluntad de consentir el divorcio, aunque no por las causales que el actor le endilga. El *A-quo* le restó valor a esta actitud procesal para resolver la cuestión arguyendo que estando involucrado el orden público, esta suerte de allanamiento no podría surtir el efecto que de ordinario produce. Reparemos en esto.

Por antonomasia, el proceso, para ser tal, requiere la confluencia de una tesis y una antítesis. Una pretensión y una oposición a la misma. Al no existir oposición, al decirlo con Alvarado Velloso, cuanto tenemos es un procedimiento y no un proceso. Puntualizo, además, que la pretensión, ayuna de oposición, solo debe ser tamizada por el juez, por los controles de veracidad, racionalidad y normatividad para que se la acoja en una sentencia de mérito.

Retomando con nuestra casuística, observamos que en este juicio no existe oposición con respecto a la pretensión del actor y, lo que es más, la pretendida consintió el objeto de esta demanda. La controversia, en rigor, se genera al tiempo en que se expone la vía para justificar el divorcio pretendido. Es decir, el entuerto lo encontramos en las causales alegadas para el divorcio, con respecto a las cuales la actitud procesal de la demandada es de categórica oposición, puesto que produjo pruebas en este juicio para sopesar las afirmaciones y probanzas del actor.

Ergo, en resumen, tenemos una resistencia con respecto a los medios para llegar al fin. Mas no con respecto al fin en sí mismo.

En este estado de cosas, cabe preguntarnos si negar la pretensión, so pretexto de orden público, resulta una decisión ajustada a derecho.

Nótese que el balance debe producirse entre el orden público y las liberta-

des individuales. Obligamos a los litigantes, por medio de una resolución, a que mantengan incólume el núcleo familiar o aceptamos su voluntad de divorciarse.

En un caso similar, la Dra. Buongermi sostuvo, en un voto, que mantener un matrimonio, que las partes consideran interfecto constituiría una suerte de *violencia institucional*. El Poder Judicial, por su órganos jurisdiccionales, no puede sostener, soslayando una realidad, la existencia de un estado de cosas.

Por mi parte, comparto el criterio de la magistrada precitada y agregó que es de la propia esencia del matrimonio la *afectio maritalis*. Sin la concurrencia de este elemento basal no existe matrimonio y el juez no puede cerrar los ojos ante esta realidad para rechazar un juicio de divorcio.

Además, en este caso en particular, la demandada, al ejercer su derecho de contestar los agravios del apelante, reiteró que no tiene ningún reparo en que se declare el divorcio, con lo que cualquier resquicio de dudas quedó desvanecido para este Preopinante.

En suma, por más que procesalmente no corresponda admitir esta demanda, cuestiones que campean en un orden superior de valores –la justicia– nos impetra a acoger el divorcio consentido por ambos contendientes, aunque rechazando las causales invocadas por el actor como fundamento de su pretensión.

Por las razones expuestas, considero que el fallo recurrido debe ser revocado y, consecuentemente, declarar el divorcio de los aquí contendientes y rechazar las causales invocadas por el actor.

Con respecto a las costas, no habiendo oposición con respecto al objeto de la pretensión, es mi parecer que la misma debe ser soportada por ambos litigantes en el orden causado.

Por tanto, por lo expuesto, es mi parecer que la sentencia recurrida debe ser revocada declarándose con lugar al divorcio vincular y rechazando las causales invocadas por el actor. Con costas en el orden causado. Así voto.

A sus turnos, los Señores Miembros García Ayala y Dr. Melgarejo Coronel manifestaron adherirse al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

RESUELVE: Tener desistido el recurso de nulidad. Revocar la S.D. N° 860 del 13 de octubre de 2008, emanada del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno de la Capital, Secretaría N° 18, por los argumen-

tos expuestos en el exordio de esta resolución. En consecuencia, declarar el divorcio vincular de los esposos J. M. V. M. y E. G. D. B., por culpa de ambos cónyuges. Imponer las costas en el orden causado. Anotar, registrar, notificar y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Milciades Melgarejo Coronel y Basilio García Ayala

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 57

PAGARÉ. Prueba del pagaré

La simple tenencia del pagaré permite la presunción de la legalidad de la deuda.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios. INFORMACION PRIVADA. Inforconf.

No puede considerarse una conducta impropia por parte de la accionada cuando ésta acreditó con instrumentos públicos que la inhabilitación del actor se debió exclusivamente a un hecho imputable al mismo y que además mantiene con la misma una deuda que originó su inclusión en Inforconf en forma justificada por lo cual se desestima la demanda por indemnización de daños y perjuicios

PRUEBA. Apreciación de la prueba.

La prueba constituye el centro principal del proceso civil del cual el juzgador extrae elementos esenciales para formar su convicción.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Prueba de daños y perjuicios.

No se procede a la indemnización de de daño moral, psicológico y pérdida de chance cuando la existencia de los mismos no se hallan probados.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 02-06-10. "Ricardo Omar Cabrera c/ Núcleo S.A. y otros s/ Indemnización de Daños y perjuicios" (Ac. y Sent. N° 57).

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el

siguiente resultado: Basilio García Ayala, Dr. Eusebio Melgarejo Coronel y Valentina Núñez González.

A la primera cuestión planteada, el preopinante García Ayala, dijo: En su escrito de fundamentación de recursos de fs. 416/428, el recurrente desiste expresamente del de nulidad; y como no se observan vicios en el procedimiento que motiven su tratamiento de oficio, corresponde tenerlo por desistido. Es mi voto.

A sus respectivos turnos los miembros Dr. Eusebio Melgarejo Coronel y Valentina Núñez González manifiestan que se adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el preopinante García Ayala prosiguió diciendo: El recurrente se alza contra la referida Sentencia y, al fundamentar la apelación en su escrito de fs. 416/428, ya mencionado manifiesta:

“... Excelencias, doctrinaria y jurisprudencialmente en el derecho se conoce que la prueba fundamental madre y trascendental de todo proceso civil es la prueba instrumental, y más aún en el presente proceso lo será, ya que dichos hechos provienen de un mal actuar jurídico del asesor de Núcleo S.A., pues en el proceso que nos concierne, mi parte había agregado un expediente judicial caratulado: “Ricardo Omar Cabrera Venialgo s/ diligencias preparatorias” – instrumento público–, en la cual se menciona a fs. 32 de autos y según el asesor jurídico Mario Ardissonne, que el Sr. Ricardo Omar Cabrera Venialgo no poseía ninguna deuda con la empresa Núcleo S.A., documentos éstos no impugnados por la demandada y que demuestran los daños que he sufrido...”.

“... Quedándose aclarado como ha quedado controvertido el proceso, quiero expresarle al A-quo, que en ningún momento mi parte ha pretendido atribuir a ambas entidades la supuesta inhabilitación de mi cuenta corriente para operar en el sistema financiero, ya que si se fijan, Excelencias, a fs. 38 de autos el Banco Regional S.A. en fecha 27/06/2003 me inhabilita mi cuenta corriente también arbitraria, ilegal e ilegítimamente de conformidad al Art. 13 de la Ley 805/96 o si no preguntémosle al Banco Regional S.A.: ¿Por qué será ha solucionado el proceso judicial tramitado en la ciudad de Encarnación con el abogado Ricardo Omar Cabrera? Pues este error también del Banco Regional S.A. es de público conocimiento en la ciudad de Encarnación, fue por ello que ha reparado su grave error solucionando el problema con mi parte...”.

“...Traigo a colación estos hechos porque a fs. 9 de autos lucen que la empresa Núcleo S.A. en fecha 22/04/2003 ya me había introducido en el Sistema de

Inforcomf, es decir, dos meses antes que el Banco Regional me aplique el Art. 13 de la Ley 805/96”.

En el párrafo siguiente sigue manifestando: “...Excelencias, se dan cuenta que el A-quo no ha estudiado detenidamente el proceso para expresar apresuradamente que mi parte estaba culpando a dos entidades de mi supuesta inhabilitación para operar en el sistema financiero, una cosa es que me hayan aplicado el Art. 13 de la Ley 805/96, como dije más arriba, arbitraria, ilegal e ilegítimamente y otra muy distinta la intromisión, facilitación y otorgamiento de mis datos personales suministradas por Núcleo S.A. a Inforcomf por unas supuestas deudas morosas. Entonces y solo entonces jamás puede existir una colisión de culpabilidades, pues son dos cuestiones totalmente incompatibles una de otra y por ello no puede atentar contra los actos propios, principio este desconocido por completo por el Juzgador, siendo que la teoría de los actos propios entra en funcionamiento o colisión declarando o afirmando un hecho o acto realizado por una persona, para luego negarlo en el proceso, conocido con el viejo axioma: No se puede borrar con el codo lo escrito con la mano, lo que hizo el doctor y colega Mario Ardisone, y más adelante lo explicaré del por qué...”.

Sigue formulando consideraciones, y más adelante expresa: “...Excelencias, en síntesis, no existe de ninguna manera actos propios, ya que como lo expliqué precedentemente, una cosa es que el Banco Regional S.A. me haya aplicado el Art. 13 de la Ley 805/96 (que por cierto arbitrario, ilegal ilegítimamente, hoy día ya solucionado con dicho banco) y otra muy distinta que la empresa Núcleo S.A. dos meses antes de esta inhabilitación haya introducido mis datos personales a la empresa Inforcomf por unas supuestas deudas por el uso y consumo de unas líneas telefónicas celulares que jamás he utilizado, pues, esta cuestión es la que debe dilucidarse en el presente proceso y ¿en que sentido?, si existió esa deuda por dicho consumo y si realmente dichos usos y consumos han sido utilizados por mi parte, ya que reitero y lo haré de manera continuada, el asesor jurídico de la empresa Núcleo S.A. había informado en un proceso judicial (no impugnados) que mi parte no poseía deuda alguna con la empresa”.

“...Excelencias, el A-quo, apañando la negligencia de unos de los asesores de la empresa hoy demandada por los informes remitido en un proceso judicial, expresó: Cabe preguntarse si ¿cómo se compagina esa manifestación, con la que ahora sostiene la demanda?”.

“En autos no se puede compaginar absolutamente nada, porque Núcleo S.A. en su contestación de demanda alegó: que por un error de uno de los asesores de la firma había informado que el Abog. Ricardo Cabrera no posee deuda pendiente de pago con nuestra empresa... y que este error ...se debió a la enorme cantidad de contestaciones que diariamente realiza la demandada a requerimiento de jueces y fiscales. El error en derecho es inexcusable y digo en derecho, porque dicho informe le fue requerido por un órgano jurisdiccional de Paz Letrada en lo Civil del Segundo Turno de la Capital, por ende, no puede el A-quo en su considerando expresar, “cómo compaginar esa manifestación”, lo que en realidad debió decir es: cómo condenar a la empresa Núcleo S.A. para reparar los daños que ha causado por ese error cometido por su asesor al abogado Ricardo Cabrera, esas palabras serían más sinceras y coherentes”.

Formula otras consideraciones y luego expresa: “...Entonces, de la deducción de todo esto podemos extraer que es insostenible lo invocado por el representante convencional de la demandada al alegar que supuestamente el Abog. Mario Ardisone se ha equivocado al informar en las diligencias preparatorias de que mi parte no debía suma alguna de dinero, para concluir ahora, que supuestamente hubo una equivocación, este error es inexcusable, las leyes nacionales se reputan conocidos por todos los habitantes de la República, y que más que un colega que entiende de normas jurídicas, pues esto podría ocurrir eventualmente si fuera un ignorante –dejemos esta expresión para un analfabeto–, pero ante una persona que conoce de derecho no puede alegar “ah no, yo me he equivocado anteriormente, pero ahora, Excelencias, quiero corregirlo”.

“...Repito y seré insistente en esto, no se puede sostener, jurídicamente hablando, tan absurda equivocación por parte de la hoy demandada de querer suplir con simples manifestaciones de que supuestamente hubo un error anteriormente al informar en las diligencias preparatorias. Pues, como bien se sabe, los asesores de una empresa son contratadas para prestar servicios, mediante una remuneración y en virtud de ello deben dar cumplimiento fiel al contrato del mandato por la que fueron nombrados y dentro de ese mandato existen cláusulas sobre las responsabilidades que deben ser cumplidos entre el asesor y la empresa estrictamente y de buena fe”.

“...Es decir, al haber el Asesor Legal de la empresa pecado en su irresponsabilidad –al emitir erróneamente un informe– o quizás negligencia, su mandante es responsable para con mi parte por los daños que este ha causado, al

haber expresado que mi persona no debía absolutamente nada a Núcleo S.A., pero, sin embargo, mis datos personales figuraban en la empresa Inforconf a pedido exclusivo de Núcleo S.A., la responsabilidad mediata debe de sopesar la empresa Núcleo S.A. independientemente que la misma pueda activar o accionar posteriormente en contra de su asesor legal, pues el error está demostrado y la excusabilidad es incorregible e insalvable en el proceso que nos afecta”.

“...Excelencias, quizás el A-quo sostuvo eso –cómo compaginar– porque en autos la demandada, avivadamente tergiversó el proceso, llevando indiscutiblemente en su tergiversación, que supuestamente mi parte debía a la empresa Núcleo S.A. junto con el Sr. Eduardo Acuña la suma de Gs. 20.000.000 y que según también la demandada había arrimado facturas de créditos relativos a los teléfonos móviles y fue por ello que mis datos personales han sido introducidos en la empresa Inforconf”.

Crítica la sentencia recurrida y a continuación expresa: “...Excelencias, el propio A-quo se contradice en su resolución dictada, porque, reitero, la demandada ha confundido al mismo al sostener barbaridades de que supuestamente mis datos personales ha sido introducido en Inforconf por que existe un pagaré suscrito por mi parte y además unas facturas vencidas supuestamente adeudadas por mi parte. En autos se ha discutido que mis datos personales han sido introducidos al sistema Inforconf como moroso por la falta de pagos de unas supuestas deudas que figuran en unas facturas por el uso y consumo que mi parte ha utilizado por unos aparatos celulares móviles y no porque la empresa Núcleo S.A. poseía un pagaré suscrito por mi parte y el Abog. Eduardo Acuña en garantías de devolución de unos aparatos celulares o por el incumplimiento contractual referentes a estas líneas telefónicas móviles”.

“...Ahora bien, al no existir compromiso, contrato, acuerdo o pacto perfeccionado por escrito alguno entre mi parte y la empresa Núcleo S.A. respecto al consumo de algún servicio de telefonía móvil, entonces no existe obligación que mi parte deba cumplir, es lógico que no puede existir interpelación alguna hacia mi persona y el propio A-quo pretendiendo nuevamente apañar los errores de Núcleo S.A. lo ratifica sutilmente al expresar: Supuestamente permanecieron impagas por el actor... Excelencias, en proceso, no se puede fallar con suposiciones”.

Más adelante transcribe lo dispuesto por los Arts. 850, 708 y 709 del Código Civil, señala otro error en que según él, incurrió el Juez y agrega: “...en resu-

men: no existió, existe, ni existirá deuda o facturas por el uso o por consumiciones por parte de Ricardo Cabrera sobre líneas telefónicas móviles, porque el pagaré fue suscripto en garantía de la devolución de los cien aparatos celulares, “no” por las consumiciones o usos de aparatos celulares. Creo que con esta explicación ya me entenderán, Excelencias”.

Sigue exponiendo respecto al hecho que motivó que la demandada haya entregado sus datos personales a la empresa Inforcomf, cita una opinión doctrinaria y finaliza en los siguientes términos:

“... V. S., concluyo de manera terminante y convencido, de que los daños y perjuicios aducidos en el escrito de demanda, fueron demostrados visiblemente por medio de documentales en el presente juicio y no fueron desvirtuados por la demandada, sino por el contrario han reconocido el craso error del asesor jurídico Mario Ardisone con una simple negación de la demanda. Que, en estricto derecho corresponde que la misma deba ser responsable de los daños y perjuicios que me ha ocasionado, teniendo en cuenta que el error en derecho es inexcusable y mas aun así debe serlo cuando provenga de una persona jurídica...”.

Concluye manifestando que para el improbable caso de que no prospere la demanda, que no duda que prosperará, las costas, en ambas instancias, sean impuestas en el orden causado, ya que es evidente que existió un error inexcusable por parte de uno de los Aesores de la firma demandada y finalmente reitera su petición al Tribunal para hacer lugar a los recursos de apelación y nulidad planteados y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios planteada contra Núcleo S. A.”.

En los términos del escrito de fojas 429/432, el representante convencional de la firma demandada, abogado Alberto Rodríguez Alcalá, contesta el traslado de la expresión de agravios del recurrente, en el que refuta las afirmaciones del mismo, y concluye solicitando al Tribunal dictar resolución, confirmando la sentencia apelada, con costas.

A los efectos de determinar si la sentencia recurrida se halla ajustada a derecho o no, es necesario efectuar un análisis minucioso de los autos, de las pruebas producidas por las partes litigantes, y de la sentencia dictada por el Juez interviniente recurrida por el actor.

Inicio dicha tarea partiendo del extenso escrito de demanda de fs. 164/188 de autos, presentado por el actor por derecho propio bajo patrocinio del abogado Daniel Gutiérrez Salinas, en el que detalla los daños supuestamente sufridos

como consecuencia de la actitud asumida por la demandada la empresa Núcleo S.A. y/o Telefonía Celular manifestando lo siguiente: "...Que la presente demanda surge a raíz y consecuencia mediata por el sometimiento que realiza en forma ilegal, arbitraria, injusta y unilateralmente la empresa Núcleo S. A. y/o Telefonía Celular a la empresa INFORCOMF sobre mis datos personales como moroso de las supuestas operaciones impagas con dicha empresa que detallan a continuación, deudas y operaciones estas que de ninguna manera mi parte debe a dicha empresa, bajo ningún concepto...".

Manifiesta que, como consecuencia de esas irregularidades, en fecha 29 de marzo del año 2005 promovió una demanda contra Núcleo S. A y/o Telefonía Celular sobre diligencias preparatorias, a los efectos de que dicha empresa informe al Juzgado: 1) si él era usuario de telefonía celular, en caso afirmativo que se remita copia autenticada de los contratos suscriptos con dicha empresa; y 2) si el mismo posee deudas pendientes con la firma, en caso afirmativo que la empresa informe al Juzgado sobre los números de las líneas que cuentan con deuda, debiendo adjuntar con la misma el contrato suscripto por él con la firma Núcleo S, A, y/o Telefonía Celular.

Refiere que la empresa Núcleo S.A. nunca remitió al Juzgado los informes solicitados, por lo que solicitó se haga efectivo el apercibimiento después de reiterados pedidos, a lo que el Juzgado hizo lugar ordenando el secuestro de los documentos solicitados comisionando a un Oficial de Justicia para su cumplimiento, quien en fecha 02 de marzo de 2005 se constituyó para su diligenciamiento, ocasión en que el abogado Horacio Sienna se presenta a manifestar que los documentos requeridos no se hallan en la sucursal de Encarnación, sino en la ciudad de Asunción.

Sigue manifestando que, como consecuencia de ello, promovió otra demanda contra la empresa Núcleo S.A. sobre Diligencias Preparatorias en fecha 26 de mayo del año 2006, en la que hizo la misma petición que nuevamente no contestó la demandada, por lo que otra vez en fecha 29 de agosto del mismo año, solicitó se haga efectivo el apercibimiento y se disponga el secuestro de los documentos; pero en fecha 01 de septiembre de 2006 se presenta el representante legal de la empresa Núcleo S.A., solicita intervención y contesta el pedido del Juzgado expresando: "con relación a lo solicitado, le informamos que el Sr. Ricardo Omar Cabrera Venialgo con C.I. N° 926.173 no posee a la fecha ninguna deuda pendiente de pago con nuestra empresa..." y firma el Asesor Legal de

Núcleo S. A., Mario Ardissonne (todo esto se demuestra a través del expediente judicial que agregó como prueba documental”.

Manifiesta que, posteriormente, como consecuencia del mencionado informe, tuvo que deducir la garantía constitucional de habeas data contra la empresa Inforcomf que su representante convencional contestó, y a la que el juez hizo lugar parcialmente en el sentido de ordenar que se excluya del banco de datos de Inforcomf “...los informes proveídos a la misma por la firma Núcleo S. A. sobre la persona del recurrente, quedando subsistente los demás datos (todo esto se demuestra a través del expediente judicial que agregó como prueba documental) ”.

A continuación menciona los daños que supuestamente ese hecho le ocasionó en diversos conceptos que detalla extensamente, atribuyendo un monto a cada uno de ellos, y concluye estimándolos en un monto total de Gs.1.530.000.000 (un mil quinientos treinta millones de guaraníes), que reclama a la demandada, en los conceptos mencionados en el escrito de demanda, afirmando que ese hecho le ocasionó una muerte comercial, inhabilitación para operar en cuenta corriente bancaria, denegación de los entes financieros para utilizar tarjetas de crédito y débitos; y también daños en su entorno familiar, social, psicológico, honor, dignidad y daños futuros.

Por providencia de fecha 27 de noviembre de 2006 de fs. 189, el Juez dispone tener por iniciada la demanda y corre traslado de la misma a la demandada para que la conteste dentro del plazo de ley.

En los términos del escrito de fs. 270/282 presentado en fecha 26 de diciembre de 2006 el abogado Alberto Rodríguez Alcalá, representando a la demandada Núcleo S.A., acompañando poder habilitante, contesta el traslado de la demanda con el que presenta varios documentos cuyas copias se hallan agregadas a fs. 195/199 del Tomo I; y a fs. 201/269 del Tomo II, que ofrece como pruebas de su parte; en el que también hace un análisis de los hechos expuestos por el actor en el escrito de demanda como fundamento de la misma; refuta lo afirmado por él respecto a los montos reclamados en distintos conceptos, y concluye su presentación solicitando al Juez el reconocimiento de su personería en el carácter invocado, la constitución de su domicilio en el lugar señalado, tener por contestada la demanda, por ofrecida la prueba documental, correr traslado a la demandada de los documentos presentados, y, en su oportunidad, previo los trámites procesales pertinentes, dictar sentencia rechazando la acción instaurada contra su mandante.

Por providencia de fecha 02 de febrero de 2007 de fs. 283, el Juez reconoce la personería del nombrado abogado en el carácter invocado, tiene por contestada la demanda y corre traslado de los documentos presentados por el mismo a la parte actora conforme a lo dispuesto por el Art. 236 de la ley procesal civil.

En el escrito de fs. 285/294, presentado en fecha 28 de febrero de 2007 por derecho propio, bajo patrocinio de abogado, el actor contesta el traslado de los documentos presentados por la demandada en el que explica el origen de los mismos, desmeritando su valor probatorio en este juicio, por las razones expuestas en el escrito mencionado.

Por providencia de fecha 06 de marzo de 2007 de fs. 295, el Juez dispone la apertura de la causa a prueba por todo el término de ley, en cuya etapa ambas partes litigantes ofrecieron y produjeron las que hacen a sus respectivos derechos, de las que da cuenta la Actuaría en su informe de fecha 27 de junio de 2007 de fs. 385.

Posteriormente, por providencia de fecha 23 de octubre de 2007, de fs. 398 vlt., el Juez interviniente dispone la agregación de los alegatos presentados por la parte demandada; y atento al informe de la Actuaría, por otra providencia de la misma fecha y foja mencionadas, resolvió dar por decaído el derecho que la parte actora tenía para presentar su escrito de alegatos, y llamó “Autos para sentencia”; y el 27 de mayo de 2008 dicta la S.D. N° 370 de fs. 400/412, transcrip-to precedentemente, recurrida por la misma que se halla en estudio en este Tribunal.

Luego del análisis de los autos realizado precedentemente, corresponde hacer lo mismo con la sentencia recurrida, y al hacerlo se observa con facilidad que el Juez interviniente hizo un estudio minucioso de los hechos que se dieron entre las partes litigantes; una acertada apreciación de las pruebas producidas y una correcta aplicación de las disposiciones legales citadas en la misma, en las que fundamenta la posición asumida al expedirse por la desestimación de la demanda promovida por el actor contra la empresa Núcleo S. A.

Considero conveniente transcribir parte de lo expuesto por el Juez en el considerando al referirse a los documentos que instrumentan la deuda que el actor mantiene con la demandada, cuyo pago no fue probado por el mismo en estos autos:

“... El expediente judicial que tramita en Asunción, en el Juzgado de igual clase y jurisdicción del Noveno Turno, comprueba que hay una deuda de G.

20.000.000 del señor Eduardo Acuña y el actor con Núcleo S. A., según pagaré cuya copia vemos a fojas 230, relativo a “equipos celulares”. El pagaré se libró en Encarnación el 25 de abril de 2003 y la demanda de cobro de guaraníes se presentó en junio del 2005. Si la competencia fue cuestionada, al parecer con razón la simple tenencia del pagaré permite, ab initio, la presunción de legalidad de la deuda...”.

A continuación menciona las diversas facturas de créditos presentadas por la parte demandada que van de fojas 199 al 235 relativas a teléfonos móviles cuyos números individualiza, que supuestamente permanecieron impagas por el actor desde fines de 2003 y comienzos de 2004.

En el párrafo siguiente, expresa: “... Contestando estos documentos el actor hace referencia a un contrato de varios teléfonos móviles exclusivamente para las elecciones generales de 2003. Sin embargo, sostiene, Núcleo S. A., a sabiendas que concluyó el tiempo pactado, las elecciones, siguió facturando a su nombre las líneas. Adujo que en INFORCOMF no se consignó a que números pertenecían las operaciones supuestamente morosas. Negó la existencia de la deuda, pero omitió señalar cómo y cuándo canceló dichas líneas, y cómo y cuándo pagó las consumiciones respectivas. Y si en realidad pagó, cómo es que permaneció en poder de Núcleo S. A. el pagaré a que hicimos referencia más arriba...”.

También manifiesta en el considerando que la demandada acreditó con instrumentos públicos que la inhabilitación del actor se debió exclusivamente a un hecho imputable al mismo, y que además mantiene con la misma una deuda que originó su inclusión en Inforcomf y que, siendo justificada dicha inclusión, no puede significar conducta impropia de la accionada.

Prosiguiendo con el análisis de la referida sentencia, solo me cabe reiterar que a mi criterio el Juez de Primera Instancia para expedirse por la desestimación de la demanda promovida por el actor contra Núcleo S. A. hizo una acertada apreciación de las pruebas aportadas por las partes litigantes, y una correcta aplicación de las disposiciones legales citadas en la sentencia en estudio.

Estimo pertinente señalar que la prueba constituye el centro principalísimo del proceso civil, del cual el juzgador extrae elementos esenciales para formar su convicción al decidir el litigio. El maestro Alsina en su obra: “... Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil”, a página 171 expresa: “... En su acepción lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su

significado corriente expresa una operación mental de comparación. Desde este punto de vista, la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte, con los medios producidos para abonarla. La misión del juez es, por eso, análoga a la del historiador, en cuanto ambos tienden a averiguar cómo ocurrieron las cosas en el pasado, utilizando los mismos medios, o sea, los rastros o huellas que los hechos dejaron”.

En cuanto al daño moral, psicológico y pérdida del derecho de chance en cuyos conceptos el actor reclama sumas millonarias, el Juez sostiene que la existencia de los mismos no se halla probado en autos, por lo que no procede la indemnización reclamada en esos conceptos.

Compartiendo el criterio expuesto por el Juez al dictar la sentencia recurrida, y teniendo en cuenta las constancias de autos y las disposiciones legales citadas en la misma, llego a la conclusión que la referida sentencia se halla ajustada a derecho y, en consecuencia, debe ser confirmada por este Tribunal.

En cuanto a las costas, dadas las circunstancias que se dieron entre las partes litigantes, y en especial teniendo en cuenta el informe presentado por el asesor legal de Núcleo S.A., abogado Mario Ardissonne, a la Jueza interviniente en los autos caratulados: “Ricardo Omar Cabrera Venialgo s/ diligencias preparatorias”, cuyas copias están agregadas a estos autos que transcribo a continuación, resulta razonable que el actor se crea con derecho a accionar en la forma en que lo hizo, considero que aplicando el Art. 193 del Código Procesal Civil, corresponde imponerlas en ambas instancias en el orden causado.

El referido informe remitido al Juzgado donde se tramitaba las Diligencias Preparatorias expresa: “...Con relación a lo solicitado, le informamos que el Sr. Ricardo Omar Cabrera Venialgo con C.I. N° 926.173 no posee a la fecha ninguna deuda pendiente de pago con nuestra empresa”.

Las constancias de autos, las consideraciones que anteceden y las disposiciones legales citadas en la sentencia recurrida me permiten expedirme en el sentido expuesto precedentemente, por la confirmación de la sentencia recurrida, imponiendo las costas en ambas instancias en el orden causado. Es mi voto.

A sus respectivos turnos, los miembros Dr. Eusebio Melgarejo Coronel y Valentina Nuñez González manifiestan que se adhieren al voto del Miembro Preopinante, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mi la Secretaria Autorizante que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

RESUELVE: Tener por desistido al recurrente del recurso de nulidad. Confirmar, la S.D. N° 370 de fecha 23 de mayo de 2008, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer, las costas en ambas instancias en el orden causado. Anotar, registrar, notificar por cédula y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Milciades Melgarejo Coronel, Basilio García Ayala y Valentina Núñez.

Ante mí: Abog. Letizia Pereira. Actuario Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 59

Cuestión debatida: Corresponde establecer si se ha producido la prescripción opuesta contra el documento base de la ejecución que es el certificado referente a la obra de alcantarillado sanitario de la Municipalidad de Lambaré.

OBLIGACIONES PROPTER REM.

La obra de alcantarillado y la consecuente deuda emanada del mismo, es claramente una obligación *Propter rem*, dado que compete al propietario o poseedor de una cosa en cuanto tal y se basa justamente en una determinada relación de señorío sobre una cosa, por tanto, si la cosa se transmite, la obligación sigue la cosa y grava al nuevo propietario.

PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción.

La parte actora ya había entablado una demanda (juicio ejecutivo) contra el antiguo propietario del inmueble, por lo tanto esta situación puede considerarse como acto interruptivo de la obligación reclamada en autos, contra los demandados actuales propietarios por lo cual no se ha producido la prescripción.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 04-06-10. "Jorge Ismael Yódice Ferreira c/ Lucio Gómez Frankauser y otros s/ Juicio Ejecutivo" (Ac. y Sent. N° 59).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es ella justa?

Practicando el sorteo de ley a fin de determinar el orden de votación, dio el

siguiente resultado: Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio D. García Ayala y Raúl Gómez Frutos.

A la primera cuestión el miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, dijo: El recurrente ha desistido en forma expresa de este recurso y al no constatarse vicios o errores en el procedimiento durante la tramitación y dictamiento del fallo y al no existir indefensión de las partes en este proceso, corresponde tenerlo por desistido del mismo. Es mi voto, conste.

A sus turnos los miembros García Ayala y Gómez Frutos, manifestaron que se adhieren al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión, el miembro preopinante Dr. Eusebio Melgarejo Coronel, prosiguió diciendo: contra la citada resolución se alza el actor Jorge Ismael Yódice Ferreira, fundando la apelación en el escrito de fs. 76/77 de autos manifestando: "... Que, según lo expuesto por la Jueza de Justicia Letrada del Quinto Turno de la Capital, en la parte resolutive de la S.D. N° 55 de fecha 18 de febrero de 2008, precedentemente transcripta, dicho Juzgado supuestamente ha resuelto hacer lugar a la Excepción de Prescripción fundado, según el considerando de la misma sentencia, en la endosabilidad del título ejecutivo cuyo cobro es reclamado en autos y, por lo tanto, en la prescripción del mismo en el plazo de cuatro años."

"... Que, como el Tribunal podrá apreciar, el Juzgado de Justicia Letrada del Quinto Turno de la Capital no ha tenido en cuenta las características del Título Ejecutivo cuyo cobro es reclamado y ha dejado de lado las Ordenanzas Municipales y Resoluciones Municipales que reglamentaron no solo la Prestación del Servicio de Alcantarillado Sanitario, sino también la emisor del Certificado de Obra, título ejecutivo del presente juicio".

En otro párrafo de su escrito, agrega: "... Que, si bien en autos no se discute el origen de la obligación, no se puede dejar de lado las características intrínsecas del título ejecutivo cuyo pago es reclamado en autos. El Certificado de Obra es un título ejecutivo con el cual se reclama el pago de la Obra de Alcantarillado Sanitario, es decir, se reclama el pago de una contribución que ha beneficiado a la finca de los hoy demandados y, al tener un régimen normativo especial, se rige por dichas normas y por las establecidas en el Código Civil Paraguayo".

"... Que, el Art. 168, inciso quinto, de la Constitución Nacional establece que "Las municipalidades sólo pueden regular el monto de tasas retributivas sobre servicios prestados", es decir que, en virtud de la norma constitucional precitada, si bien los títulos fueron emitidos antes de la finalización de la obra, el pago

de la misma solo puede ser reclamado a partir de la finalización de la misma y no antes. Y es a partir de la finalización que empieza a computarse el plazo de cinco años mencionado por el demandado y no antes”.

A continuación señala: “...Que, como bien lo establece el Art. 245 de la Ley 1294/87 ‘Orgánica Municipal’: ‘Los créditos municipales prescribirán a los cinco años, contados desde la fecha de su exigibilidad o del día que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Es decir, que la deuda prescribe a los 5 años desde la fecha de su exigibilidad y no a los cinco años en que fue emitido el título’”.

“...Que, por Resolución N° 262/97, la Municipalidad amplió y aclaró ciertos puntos referentes al contrato de Concesión del Sistema de Alcantarillado, de igual manera en la misma resolución establece que la construcción del Alcantarillado Sanitario en el Municipio de Lambaré tendría una duración de sesenta meses a partir del 18 de enero de 1997”.

“...Que, según el análisis realizado por el Juzgado de Justicia Letrada del Quinto Turno de la Capital, el título ejecutivo reclamado no corresponde al cobro de una Contribución Municipal por haber sido la obra realizada por una empresa privada, hecho que en nada impide que sea una Contribución Municipal, ya que la Municipalidad, en virtud de la autonomía que la misma ley le otorga, libremente llamo a Licitación Pública y contrato con el consorcio de obras sanitarias la construcción de dicha obra, lo que no le quita el carácter de contribución el hecho de ser realizada la obra por una empresa privada”.

Continúa agregando otras consideraciones por las cuales su parte se agravia contra la citada Sentencia y concluye en estos términos: “...Finalmente solicito al Tribunal dicte sentencia revocado la S.D. N° 55 de fecha 18 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de Justicia Letrada del Quinto Turno de la Capital y, en consecuencia, revocar la S.D. N° 55 de fecha 18 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de Justicia Letrada del Quinto Turno de la Capital, en consecuencia, rechazar con costas la Excepción planteada por corresponder en derecho”.

A fs. 86 obra el A.I. N° 424 de fecha 24 de julio de 2008, dictado por este Tribunal, que resolvió: “...Dar por decaído el derecho que ha dejado de usar el abogado Carl Thomas Gwynn Ramirez, por no haber presentado su escrito de contestación de los agravios del apelante dentro del plazo de ley, en consecuencia llamar autos para resolver. Anotar...”.

Corresponde a este Tribunal establecer si la Sentencia apelada se encuentra o no ajustada a derecho.

En primer lugar, corresponde establecer si se ha producido la prescripción opuesta contra el documento base de la ejecución obrante a fs. 7, que es el certificado N° 02250 de fecha 7 de octubre de 1997, referente a la obra de alcantarillado sanitario de la Municipalidad de Lambaré.

En el caso de autos, observa este Tribunal que la obra de alcantarillado y la consecuente deuda emanada del mismo, es claramente una obligación *Propter rem*, dado que compete al propietario o poseedor de una cosa en cuanto tal y se basa justamente en una determinada relación de señorío sobre una cosa, por tanto, si la cosa se transmite, la obligación sigue la cosa y grava al nuevo propietario. Así también lo ha entendido el doctrinario argentino Jorge Joaquín Llam-bías: "...Lo característico de estas obligaciones reside en que se constituyen en función de cierta relación de señorío que tiene una persona indeterminada sobre una cosa determinada. En rigor, no hay indeterminación del sujeto, sino ausencia de su individualización, porque ello dependerá del momento de la vida de la obligación en que se la haga valer. Según que ello ocurra en tal o cual momento, el acreedor o deudor será quienquiera fuese el poseedor de la cosa con motivo de la obligación". Teniendo en cuenta esto, en este caso, estamos ante una obligación *propter rem* y que el Art. 136 de la Ley N° "Ley Orgánica Municipal", dispone que la obra de alcantarillado será pagada por los dueños del inmueble beneficiado. Debemos analizar a quién corresponde el dominio de la cosa.

De lo expuesto precedentemente, en este caso en particular, la prescripción no corre, ya que originariamente el obligado era la firma Finanban S.A. de Finanzas, conforme consta en el certificado de obra de alcantarillado sanitario expedido por la Municipalidad de Lambaré y a esta firma financiera se le ha demandado al pago de la deuda contenida en el referido certificado. El juicio de referencia culminó con la S.D. N° 92 de fecha 15 de febrero de 2005, dictado por el Juzgado de la Justicia Letrada en lo Civil y Comercial, del Cuarto Turno. En ese sentido, el Sr. Jorge Ismael Yódice Ferreira ha perseguido su crédito, interrumpiendo de este modo la prescripción, ya que los demandados Lucio Gómez Frankauser y Luciano Gómez Frankauser no eran los dueños del inmueble de referencia, no pudiendo ser demandados en ese momento.

Así lo ha dispuesto en un fallo anterior este Tribunal (véase Acuerdo y Sentencia N° 166 de fecha 30 de diciembre de 2009), así como el Tribunal de igual Clase y Jurisdicción, Tercera Sala (véase el Acuerdo y Sentencia N° 49 de fecha 29 de mayo de 2009).

En suma, de autos se desprende con total claridad que la parte actora ya había entablado una demanda contra el antiguo propietario del inmueble de referencia, por lo tanto, esta situación puede considerarse como acto interruptivo de la obligación reclamada en autos contra los demandados Lucio Gómez Frankauser y Luciano Gómez Frankauser.

Ante todo lo mencionado, se llega a la conclusión que la Sentencia recurrida no se encuentra ajustada a derecho y, en consecuencia, la misma debe ser revocada en todas sus partes, con expresa imposición de las costas procesales en ambas instancias a la parte demandada perdidosa, conforme a lo establecido en el Art. 192 en concordancia con el Art. 203 inc. a) del C.P.C. Es mi voto.

A sus respectivos turnos, los miembros García Ayala y Gómez Frutos, manifestaron que se adhieren al voto del Miembro Preopinante, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, previa lectura y ratificación de su contenido, firmando los Señores Miembros, por ante mí la Secretaria Autorizante de que certifico quedando acordada la sentencia que sigue.

RESUELVE: Tener por desistido el recurso de nulidad. Revocar en todos sus términos la S.D. N° 55 de fecha 18 de julio de 2008, dictada por la Jueza de la Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Quinto Turno de esta Capital, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas de ambas instancias a la perdidosa. Anotar, registrar, notificar por cedula y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Eusebio Melgarejo Coronel, Basilicio D. García Ayala y Raúl Gómez Frutos.

Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 80

Cuestión debatida: Se pretende la revocatoria del fallo de primera instancia a fin de que se haga lugar a la demanda por cumplimiento de contrato basado en que que la aseguradora rechazó el siniestro en forma extemporánea y que el mismo no estaba fundado, atacando el actor el aspecto formal y sustancial del rechazo del siniestro.

SEGURO. Plazo en el contrato de seguro.

El plazo previsto en el art. 1597 del Código Civil se inició con la remisión de la nota (información complementaria por parte del titular de la póliza) a la firma liquidadora del siniestro

SEGURO. Plazo en el contrato de seguro.

El artículo 1.597 del C.C. prevé la obligación del asegurador de pronunciarse con respecto al *derecho del asegurado*. Es decir, con relación a la procedencia de la indemnización por la producción de un evento. Este pronunciamiento del asegurador, como es sabido, no se limita al análisis ontológico del evento, sino que además se requiere del estudio de los aspectos legales, como ser: vigencia de la póliza, pago de la prima, cobertura del hecho denunciado, etc.

SEGURO. Informaciones incompletas o falsas en el contrato de seguro. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro.

El concepto de “información complementaria” no puede ser restringido en su interpretación al hecho material del evento denunciado, sino que, además, se extiende a los demás aspectos que también deben ser considerados para que el asegurador pueda pronunciarse con respecto al “derecho del asegurado”. En el *cas d’espèce*, estamos en condiciones de admitir que el requerimiento de la habilitación municipal para transitar y el registro de conductor son elementos fundamentales para determinar la cobertura pretendida por el asegurado, puesto que la orfandad de los mismos es motivo suficiente para el rechazo del siniestro.

SEGURO. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro

La velocidad con la que transitaba el actor es el elemento gravitante para resolver la cuestión en atención a que la Cláusula 5 de la “Cobertura N°: 1 – Daños Materiales” establece: *“El Asegurador no se responsabilizará en los siguientes casos: a) Cuando el conductor provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave o cuando no dé cumplimiento a las leyes, ordenanzas, reglamentos gubernamentales, municipales o policiales vigentes en el territorio nacional...”*.

MUNICIPALIDAD. Ordenanzas, reglamentos y resoluciones. Sanciones municipales.

El exceso de la velocidad permitida para la circulación en la intersección en la que se produjo el accidente no sólo hace recaer la culpa del hecho en el actor, sino que, además, lo convierte en infractor del Reglamento General de Tránsito.

PRUEBA DE PERITOS. Dictamen pericial. Fuerza probatoria.

De la norma del art. 360 del CPC se infiere que para valorar esta prueba (pericial accidentalológica) deben tenerse en cuenta: (a) la ponderación de la competencia de los peritos; (b) la conformidad o disconformidad de sus opiniones; y (c) los principios científicos en que se funden; y (d) las demás pruebas incorporadas al proceso.

SEGURO. Denuncia del siniestro. PRUEBA DOCUMENTAL.

La denuncia del actor al asegurador adquiere particular relevancia puesto que se trata de una prueba instrumental agregada por el propio actor y refrendada por el mismo. En esta declaración sobre el siniestro el propio asegurado afirmó que la velocidad de desplazamiento en el momento del accidente era de 70km/h.

TApel. Civ. y Com., Cuarta Sala. 25-06-10. “Francisco Javier Arce Rolón c/ Mapfre S.A. s/ Cumplimiento de contrato” (Ac. y Sent. N° 80).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En caso contrario, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Raúl Gómez Frutos, Dr. Neri E. Villalba F., y Dr. Eusebio Melgarejo Coronel.

A la primera cuestión planteada, el conjuez Gómez Frutos dijo: El impugnante desistió expresamente del recurso de nulidad. Por otro lado, efectuados los controles formales en la sentencia traída a revisión, no se observan vicios en la misma que la invaliden como acto jurisdiccional y motiven la declaración de nulidad *ex officio*, de conformidad al artículo 420 concordante con el 113 y 404 del Código Procesal Civil. Así las cosas, no cabe más que admitir el desistimiento presentado por el recurrente. Así voto.

A sus turnos, los señores miembros Villalba F. y Dr. Melgarejo Coronel manifestaron adherirse al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el conjuez Gómez Frutos prosiguió diciendo: El abogado Fernando A. Heisecke Gómez, por la representación que ejerce en estos autos, expresó agravios contra la sentencia recurrida, a fs. 385/401 diciendo, en lo medular, que el fallo es injusto puesto que la Jueza incurrió en errores de apreciación de los elementos incorporados al juicio, lo que derivó en una incorrecta aplicación de las normas que amparaban la pretensión de su comitente. Concretamente, sojuzgó las conclusiones de la *A-quo* con respecto a la extemporaneidad y fundabilidad del rechazo del siniestro señalando: (1) que

la nota datada el 28 de abril de 2006, que fue interpretada por la Jueza como el suministro de información complementaria por parte del titular de la póliza, no tiene las características de necesidad y razonabilidad, puesto que con la misma se remitieron documentaciones que en nada contribuían a la dilucidación de la mecánica del accidente de tránsito, cuya cobertura se peticionaba. Tal es así que con esta misiva el actor remitió, a requerimiento de la accionada, la habilitación municipal para el tránsito vehicular y la licencia para conducir, además informó que no se efectuó denuncia policial del siniestro y que el presupuesto de reparación generado por Perfecta Automotores obra en poder de la empresa aseguradora. Documentos, todos, que en nada contribuían con la investigación y esclarecimiento de las circunstancias en las que se produjo el siniestro. En estas condiciones, dice el apelante, mal podría interpretarse que esta nota interrumpía el plazo previsto en el artículo 1.597 del Código Civil para el rechazo del siniestro, debiendo, por tanto, tenerse como *dies a quo* la fecha de la denuncia, esto es: el 27 de marzo de 2006, la que confrontada con la fecha del rechazo de la cobertura, 16 de mayo de 2006, da como saldo la extemporaneidad del rechazo del siniestro. Por lo demás, con respecto a este punto, el apelante señala que la empresa ÉTICA, designada *ad hoc* como liquidadora del siniestro, remitía las notas al titular de la póliza en un domicilio distinto al denunciado por el mismo. (2) Con respecto a la infundabilidad del rechazo del siniestro, sostuvo que la Jueza restó valor a elementos probatorios que denotaban que el actor, al tiempo del siniestro, no transitaba a una velocidad excesiva. Para dar contenido a esta afirmación subrayó la contradicción de los testigos citados por la demandada y defendió el informe pericial presentado por el perito Oporto Sánchez. Asimismo, sostuvo que no existió contradicción en la denuncia ni se ocultó la hora en que se produjo el accidente. La presentación resumida culmina solicitándose la revocación del fallo alzado.

El abogado Carlos Alberto Zilbervarg, representante convencional de MAPFRE PARAGUAY CÍA. DE SEGUROS S.A., se presentó en esta Instancia, a fs. 402/407 a controvertir los agravios esgrimidos por apelante. Lo hizo diciendo, en lo sustancial, que el actor envió la información complementaria a la firma liquidadora recién el 28 de abril de 2006, lo que denota dos cosas: que el accionante recibió las notificaciones que le cursaron su representada y la firma liquidadora del siniestros Ética; y que dada la relevancia de estos informes –habilitación municipal para conducir y transitar con el vehículo siniestrado–, el plazo

establecido en el artículo 1597 para la aceptación o rechazo de la denuncia empezó a correr desde este momento, por lo que surge clara la temporaneidad del rechazo del derecho reclamado por el titular del seguro contratado. Continúa el contestatario afirmando que el actor circulaba a una velocidad excesiva al tiempo de la ocurrencia del accidente, hecho que fue demostrado, más allá de toda duda, con las pruebas incorporadas en autos.

Por lo demás, el apelado señaló que las contradicciones de los testigos con respecto al color de la camiseta que vestía el actor en el momento del accidente es una prueba de la veracidad de sus declaraciones; que según los testigos el actor tenía apariencia de haber ingerido grandes cantidades de alcohol; que los informes periciales no fueron impugnados; y que el parte policial, contrariamente a lo sostenido por el apelante, es un requisito impuesto no sólo por las aseguradoras, sino por la propia ley. Finaliza su presentación solicitando el rechazo del recurso que nos ocupa.

El 25 de mayo de 2010 este Tribunal clausuró el debate en Instancia de Revisión dictado el A.I. N° 334 por el que, *inter alias*, se llamó autos para sentencia. Resolución firme y ejecutoriada a la fecha.

Con el resumen de lo actuado en esta Instancia, y efectuados los controles de veracidad, logicidad y normatividad, paso al estudio de las cuestiones planteadas.

El apelante articuló en esta Instancia dos argumentos concretos con los que pretende la revocación del fallo alzado. Ellos son: que el rechazo del siniestro se produjo de manera extemporánea; y que el mismo no estaba fundado. Es decir, atacó el aspecto formal y sustancial del rechazo del siniestro. Veamos esto.

Con respecto al aspecto formal del rechazo del siniestro por su extemporaneidad, la *A-quo* entendió que el plazo previsto en el artículo 1597 del Código Civil inició con la remisión por parte del actor de la nota, el 28 de abril de 2006, a la firma liquidadora del siniestro, Ética.

Esta conclusión fue criticada por el recurrente, quien advirtió que el requerimiento que generó esta nota, así como el contenido de la misma, es absolutamente inconducente y fútil para la determinación de las circunstancias en las que se produjo el accidente cuya cobertura fue peticionada, por lo que la misma no podría ser considerada como “información complementaria” y, por lo mismo, no interrumpía el plazo de treinta días que el asegurador tenía para pronunciarse con respecto a la denuncia presentada por el actor el día 27 de marzo de 2006. Analicemos este argumento.

En principio, no cabe más que compartir el argumento del recurrente en cuanto refiere que la presentación de las habilitaciones municipales –para conducir y de tránsito del vehículo– en nada contribuye para determinar la mecánica del accidente. Tampoco aporta el parte policial o el presupuesto de reparación del rodado. Esto es así, pues las licencias expedida por el Municipio constituyen aspectos legales-administrativos que transitan por una vía distinta al hecho concreto y puntual de la forma en que se produjo el infortunio y las circunstancias que rodearon a este hecho.

Ahora bien, esta conclusión, que comparto con el apelante, es una lectura restrictiva del siniestro. En efecto, la misma se limita al hecho concreto del accidente dejando de lado los demás elementos de juicio, los que, sin dudas, deben ser analizados conjuntamente con los hechos para determinar, en definitiva, la aceptación o rechazo de la denuncia.

En efecto, el artículo 1597 del C.C. prevé la obligación del asegurador de pronunciarse con respecto al *derecho del asegurado*. Es decir, con relación a la procedencia de la indemnización por la producción de un evento. Este pronunciamiento del asegurador, como es sabido, no se limita al análisis ontológico del evento, sino que además se requiere del estudio de los aspectos legales, como ser: vigencia de la póliza, pago de la prima, cobertura del hecho denunciado, etc.

En estas condiciones el concepto de “información complementaria” no puede ser restringido en su interpretación al hecho material del evento denunciado, sino que, además, se extiende a los demás aspectos que también deben ser considerados para que el asegurador pueda pronunciarse con respecto al “derecho del asegurado”.

En el *cas d’éspece*, estamos en condiciones de admitir que el requerimiento de la habilitación municipal para transitar y el registro de conductor son elementos fundamentales para determinar la cobertura pretendida por el asegurado, puesto que la orfandad de los mismos es motivo suficiente para el rechazo del siniestro.

En otro orden de ideas, el apelante sostuvo que las notas remitidas por MAPFRE y ÉTICA no fueron dirigidas al domicilio que el actor había denunciado a estas firmas. Al respecto, el actor no indicó a este Tribunal de qué manera este hecho incidió en el ejercicio de sus derechos. Además, como lo expuso el apelado, las notas que fueron remitidas al domicilio que el actor dijo no pertenecerle fueron respondidas por el mismo, con lo que podemos afirmar que ellas

cumplieron con su finalidad. Así las cosas, no cabe más que rechazar este argumento como elemento invalidante del fallo alzado.

En suma, considero que efectivamente el plazo previsto en el artículo 1597 del C.C. inició con la remisión de la nota obrante a fojas 132 de autos, suscrita por el actor, que fue datada el 28 de abril de 2006. Esta afirmación, confrontada con la fecha del rechazo del siniestro, el 16 de mayo del mismo año, nos arroja como saldo la conclusión de que el rechazo del derecho del asegurado se produjo dentro del plazo previsto en la norma antes citada.

Así resuelto el aspecto formal del rechazo del siniestro, pasemos al análisis de los fundamentos sustanciales del mismo.

Más allá de las particularidades del caso, como ser: la dirección exacta del accidente, el árbol contra el cual fue a impactar la camioneta del actor, la remera que el actor vestía, la hora en que se produjo el accidente, etc., el hecho más significativo es la velocidad con la que se desplazaba el asegurado al tiempo del accidente.

Sostengo que la velocidad con la que transitaba el actor es el elemento gravitante para resolver la cuestión en atención a que la Cláusula 5 de la “Cobertura N°: 1 – Daños Materiales” establece: *“El Asegurador no se responsabilizará en los siguientes casos: a) Cuando el conductor provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave o cuando no dé cumplimiento a las leyes, ordenanzas, reglamentos gubernamentales, municipales o policiales vigentes en el territorio nacional...”*.

Es decir, el exceso de la velocidad permitida para la circulación en la intersección en la que se produjo el accidente no sólo hace recaer la culpa del hecho en el actor, sino que, además, lo convierte en infractor del Reglamento General de Tránsito.

Así, cabe analizar los elementos probatorios para determinar, con mayor aproximación, la velocidad al tiempo del impacto.

En esta contienda se practicó la prueba pericial accidentológica, para cuya diligencia la Jueza admitió los peritos propuestos por las partes y designó un tercero. Los informes fueron objeto de explicaciones ampliatorias por los peritos.

Los criterios de valoración de esta prueba están establecidos en el artículo 360 del Código Procesal Civil, que establece: *“La fuerza probatoria del dictamen pericial será apreciada por el juez, teniendo en consideración la competencia de*

los peritos, la conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca”.

De la norma se infiere que para valorar esta prueba deben tenerse en cuenta: (a) la ponderación de la competencia de los peritos; (b) la conformidad o disconformidad de sus opiniones; y (c) los principios científicos en que se funden; y (d) las demás pruebas incorporadas al proceso.

En cuanto al primer punto, se advierte que todos los peritos son expertos en la materia y están matriculados en la Corte Suprema de Justicia en el área en el que actúa.

Con respecto a la conformidad de las opiniones se observa que de los tres informes presentados, dos de ellos son concordantes en la conclusión con respecto a la velocidad del desplazamiento al momento del impacto. En efecto, los peritos Víctor D. Giménez Mencia y Catalina Brítez de Gutiérrez coincidieron en que la velocidad oscilaba entre 70km/h y 90km/h; en tanto que el perito Oporto Sánchez concluyó que la velocidad era de 50km/h.

En cuanto a los principios científicos de los que abrevan sus conclusiones, no se observa irracionalidad en los mismos. Al contrario, se advierte un estudio técnico serio de los puntos propuestos como objeto de la pericia. Por lo demás, las partes no criticaron los principios científicos que fundan sus conclusiones.

Finalmente, se advierte que las opiniones coincidentes –las que refieren que la velocidad de circulación era entre 70km/h y 90km/h– son cónsonas con las declaraciones de los testigos presenciales del siniestro y, principalmente, con la denuncia del actor al asegurador.

Este último instrumento adquiere particular relevancia, puesto que se trata de una prueba instrumental agregada por el propio actor y refrendada por el mismo. En esta declaración sobre el siniestro el propio asegurado afirmó que la velocidad de desplazamiento en el momento del accidente era de 70km/h.

Si bien, el apelante restó importancia a la declaración vertida en dicho instrumento diciendo que el mismo fue completado por una funcionaria de la firma Mapfre. Este argumento resulta claramente insuficiente para restar valor probatorio a esta documental. En efecto, si el actor pretendía cercenar la eficacia probatoria de esta instrumental, debió ejercer los resortes procesales tendientes a demostrar la falsedad ideológica de la misma y no limitarse a sostener que se trató de un simple trámite administrativo que fue refrendado con ligereza.

En suma, no existen razones atendibles para apartarnos de los dictámenes concordantes puesto que los mismos se encuentran respaldados con los elementos probatorios antes referidos. Por el contrario, el dictamen del perito Oporto Sánchez se contradice con las declaraciones de los testigos presenciales y con la confesión espontánea del actor consignada en la instrumental agregada por el mismo a fojas 26/28 de autos.

Entonces, podemos afirmar que el actor conducía su vehículo a velocidades no permitidas legalmente en la zona en que se produjo el accidente.

Con esta conclusión, surge claro que el asegurador queda eximido de la responsabilidad de indemnizar al asegurado por el siniestro, puesto que esta circunstancia se encuentra específicamente prevista en el apartado “Casos No Indemnizables” de las Condiciones Particulares de la póliza de seguro.

Así las cosas, no podemos más que concluir que el aspecto sustancial del rechazo del siniestro se encuentra debidamente justificado y, con lo mismo, arribamos al desenlace de la improcedencia de la pretensión contenida en esta demanda. El fallo que así resuelve es justo y lógico por lo que debe ser confirmado.

Con respecto a las costas, de conformidad al artículo 203 inc. a) del C.P.C., las mismas deberán ser soportadas por el apelante.

Por tanto, por las razones expuestas, es mi parecer que la sentencia en revisión debe ser confirmada, con costas. Así voto.

A sus turnos, los Señores Miembros Villalba F. y Dr. Melgarejo Coronel manifestaron adherirse al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros en conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí de lo que certifico.

RESUELVE: Tener por desistido al impugnante del recurso de nulidad. Confirmar, por los argumentos expuestos en el exordio de esta resolución, la S.D. N° 69 datada el 17 de febrero de 2010, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno de la Capital, Secretaría N° 19. Imponer las costas al recurrente. Anotar, registrar, notificar y remitir una copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Miembros: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo Coronel y Neri E. Villalba F.

Ante mí: Letizia Pereira. Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 42

Cuestión debatida: se discute la caducidad de instancia por haber transcurrido el plazo de seis meses entre la concesión del recurso y la elevación del expediente al Tribunal de Apelación.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Carga de elevación al tribunal. RECURSOS. Concesión del recurso.

El plazo entre la concesión de los recursos y la elevación a segunda instancia no forma instancia en razón de lo dispuesto en el art. 402 del CPC que pone a cargo del juzgador la elevación del expediente o las actuaciones dentro del tercero día de concedido el recurso, mediante constancia y bajo responsabilidad del secretario por lo que la carga de elevación es el juzgado y no de las partes.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 16-02-10. "RHP Aldo Julián Moreno Cáceres en el juicio Delio Bordón c/ Aidé Aguilera Rufinelli y Armando Cirilo Esquivel s/ Usucapión" (A. I. N° 42).

Asunción, 16 de febrero de 2010

VISTO: El escrito del Abog. Aldo Julián Moreno Cáceres presentado a fs. 8 el informe del Actuario que antecede, y;

CONSIDERANDO: Que el informe del Actuario que antecede manifiesta que "se concedieron los recursos de apelación y nulidad interpuesto por el Abog. Luis Ayala Burgos, según providencia de fecha 04 de marzo de 2009, contra el A.I. N° 1821 de fecha 10 de octubre de 2009, y la remisión del expediente a esta alzada según cargo de fecha 28 de octubre de 2009".

Que, atento a las constancias de autos y el informe del Secretario que antecede, surge que el expediente ha sido remitido a esta instancia en fecha 28 de octubre de 2009 y que la providencia de autos ha sido dictada en fecha 16 de noviembre de 2009. Posteriormente tras la presentación del escrito del Abog. Aldo Julián Moreno Cáceres (fs. 8) se ha providenciado la suspensión de los plazos en el llamamiento de autos en fecha 26 de noviembre de 2009, para resolver sobre la caducidad de instancia.

Que, este Tribunal entiende que el plazo entre la Concesión de los Recursos y la Elevación a Segundo Instancia en razón de lo dispuesto en el Art. 402 del CPC que pone a cargo del Juzgado la elevación del expediente o las actuaciones dentro del tercero día de concedido el recurso, mediante constancia y bajo responsabilidad del Secretario, por lo que la carga de elevación es del Juzgado y no de las partes.

Que, queda probado así que no ha transcurrido el plazo de 6 meses invocado por el Abog. Aldo Julián Moreno Cáceres para solicitar caducidad de instancia

Por lo expuesto, debe rechazarse la caducidad solicitada

En virtud de lo brevemente expuesto, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala.

RESUELVE: 1º) No hacer lugar a la caducidad de instancia solicitada por el Abog. Aldo Julián Moreno Cáceres. 2º) Anotar, registrar y remitir una copia a la Excma Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo Castiglioni, Linneo Ynsfrán Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 98

RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia.

El recurso de aclaratoria es procedente contra la parte dispositiva del fallo y no contra el considerando.

RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia.

No puede utilizarse el recurso de aclaratoria so pretexto de aclarar e intentar reabrir o decretar la nulidad de la controversia sobre cuestiones que hacen la opinión de los miembros del tribunal, la cual en esta ocasión, se encuentra debidamente respaldada en fundamentos legales y en probanzas diligenciadas en autos y que en oportunidad fueron consideradas y valoradas como corresponde, por ello la revisión solo procede mediante otra vía procesal idónea.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 03-03-10. "Edeltraud Kneifel c/ Uwe Hans Richard Hoffmann s/ Acción ejecutiva" (A. I. N° 98).

Asunción, 03 de marzo de 2010.

VISTO: El recurso de aclaratoria deducido por el Abogado Marcial Bordas Álvarez, contra el A.I. N° 207 del 20 de Abril del 2009; y,

CONSIDERANDO: Opinión del Magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar:

El recurso de aclaratoria fue presentado dentro del tiempo y en la forma establecida por la ley, corresponde ser estudiado y resuelto.

El fallo objeto del recurso, el A.I. N° 207 de fecha 20 de abril del 2009, dictado en esta instancia, resolvió, confirmar el A.I. N° 241 de fecha 24 de marzo de 2008 dictado en la instancia inferior.

El recurrente peticona a este Tribunal aclarar en qué expediente se ha levantado el odio y el resentimiento expuesto por el miembro Fremiort Ortiz Pierpaoli, atendiendo a que el mismo ha expuesto causal de inhibición contra mi persona (ver fs. 127) y, por esta razón, pretende la aclaración del fallo y la nulidad de oficio de la resolución dictada a esta instancia.

Nuestra opinión sobre este tema es que el recurso de aclaratoria es procedente contra la parte dispositiva del fallo, y no contra el Considerado. Por otro lado, para nosotros no puede utilizarse el recurso so pretexto de aclarar e intentar reabrir o decretar la nulidad de la controversia sobre cuestiones que hacen la opinión de los Miembros del Tribunal, la cual en esta ocasión, se encuentra debidamente respaldada en fundamentos legales y en probanzas diligenciadas en autos y que en oportunidad fueron consideradas y valoradas como corresponde, por ello la revisión solo procede mediante otra vía procesal idónea. A mayor abundamiento, y en lo referente a la causal de inhibición del miembro Fremiort Ortiz Pierpaoli, fundamento dado por el recurrente para pretender la nulidad de oficio del fallo objetado de aclaratoria, tenemos que en estos autos esta Sala ha dictado el A.I N° 531 de fecha 19 de agosto de 2008 (ver fs. 119), donde el citado magistrado procedió a firmar la resolución, siendo ésta favorable al recurrente, por lo que posteriormente presento su escrito de agravios que se encuentra agregada a fs. 120/123 donde éste no hizo saber al Tribunal la causal de inhibición que tiene con el magistrado Fremiort Ortiz Pierpaoli, teniendo el mismo cinco días de plazo para promover un incidente de nulidad para dejar sin efecto el acto viciado, situación que no se dio ese estadio procesal. Posteriormente se dictó el fallo objeto de aclaratoria (A.I. N° 207 de fecha 20 de abril de 2009), donde las pretensiones del recurrente no le son favorables por lo que ahora

pretende se anule de oficio el citado fallo por el motivo de que el citado Miembro tiene causal de inhabilitación, pero entendemos que, como hemos mencionado líneas arriba, el plazo que tenía para subsanar el vicio expuesto por el recurrente, es decir, de promover un incidente de nulidad de actuaciones, ha transcurrido conforme lo establece la norma procesal.

Consecuentemente, la finalidad del remedio procesal incoado está plasmada en el Art. 387 del Código Procesal Civil y, al no darse las condiciones establecidas en la indicada norma procesal, se impone el rechazo del recurso interpuesto.

Opinión de los magistrados Carmelo Castiglioni y Eusebio Melgarejo: 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: Rechazar el presente recurso de aclaratoria por improcedente. Anotar, registrar y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfrán Saldívar y Eusebio Melgarejo Coronel.

Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 109

COSTAS. Principios generales.

Las costas son los gastos ocasionados por el trámite del juicio, pero no constituyen una pena. El principio que impera es que ellas son impuestas a la parte vencida en el proceso. Sabemos igualmente que el juzgador cuenta con la facultad de considerar los hechos objetivamente y la conducta de las partes en el juicio al momento de imponerlas, es decir, está facultado para imponer las costas en el orden causado o al vencedor.

EXCEPCIÓN. Costas en la excepción.

En el caso, la actora dio pie a que el codemandado oponga excepción, se le impuso las costas a aquella por haber presentado un escrito en contravención a lo que indica la ley procesal.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 04-03-10. “Petronio Aguiar y Jorgelina Ortiz de Aguiar c/ La Municipalidad de Asunción y otros s/ Indemnización de Daños y perjuicios” (A. I. N° 109).

Asunción, 4 de marzo de 2010.

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el abogado Oscar Tuma contra el A.I. N° 253 de fecha 12 de marzo de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno turno;

CONSIDERANDO: Opinión del magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar. *Nulidad*: El nulicidente desistió del presente recurso en el escrito de memorial de fs. 559/562, no obstante ello, esta Magistratura ha procedido a estudiar la resolución recurrida constatando que la misma no adolece de defectos ni vicios que ameriten decretar la nulidad de oficio. Corresponde, por ende, tener por desistido al recurrente de este recurso.

Apelación: La resolución apelada rechazó la Excepción de Defecto Legal opuesta por el codemandado Julio Benigno Ramírez e impuso las costas a la actora, por los fundamentos dados en el Considerando del fallo (ver fs. 390/391).

Al recurrente le agravia el apartado II de la resolución, que le impone las costas a su parte. Ante esta instancia presenta el escrito de expresión de agravios obrante a fs. 559/562, donde en una parte el apelante señala: “...*Por lo tanto, el A-quo al tener en cuenta una suerte de subsanación ha incurrido en un error, ya que no hubo ninguna subsanación del escrito de demanda (fs. 1-132), el cual fue presentado conforme lo establece el Art. 215 del C.P.C, por lo tanto no existe ninguna motivación de mi parte para que el demandado se vea en la necesidad de plantear la excepción...*” (sic fs. 561/562). Concluye manifestando cuanto sigue: “...*Y, en base a las consideraciones expresadas más arriba no procede la imposición de costas a mi parte, cuando no se hizo lugar a la excepción de defecto legal...*” (sic. Fs. 562). La otra parte, al contestar el traslado a fs. 590/592, solicita la confirmación del fallo apelado, transcribiendo una serie de citas jurisprudenciales e indicando las disposiciones legales que amparan su pretensión.-

El Art. 202 del CPC dispone: “*Cuando de los antecedentes del proceso resultare que el demandado no ha dado motivo a la interposición de la demanda y se allanare dentro del plazo para contestarla, el actor será condenado en costas. El vencedor será asimismo condenado en costas en los casos previstos en los artículos 52 y 53*”.

Como se sabe, las costas son los gastos ocasionados por el trámite del juicio, pero no constituye una pena. El principio que impera es que ellas son impuestas a la parte vencida en el proceso. Sabemos igualmente que el juzgador cuenta con la facultad de considerar los hechos objetivamente y la conducta de las partes en el juicio al momento de imponerlas, es decir, está facultado para imponer las costas en el orden causado, al vencido o al vencedor.

Adentrándonos al estudio de este caso, específicamente en el Considerando de la resolución apelada, el A-quo expresa que, si bien se dan los requisitos para la procedencia de la excepción de defecto legal, la misma fue subsanada con el escrito de contestación de la excepción, por lo que rechaza la excepción, pero como el escrito de la actora dio pie a que el codemandado oponga esta excepción, le impuso las costas por haber presentado un escrito en contravención a lo que indica la ley procesal (ver fs. 390/391). La decisión del inferior se encuentra amparada por nuestra legislación y de las constancias de autos concluimos que, efectivamente, se configuran los presupuestos indicados por el A-quo para resolver de la manera en que lo hizo en el fallo apelado.

En base a lo expuesto, esta Magistratura considera que la decisión se ajusta a derecho, en el apartado II del A.I. N° 253 de fecha 12 de marzo de 2008, por lo que debe confirmarse el mismo, e imponer las costas a la perdedora en esta instancia.

Opinion de los magistrados Carmelo Castiglioni y Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga: Manifiestan que se adhieren a la opinión del Dr. Ynsfrán Saldívar por los mismos fundamentos.

RESUELVE: 1. Tener por desistido al nulicidente del recurso de nulidad. 2. Confirmar, con costas, el apartado II del A.I. N° 253 de fecha 12 de marzo de 2008, por las razones indicadas en el exordio del presente fallo. 3. Anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfrán Saldívar y María Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 182

EXCEPCIÓN. Excepción como medio general de defensa. Procedimiento de la excepción.

Las excepciones opuestas por los demandados como medios generales de defensa deben ser resueltas recién al momento de dictarse sentencia y no en la forma en que lo realizó el inferior respecto a la excepción de falta de acción al que otorgó el trámite previsto para las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 25-03-10. “Queja por recursos denegados interpuestos por los abogados Nelson Javier Mancuello Chaparro y Dinisio Mancuello López en los autos: “Nelson Hugo Melgarejo Duarte c/ Nelson Javier Mancuello Chaparro y otro s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (A. I. N° 182).

Asunción, 25 de marzo del 2.010.

VISTO: El escrito presentado por los abogados Nelson Javier Mancuello Chaparro y Dionisio Mancuello López, arriba citados; y,

CONSIDERANDO: Opinión del Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli: Que, en la citada presentación, los mismos fundamentan los recursos de nulidad y apelación interpuestos contra el A.I. N° 984 de fecha 7 de julio de 2007, dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de esta Capital, concedidos por A.I. N° 793 de fecha 30 de setiembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala (fs. 7), en un recurso de queja por recursos denegados.

Nulidad: Este recurso no fue fundamentado en autos. Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves de carácter procesal que hagan viable la nulidad de oficio de la resolución en alzada, conforme a los términos de los Arts. 113 y 404 del C.P.C. En consecuencia, el mismo debe ser declarado desierto.

Apelación: Sostienen los recurrentes en su memorial de fs. 20, que el A.I. N° 984 del 7 de julio de 2007, dictado por el Juzgado en lo Civil del Sexto Turno, rechazó la Excepción de Defecto Legal planteada por los demandados deducidos como medio general de defensa, conforme a las disposiciones de los Arts. 223 y

224 del Código Procesal Civil, ignorando lo dispuesto sobre el mismo el Art. 233 del mismo cuerpo legal, que concede al demandado la facultad de hacer valer, en la contestación de la demanda, como medio general de defensa, las excepciones destinadas a producir la extinción de la acción o el rechazo de la pretensión, que no hayan sido admitidas y juzgadas como previas.

Esta resolución deja a los recurrentes, según aducen, en un total estado de indefensión porque les priva de un medio general de defensa para neutralizar la demanda promovida contra los mismos, ocasionándoles un perjuicio económico en forma prematura antes de dictarse la sentencia definitiva, porque imprimió a las excepciones arriba citadas el trámite correspondiente a las excepciones como de previo y especial pronunciamiento, corriendo traslado de las mismas a la adversa, conforme se advierte a fs. 35, siendo contestadas por la contraparte en los términos de los escritos agregados a fs. 56 y 57 de autos.

En consecuencia, solicitan la revocación de la resolución recurrida y diferir hasta el momento de dictar sentencia definitiva las excepciones deducidas de falta de acción y defecto legal en el modo de proponer la demanda, con costas.

Corrido traslado del memorial presentado a la otra parte, ésta, en tiempo hábil contestó el mismo en los términos agregados a fs. 23 y 24 de autos, impugnando y negando los extremos sostenidos por los recurrentes, solicitando la confirmación, con costas, el auto recurrido.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrimados a estos autos, así como al juicio principal que se tiene a la vista, a las alegaciones fácticas de las partes, este Tribunal es de criterio que la resolución recurrida debe ser confirmada, con costas, por hallarse ajustada a derecho, en mérito a los siguientes fundamentos.

En efecto, a fs. 21 (bis) y sgtes., del juicio principal, los demandados Nelson Javier Mancuello Chaparro y Dionisio Mancuello López, opusieron la de Falta de Acción como excepción previa, de la que se corrió traslado a la parte actora por providencia de fecha 15 de marzo del 2007, (fs. 33). Dicha excepción fue contestada en los términos del escrito agregado a fs. 34 y sgtes., y resuelta en los términos del A.I. N° 1.772 del 13 de setiembre del 2007 (fs. 42) rechazándose la misma, con costas, la misma.

Posteriormente, al contestar la demanda, los accionados volvieron a presentar excepción contra el progreso de la presente acción, pero esta vez las excepciones de falta de acción y defecto legal, pero como medio general de defen-

sa. sobre este aspecto, el art. 233 del Código Procesal Civil reconoce como facultad del demandado, que éste "...podrá hacer valer, en la contestación de la demanda, como medios generales de defensa, las excepciones destinadas a producir la extinción de la acción o el rechazo de la pretensión, que no hayan sido admitidas y juzgadas como previas".

En estas condiciones, las diligencias tramitadas en autos, conforme a los fundamentos del memorial presentado a estos autos, a fs. 21 y sgtes., se halla ajustado a derecho. En estas condiciones, las excepciones opuestas por los demandados, deben ser resueltas recién al momento de dictarse sentencia y no en la forma en que lo realizó el inferior, respecto a la excepción de falta de acción al que otorgó el trámite previsto para las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Opinión de los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfran Saldívar, manifestaron adherirse a la opinión del preopinante, por los mismos fundamentos.

RESUELVE: 1°. Declarar desierto, el recurso de nulidad interpuesto en autos. 2°. Revocar, con costas, en forma parcial, el A.I. N° 984 de fecha 7 de julio de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno, de esta Capital, en la parte que rechaza con costas la excepción de defecto legal, y, en consecuencia, diferir hasta el dictamiento de la Sentencia Definitiva, la resolución de la excepción de Defecto Legal en el modo de proponer la demanda, deducida por la parte demandada, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 2°. -Anotese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Carmelo A. Castiglioni, Linneo Ynsfran Saldívar y Fremiort Ortiz Pierpaoli

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 8

EXCEPCIÓN. Procedimiento de la excepción.

El demandado posee la posibilidad de oponer ciertas excepciones concediéndose de esta forma del derecho a la defensa para no pagar sumas que no adeuda o a quienes no son los acreedores. Las excepciones permitidas por la ley se hallan legisladas en el Art. 462 del CPC, una de ellas es la inhabilidad de título (Art. 462 inc. d) del Código Procesal).- (Voto del preopinante en minoría)

EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. Procedencia de la excepción de inhabilidad de título. Prueba de la excepción de la inhabilidad de título.

Esta Magistratura otorga mucho valor a la negación de la existencia de la deuda reclamada, y como ello no se produjo en autos nos lleva a inclinarnos por concordar con el inferior que es improcedente la excepción de inhabilidad de título, dado que la legitimación activa resulta del título a ejecutarse. (Voto del preopinante en minoría).

TARJETA DE CRÉDITO.

El reconocimiento de firma de una solicitud de tarjeta de crédito no origina el crédito y no es título ejecutivo. El resumen de cuenta tampoco es título ejecutivo. Esto es fácil de entender pues el resumen de cuenta es la evocación de una cuenta corriente activa y no puede ejecutarse en virtud de lo dispuesto en el Art. 1393 del C.C. (Voto de la Mayoría).

TARJETA DE CRÉDITO.

Para que la tarjeta de crédito pueda cobrarse por la vía de la cuenta corriente, debe cerrarse la cuenta corriente, por imperio de lo que establece el Art. 92 de la ley de banco y el Art. 1393 del C.C. El resumen de cuenta corriente no es un cierre, sino es un informe del estado de cuenta corriente que debe proyectarse a la contabilidad, pues contablemente no puede seguir activa la cuenta. (Voto de la Mayoría).

TARJETA DE CRÉDITO.

Cuando la tarjeta de crédito no se cobra por los cupones, la vía alternativa es el cierre de cuenta corriente, por lo tanto, el resumen de cuenta corriente, no es título ejecutivo (y no se puede forzar sin quebrantar la ley, hacerlo por el reconocimiento de deuda) y aunque así se haya previsto en el contrato de tarjeta de crédito, porque el contrato no puede dejar sin efecto la ley, como sería dejar

sin efecto el Art. 92 de la ley de bancos y el Art. 1393 del C.C. (Voto de la Mayoría).

TARJETA DE CRÉDITO.

El contrato de cuenta de tarjeta de crédito y el contrato de cuenta corriente no fue firmado entre el ejecutante y ejecutado y la cesión de cartera de crédito no implica una reapertura automática de cuenta corriente, pues ésta debe necesariamente responder al principio de contrato de mutuo consentimiento. (Voto de la Mayoría).

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE.

En la transferencia de cartera de crédito entre bancos, lo que se transfiriere son los créditos ciertos, no los contratos que la originaron, pues ésta no puede subvertir el principio de bilateralidad y consentimiento mutuo. (Voto de la Mayoría).

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE.

Nadie está obligado a proseguir un contrato de cuenta corriente abierta en un banco, que después cede a otro banco, sin el consentimiento de la cuenta correntista. (Voto de la Mayoría).

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 18-02-10. "Interbanco S.A. c/Aurora Wasmosy de Ayub y otros s. Preparación de acción ejecutiva " (Ac. y Sent. N° 8).

CUESTIÓN: ¿Se dictó conforme a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Ynsfrán Saldívar, Castiglioni y Ortiz Pierpaoli.

A la única cuestion el magistrado Ynsfrán Saldívar dijo: El fallo apelado rechazó la excepción de inhabilidad de título por falta de acción opuesta por los demandados Aurora S. Wasmosy de Ayub, Roque Elías Alfredo Ayub Yunis, Karina Sofia Ayub Wasmosy, por improcedente.

Al apelante le agravia la decisión y ante este Tribunal presenta la expresión de agravios (fs. 78/80) manifestando que la sentencia apelada debe ser revocada, teniendo en cuenta que la parte actora pretende hacer creer que han celebrado un contrato de cesión de tarjetas de crédito, cuando en realidad es una simple declaración entre tres personas que dicen representar a Citibank N.A. y a Interbanco S.A., sin acreditarlo. Argumenta que el título de la obligación no trae aparejada la ejecución de la deuda negada por los demandados.

La otra parte al contestar el traslado, expresa que los demandados han sido comunicados (fs. 14) de la cesión de tarjetas de crédito de Citibank N.A. a Inter-

banco S.A., sin haber cuestionado dicho negocio jurídico. Agrega que nuestra legislación no exige formalidad alguna a los efectos de instrumentar una cesión. Y por último que los demandados reconocen adeudar la suma reclamada, por lo que no procede la excepción de inhabilidad de título.

Se sabe que el juicio ejecutivo es sumario, y la pretensión se basa en un título ejecutivo y si no reúne las características apuntadas en la ley, se prepara la acción ejecutiva. En suma, en estos juicios no está permitido estudiar la causa de la obligación, simplemente se verifica si los títulos son efectivos para promover la ejecución. Pero el demandado posee la posibilidad de oponer ciertas excepciones concediéndose de esta forma del derecho a la defensa para no pagar sumas que no adeuda o a quienes no son los acreedores. Las excepciones permitidas por la ley se hallan legisladas en el Art. 462 del CPC, una de ellas es la inhabilidad de título (Art. 462, inc. d) del Código Procesal).

Entrando al tema debatido, tenemos que entre Citibank N.A. e Interbanco S.A. se celebró un contrato privado de cesión de tarjetas de crédito (fs. 22) individualizando entre ellas las pertenecientes a Aurora Wasmosy de Ayub. Según consta a fs. 14 la cesión fue debidamente informada por medio de un telegrama colacionado, enviado al domicilio real declarado por la demandada. Por tanto se asume que la misma tenía conocimiento de quien era el nuevo acreedor desde el año 2005.

La demandada interpuso la excepción mencionada, alegando que el demandante no posee legitimación activa para exigir el pago de la deuda reclamada y, además, que el título no trae aparejada ejecución. Consta, sin embargo, que se produjo la cesión correspondiente y además la demandada tenía pleno conocimiento de ello. Con relación al carácter de ejecutivo del título, vemos que a fs. 35 consta el A.I. N° 2726 de fecha 6 de Octubre de 2006, por el cual se resolvió hacer efectivo el apercibimiento y en consecuencia tener por reconocido el crédito reclamado, la cuenta y la firma de los deudores y tener por iniciado el presente juicio ejecutivo. Así también, el Código Civil en el Art. 700 menciona los contratos que deben ser efectuados por escritura pública, dentro de los cuales no se encuentra la cesión de créditos, por tanto esta formalización no es un requisito esencial del acto jurídico.

Esta Magistratura otorga mucho valor a la negación de la existencia de la deuda reclamada, y como ello no se produjo en autos nos lleva a inclinarnos por concordar con el inferior que es improcedente la excepción de inhabilidad de título, dado que la legitimación activa resulta del título a ejecutarse.

Considerando los fundamentos supra mencionados, corresponde confirmar, con costas, la S.D. N° 1651 de fecha 10 de Noviembre de 2008 y en consecuencia rechazar la excepción de inhabilidad de título opuesta por los demandados y llevar adelante la presente ejecución. Es mi voto.

A su turno el dr. Castiglioni: Manifiesta: Que, en autos no existe ningún título ejecutivo que respalde la ejecución. el reconocimiento de firma de una solicitud de tarjeta de crédito no origina el crédito y no es título ejecutivo. el resumen de cuenta tampoco es título ejecutivo. esto es fácil de entender pues el resumen de cuenta es la evocación de una cuenta corriente activa y no puede ejecutarse en virtud de lo dispuesto en el art. 1393 del c.c., conforme al cual “por el contrato de cuenta corriente (...) (es) inejecutable (...) hasta el cierre de la cuenta” (aplicable en cuenta corriente bancaria por el Art. 1427 C.C.). En autos lo que se pretende es cobrar una tarjeta de crédito por la vía de cuenta corriente, no por los cupones como corresponde. Para que la tarjeta de crédito pueda cobrarse por la vía de la cuenta corriente, debe cerrarse la cuenta corriente, por imperio de lo que establece el Art. 92 de la ley de banco y el Art. 1393 del C.C. El resumen de cuenta corriente no es un cierre sino es un informe del estado de cuenta corriente que debe proyectarse a la contabilidad, pues contablemente no puede seguir activa la cuenta. Cuando la tarjeta de crédito no se cobra por los cupones, la vía alternativa es el cierre de cuenta corriente, por lo tanto, el resumen de cuenta corriente, no es título ejecutivo (y no se puede forzar sin quebrantar la ley, hacerlo por el reconocimiento de deuda) y aunque así se haya previsto en el contrato de tarjeta de crédito, porque el contrato no puede dejar sin efecto la ley, como sería dejar sin efecto el Art. 92 de la ley de bancos y el Art. 1393 del C.C. Por otro lado, el contrato de cuenta de tarjeta de crédito y el contrato de cuenta corriente no fue firmado entre el ejecutante y ejecutado y la cesión de cartera de crédito, no implica una reapertura automática de cuenta corriente, pues esta debe necesariamente responder al principio de contrato de mutuo consentimiento. En la transferencia de cartera de crédito entre bancos, lo que se transfiere son los créditos ciertos, no los contratos que la originaron, pues esta no puede subvertir el principio de bilateralidad y consentimiento mutuo. Nadie esta obligado a proseguir un contrato de cuenta corriente abierta en un banco, que después cede a otro banco, sin el consentimiento de la cuenta correntista. En el caso de autos no consta el consentimiento de la prosecución del contrato de cuenta corriente con Interbanco, siendo que fue abierta con

Citibank, entonces, el resumen de cuenta corriente bancaria de Interbanco, no expresa una cuenta corriente, pues para eso debió dar su consentimiento el ejecutado, y la tarjeta de crédito, en cuanto a la cesión de cartera de crédito, solo podía cobrarse por los cupones.

En concreto, en cautos no existe un solo documento que respalde la ejecución y la inhabilidad de título esta suficientemente explicada, al no existir título ejecutivo, consecuentemente, voto por la revocatoria de la S.D. N° 1651 del 10 de noviembre de 2008, con costas a la parte ejecutante. Es mi voto.

A su turno el dr. Ortiz Pierpaoli: Manifiesta que se adhiere al voto del Dr. Castiglioni por los mismos fundamentos.

RESUELVE: 1. Revocar, con costas, la S.D. N° 1651 de fecha 10 de noviembre de 2008 dictada por el Juzgado de Justicia Letrada del Segundo Turno, por las razones dadas en el exordio de este fallo. 2-ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Carmelo Castiglioni y Fremiort Ortiz Pierpaoli.

Ante mí: ABog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 32

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN. Retención de inmueble.

Considerando que la demanda no debería haber sido dirigida contra la Entidad Binacional Yacyretá, dado que dicha entidad adquirió el inmueble luego de abonar el costo que fue establecido por tasación, a la anterior propietaria y no al actor de esta demanda, incluyendo las mejoras introducidas, por lo que corresponde hacer lugar a la excepción de falta de acción como medio general de defensa opuesta por la Entidad, pues el actor no presentó las pruebas acreditando que realmente fue poseedor y autor de las mejoras.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 27-04-10. “José Esteban Peña Bado c/ Entidad Binacional Yacyretá s/ Retención de inmueble ” (Ac. y Sent. N° 32).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

En su caso, ¿se dictó conforme a derecho?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Ynsfrán Saldívar, Castiglioni y García.

A la primera cuestión el magistrado Ynsfrán Saldívar dijo: Corresponde en primer término entrar a analizar este recurso y encontramos que este fue interpuesto, pero al presentar el escrito de expresión de agravios a fs. 176/185, en él desistió expresamente del mismo. No obstante ello, este Tribunal procedió a estudiar de oficio el fallo y no ha constatado vicios u omisiones que ameriten la declaración de la nulidad de la sentencia recurrida, corresponde dar curso favorable al desistimiento formulado. Es mi voto.

A sus turnos los miembros Castiglioni y García: Manifiestan que se adhieren al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el magistrado Ynsfrán Saldívar dijo: La S.D. N° 440 del 6 de junio de 2008, resolvió hacer lugar a la excepción de falta de acción como medio general de defensa opuesta por la Entidad Binacional Yacyretá, por las razones dadas por la inferior a fs. 171/173.

El agraviado ante este Tribunal presentó el escrito de expresión de agravios en una parte del mismo expresa: “...la A-quo en su resolución mencionó que nuestra parte no ha acompañado al proceso un certificado de vida y residencia expedido por la Policía Nacional que justifique que el Sr. José Esteban Peña Bado, esté viviendo en el hoy domicilio y residencia que pretende el cobro de las mejoras introducidas en la misma, por lo que no ha demostrado la posesión permanente e ininterrumpida (...) que en el presente proceso mi mandante lo que busca es obtener el cobro de los gastos que ha realizado en la Finca N° 517 del Distrito de Encarnación, pues el mismo, en ningún momento se declaró propietario o usucapiente de esta finca, sino que tan solo reclama derechos que la hoy actora debe pagar en virtud de los gastos efectuados en ella, tal como lo disponen los Arts. 1826 y 1827 del C.C.” (fs. 177). En base a estos argumentos y otros que formula, solicita la revocación del fallo.

La otra parte, al contestar el escrito de expresión de agravios, manifestando entre otras cosas lo siguiente: “El hecho concreto es que el actor, no ha probado fehacientemente su calidad de poseedor del inmueble cuyo pago de supuestas mejoras reclama en autos, y es por ello que la a-quo ha resuelto hacer lugar a la excepción de falta de acción opuesta por ésta representación, y en consecuencia rechazar la presente demanda. Al analizar las constancias de autos, no existe ningún elemento probatorio que demuestre que el actor haya tenido la posesión

del inmueble individualizado como finca N° 517 del Distrito de Encarnación, durante los supuestos 11 años que alega haberla tenido". (sic. fs. 187). Atendiendo a estos fundamentos, peticiona se confirme el fallo dictado en autos.

Entrando al análisis del fallo encontramos que la A-quo en el fallo expresa lo siguiente: *"Que, de lo expuesto ha quedado plenamente demostrado que el actor no tiene derecho de reclamar a la Entidad Binacional Yacyretá el valor de las mejoras tasadas e introducidas en el inmueble objeto de la litis, por lo que corresponde hacer lugar a la Excepción de Falta de Acción como medio general de defensa y su consecuente rechazo de la presente demanda"* (sic. fs. 137).

Sobre este punto, recurrimos a la doctrina y tenemos que el Prof. Dr. Hernán Casco Pagano, en su obra "Código Procesal Civil Comentado y Concordado" expone: *"Falta de acción: La calidad para obrar (legitimatío ad causam) es la condición jurídica en que se halla una persona con relación al concreto derecho que invoca en el proceso, en razón de su titularidad u otra circunstancia que justifica su pretensión"* (sic. pág. 424, Tomo I).

Así también, vemos que el Prof. Dr. Carlos Fenochietto, comentando el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, expresa cuanto sigue: *"La legitimación activa supone la aptitud para estar en juicio como parte actora, a fin de lograr una sentencia sobre el fondo o mérito del asunto, que puede ser favorable o desfavorable; la legitimación pasiva se vincula con la identidad entre la persona demandada y el sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida"* (sic. pág. 229. Tomo II).

Al respecto, en el caso particular cabe determinar si el derecho de retención de inmueble reclamado en autos, guarda estrecha relación con quien lo exige y quien al mismo tiempo debe probar que cuenta con dicha capacidad presentando las constancias idóneas. La A-quo se expresó sobre punto y dijo: *"Que, no consta en autos que haya sido el actor quien, durante los 11 años que dice estar poseyendo el inmueble objetado de la litis, fuera el que abona los servicios de energía eléctrica y agua corriente o servicio de telefonía fija. Es más, el actor en su escrito de demanda no ha indicado ser la persona que pagaba esos servicios referidos a ese inmueble, conforme a las instrumentales obrantes a fs. 008 a 048 era una edificación para uso de vivienda y salón comercial, lo que supone tenía instalada esos servicios públicos. Que, de lo expuesto surge que el actor no ha demostrado ser o haber sido poseedor del inmueble individualizado como Finca N° 517 del Distrito de Encarnación por el tiempo en que alego poseer"* (sic. fs.

173). Este Tribunal no ha podido refutar estas afirmaciones por carecer de elementos probatorios que indiquen caso contrario, es decir, que demuestren que el actor posee la legitimación activa en autos.

Por otro lado, también es cuestionable la legitimación pasiva del demandado, quien en este caso ha demostrado haber realizado las diligencias pertinentes previas a la adquisición del inmueble, incluyendo en la tasación realizada las mejoras introducidas en el inmueble, lo cual no pudo ser rebatido por el actor de la demanda. Además, consta que se realizó el pago correspondiente a la titular del inmueble.

Considerando que la demanda no debería haber sido dirigida contra la Entidad Binacional Yacyretá, dado que dicha entidad adquirió el inmueble luego de abonar el costo que fue establecido por tasación, a la anterior propietaria Teresita del Niño Jesús Bado Vda. de Peña, incluyendo las mejoras introducidas, por lo que la conclusión a la que arriba la inferior es correcta y este Tribunal comparte su criterio, pues el actor no presentó las pruebas acreditando que realmente fue poseedor y autor de las mejoras, no corresponde hacer lugar al reclamo formulado.

En base a las consideraciones esgrimidas anteriormente, dado que la decisión se ajusta a las reglas lógicas y jurídicas vigentes, corresponde confirmar, con costas, la S.D. N° 440 de fecha 6 de junio de 2008.

A sus turnos los miembros Castiglioni y García: Manifiestan que se adhieren al voto de los preopinantes por los mismos fundamentos.

RESUELVE: 1. Tener por desistido al nulicidente el recurso de nulidad interpuesto.

2. Confirmar, la S.D. N° 440 de fecha 6 de junio de 2008, por las razones manifestadas en el exordio de este fallo.

3. Imponer las costas a la parte perdidosa.

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

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Carmelo Castiglioni y Basilio García

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 38

RECURSO DE ACLARATORIA.

Que tratándose de errores o equivocaciones cometidas por los Juzgados, antes de recurrir las resoluciones por medio de los recursos de apelación y nulidad, deben deducir previamente en la instancia inferior, ante el mismo juzgado, el recurso de aclaratoria.

RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia del recurso de aclaratoria.

Los errores u omisiones materiales cometidos en la sentencia por el juez de Primera Instancia, deben subsanarse por la vía del recurso de aclaratoria en la misma instancia, no pudiendo cuestionarse en segunda instancia por medio del recurso de apelación.

SEGURO. Alcance del contrato de seguro.

En el caso, resulta evidente que en la fecha que ocurrió el siniestro, el asegurado todavía no estaba amparado por la cobertura adicional del seguro para que cubriera a siniestros ocurridos a vendedores, dado que solo contemplaba transporte de valores por empleados encargados del transporte y no por vendedores o cobradores, con lo cual la indemnización solicita no corresponde por no estar cubierto en el momento en que ocurrió el siniestro.

SEGURO. Incumplimiento de las obligaciones en el contrato de seguro.

Quien no ha cumplido su parte no puede pedir cumplimiento del contrato, conforme lo establece el art. 719 del Código Civil.

SEGURO. Plazo en el contrato de seguro. LEY. Aplicación de la ley.

Sería arbitrario retrotraer los efectos de la póliza vigente a hechos ocurridos con posterioridad. Esto en atención a que el Art. 2º del Código Civil dispone que las leyes disponen para el futuro y no tienen efecto retroactivo, y para este caso, el contrato, que es ley para las partes, sólo retrotrayendo a un día antes de la vigencia podía hacer posible indemnizar el siniestro reclamado, lo cual es un ilegal.

SEGURO. Póliza.

El contrato de seguros está instrumentada en la póliza, por tanto la propuesta de seguro no obliga si no es aceptada y, en caso de diferencia, prevalece la póliza.

SEGURO. Alcance del contrato de seguro.

Un vendedor, jurídicamente es un corredor que, por ser sólo intermediador, no tiene vinculación de dependencia y es una persona ajena a la empresa asegurada porque no existe relación de dependencia, o sea, es un tercero a quien no ampara el seguro contratado, pues no entra dentro del riesgo asumido por la aseguradora.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 06-05-10. “Antell Comunicaciones S.S. c/ Grupo General de Seguros S.A. s/ cumplimiento de contrato y demanda ordinaria por cobro de guaraníes” (Ac. y Sent. N° 38).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó ésta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley, resultó el siguiente orden de votación: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar.

A la primera cuestión planteada el dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli dijo: El recurso de nulidad no fue fundamentado en estos autos. Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la sentencia recurrida, conforme lo disponen los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. Por tanto, el mismo debe ser declarado desierto. Doy pues mi voto en este sentido.

A sus turnos los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, prosiguió diciendo: Agravia al apelante la sentencia en alzada, que resolvió: “1. No hacer lugar, con costas, a la demanda por cumplimiento de contrato y pago de sumas de dinero promovida por la Firma Antell Comunicaciones S.A contra la firma Grupo General de Seguros S.A, por su improcedencia, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución”.

Sostiene el apelante en su memorial de fs. 140 y sgtes., de autos, que: “Mi parte se agravia contra la mentada sentencia definitiva, en razón a que la misma resulta notoriamente injusta y no se halla ajustada a derecho, porque el A-quo no ha apreciado correctamente los hechos expuestos por mi parte, no se ha aplicado correctamente el derecho en el caso bajo estudio, ni mucho menos se ha valorado correctamente las pruebas producidas en el expediente” (fs.140).

Señala igualmente que: “El A-quo sostuvo a tal efecto que ‘el riesgo del daño reclamado no se encontraba cubierto, existiendo en este caso un grave error en la apreciación de los hechos’, a más de ‘que también mi parte se agravia con relación a la incorrecta aplicación del art. 1556 del Código Civil, en el cual evidentemente se amparó la mala fe la parte demandada y además porque la citada norma ha sido aplicada en este caso en forma completamente equivocada o errónea por el A-quo, por dos motivos legales...” (fs. 41). En otra parte de su memorial también sostiene que “bajo tales circunstancias, la demandada no ha probado en ningún momento en juicio, la fecha de recepción de la póliza por parte de mi representada, motivo por el cual el A-quo mal podría establecer que habría transcurrido dicho plazo legal de treinta días de recepción de la póliza de seguro, tal como equivocadamente lo ha hecho (fs. 146) (las mayúsculas me pertenecen) en el fallo impugnado...”. En base a estas consideraciones, pide a este Tribunal la revocatoria de la sentencia recurrida, con expresa condenación en costas.

Corrido traslado del memorial arriba citado a la otra parte, ésta contestó en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 145 y sgtes., objetando y negando los extremos sostenidos por el apelante, solicitando igualmente se declare desierto el recurso interpuesto, por falta de sustentación jurídica del mismo, ya que los mismos argumentos utilizó en la instancia inferior. En consecuencia ,solicita la confirmación, con costas, la sentencia apelada.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrimados en el presente proceso, así como a las alegaciones fácticas de los litigantes, este tribunal es de criterio que la sentencia recurrida debe ser confirmada, con costas, por hallarse la misma ajustada a derecho, en mérito a los siguientes fundamentos.

En efecto, como se puede apreciar, los fundamentos principales del recurrente se establecen en que el Inferior, al considerar y estudiar las cuestiones sometidas a su consideración, dictó su fallo basándose en normas y actuaciones equivocadas o interpretadas en forma errónea, resultando por tanto su fallo injusto y arbitrario.

En estas condiciones, este Tribunal, siguiendo los lineamientos de resoluciones dictadas por la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales, ha adoptado también el criterio de que tratándose de errores o equivocaciones cometidas por los Juzgados, antes de recurrir las resoluciones por medio de

los recursos de apelación y nulidad, deben deducir previamente en la instancia inferior, ante el mismo juzgado, el recurso de aclaratoria.

Así, se ha resuelto que “El recurso de aclaratoria debe ser deducido en la misma instancia en que se cometió el error que se pretende subsanar” (Revista Jurídica “La Ley”, página 244, N° 10, Tomo 2°). Los fallos más recientes sobre el tema han resuelto también que “Los errores u omisiones materiales cometidos en la sentencia por el juez de primera instancia, deben subsanarse por la vía del recurso de aclaratoria en la misma instancia, no pudiendo cuestionarse en segunda instancia por medio del recurso de apelación”. (Código Procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia, de Ricardo A. Pane, página 257, N° 178).

También se resolvió que: “Los errores u omisiones que las sentencias contengan, deben ser reparados por el recurso de aclaratoria, donde la alzada no puede pronunciarse sobre cuestiones no consideradas en las sentencias de primera instancia” (Revista Jurídica “La Ley”. Página 376, Tomo I).

Las jurisprudencias arriba citadas, tienen sus fundamentos jurídicos en una disposición expresa del Código Procesal Civil, en el Art. 420, que dispone al legislar sobre las atribuciones y poderes del Tribunal, dice que: “El tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquellas cuestiones que no hubiesen sido materia de recurso...”. Esta normativa es de orden público, cuya aplicación es obligatoria, conforme lo dispone el Art. 9° del Código Civil, en el sentido que “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesado el orden público...”.

A su turno el magistrado Carmelo A. Castiglioni dijo: En cuanto al recurso de apelación: Que la S.D. N° 780 de fecha 07 de octubre de 2008 rechaza la demanda por cumplimiento de contrato y pago de sumas de dinero que promoviera Antell Comunicaciones S.A. contra el Grupo General de Seguros y Reaseguros.

Que, el apelante dice que: “Mi representada presentó a la Compañía de Seguros, en fecha 25 de noviembre de 2005, por intermedio de su ex gerente el Lic. Miguel Pavía, una propuesta de seguros totalmente distinta a la establecida en la póliza emitida posteriormente, conforme consta a fojas 87/88, ya que el objeto de la póliza debió ser “a cobertura contra robo o tentativa de robo a los funcionarios de la firma Antell Comunicaciones que se desempeñan como vendedores ambulantes de tarjeta telefónicas en la vía pública”.

Sobre el punto, un dato relevante a tener en cuenta para resolver el caso es que al contratarse el seguro de robo de “valores en tránsito”, emitido por póliza N° 00593 en fecha 21 de diciembre de 2005 y con vigencia desde el 28 de noviembre de 2005 hasta el 10 de octubre de 2006, se estableció la siguiente cobertura: pérdida a consecuencia de robo y /o su tentativa, asalto a mano armada de dinero, cheques y/o otros valores convertibles en dinero, mientras sean motivo de tránsito desde su negocio denominado ANTELL COMUNICACIONES S.A. (casa matriz y/o agencias) hasta bancos y/o entidades financieras y/o viceversa según listado de empleados encargados del transporte de valores, cuya copia obra en poder de esta compañía. Sin embargo (fs. 51 de autos) ocurrió que la aseguradora, en fecha 20 de junio de 2006, emitió un adicional de prima para cubrir a vendedores o cobradores, cuyo riesgo no estaba cubierto por la póliza emitida originalmente. La póliza original fue emitida para cubrir riesgo de transporte realizado por empleados encargados del transporte (no cualquier empleado y menos vendedores) y menos por vendedores o cobradores. El hecho es que, antes de emitirse el adicional de prima para variar las condiciones de la póliza original, ocurrió el hecho (19 de junio de 2006) que motiva la demanda y recién después se hizo la cobertura para vendedores. O sea, resulta evidente que en la fecha que ocurrió el siniestro, el asegurado todavía no estaba amparado por la cobertura adicional del seguro para que cubriera a siniestros ocurridos a vendedores, dado que solo contemplaba transporte de valores por empleados encargados del transporte y no por vendedores o cobradores, con lo cual la indemnización solicitada no corresponde por no estar cubierto en el momento en que ocurrió el siniestro. Además, tratándose de sumas superiores a guaraníes diez millones el transporte de valores debía hacerse con guardias (no cubría el riesgo si se hacía sin guardia), por lo tanto este incumplimiento deja incurso el caso en el Art. 719 del C.C., pues quien no ha cumplido su parte no puede pedir cumplimiento del contrato. La ampliación de la cobertura con adicional de prima para incluir a los vendedores se realizó con vigencia de fecha 20 de junio de 2006, o sea un día antes de ocurrido el hecho, y por más que la propuesta original haya requerido la cobertura de vendedores, la póliza fue emitida para empleados solamente y no para vendedores, con lo cual queda patente que el siniestro no está dentro de la cobertura de la póliza vigente en ese momento. Sería arbitrario retrotraer los efectos de la póliza vigente a hechos ocurridos con posterioridad. Esto en atención a que el Art. 2° del Código Civil dispone que las leyes disponen

para el futuro y no tienen efecto retroactivo, y para este caso, el contrato, que es ley para las partes, sólo retrotrayendo a un día antes de la vigencia, podía hacer posible indemnizar el siniestro reclamado, lo cual es un ilegal.

Otro problema es determinar si la propuesta de seguro prevalece sobre la póliza, pero la misma ley resuelve el caso, dado que en caso de diferencia prevalece la póliza sobre los términos de la propuesta. El contrato de seguros está instrumentada en la póliza y la propuesta no obliga si no es aceptada y, en caso de diferencia, prevalece la póliza sobre la propuesta de seguros.

En autos el vendedor que tenía a su cargo los valores no es el asegurado, porque es un tercero, mientras no se demuestra la relación de dependencia de la persona a quien se ha robado los valores con relación al asegurado. Pero no se demostró tal extremo, por tanto no está en la cobertura del seguro de valores en tránsito, la que sólo es para el asegurado o sus empleados, según la póliza agregada por la misma parte actora. Un vendedor, jurídicamente es un corredor que, por ser sólo intermediador, no tiene vinculación de dependencia y es una persona ajena a la empresa asegurada porque no existe relación de dependencia, o sea, es un tercero a quien no ampara el seguro contratado, pues no entra dentro del riesgo asumido por la aseguradora. En el caso de autos, la ampliación de cobertura para incluir a los vendedores se realizó después de ocurrido el siniestro del cual se pretende resarcir, por cuya razón voto por la confirmatoria de la S.D. N° 780 de fecha 07 de octubre de 2008, con costas a la parte actora. Es mi voto.

A su turno el magistrado Linneo Ynsfrán Saldívar manifestó adherirse al voto del preopinante, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores miembros de conformidad, todo por ante mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

RESUELVE: 1°) Declarar desierto, el recurso de nulidad interpuesto en estos autos.

2°) Confirmar, con costas, la S.D. N° 780 de fecha 7 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

3°) Anótese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar

Ante mi: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 39

MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

El Juez tiene la suficiente libertad para calificar la pretensión y determinar la norma que corresponda aplicar, con independencia del criterio de las partes en virtud del principio IURA NOVIT CURIAE, es decir, se otorga al órgano judicial la facultad de calificar la relación jurídica sin atenerse a la particular apreciación de las partes y elegir la norma que resulte adecuada para decidir la cuestión planteada.

ACCIÓN DE REPETICIÓN.

Las deudas asumidas por el demandante y canceladas por el mismo se tratan de erogaciones debidas, legítimas, que guardan relación con el pago de servicios públicos como son por la consumición de agua, electricidad, impuestos inmobiliarios y de ANTELCO, en la época en que fueron abonadas para la conservación del bien común con la demandada, por lo cual corresponde hacer lugar a la demanda de repetición de pago.

MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

La magistratura de grado inferior debe calificar correctamente las pretensiones de la parte demandada, de conformidad con el principio *Iura Novit Curiae*, ya que, de lo contrario, no se estudia ni resuelve lo que en realidad se ha planteado, y a la inversa, se estudia y resuelve lo que jurídicamente no ha sido propuesto, violándose el principio procesal de congruencia legislado en el Art. 15, Inc. b) del C.P.C., por el cual los jueces tienen el deber de resolver necesaria y únicamente todas las cuestiones planteadas por la partes.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 14-05-10. "Oswaldo Molinas Casartelli c/ Alicia N. Molinas Casartelli s/ Repetición de lo pagado" (Ac. y Sent. N° 39).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó ésta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar.

A la primera cuestión planteada el dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli dijo: El recurso de nulidad interpuesto no fue fundamentado por el recurrente. Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la sentencia en alzada, conforme lo disponen los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, el mismo debe ser declarado desierto. Doy mi voto en este sentido.

Asus turnos, los doctores Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar manifestaron adherirse al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli prosiguió diciendo: Agravia al recurrente la sentencia dictada en autos que resolvió “no hacer lugar, con costas, a la demanda de repetición de pago promovida por el Sr. Osvaldo Molinas Casartelli contra la Sra. Alicia Nilda Molinas Casartelli, por improcedente”.

Sostiene el apelante en su memorial de fs. 422 y sgtes. que la sentencia dictada en autos “...la Excm. Cámara deberá revocarla, puesto que la misma ha sido dictada sin tener en consideración ni reparo a lo que mi parte ha solicitado en el escrito de demanda y presentados en autos como ser las pruebas instrumentales, todas ellas dejadas de lado en forma arbitraria y con total muestra de parcialidad por parte del A-quo, quien en su considerando manifiesta que la demanda ha sido incorrectamente propuesta en lo atinente a su encuadre jurídico, pues no se trata verdaderamente de la repetición derivada de pagos indebidos, apreciación ésta totalmente errónea si tenemos en cuenta todo lo establecido en el Art. 1817 y sgtes., del Código Civil Paraguayo”. “Del mismo modo –prosigue– el Inferior pretende que las demandas de pagos indebidos necesariamente deberán dirigirse contra quien los percibió, es decir, entablar demandas de pagos indebidos contra ANDE, CORPORSA, COPACO, etc. Todo esto totalmente absurdo. Además el Juzgado manifiesta que todos los reclamos presentados en juicio se inscriben en el ámbito de los créditos comunes cuyo cumplimiento debe gestionarse por los procedimientos propios respectivos”.

Basado en las citadas consideraciones, solicita la revocatoria de la sentencia dictada en autos, con costas.

Corrido traslado a la parte demandada el memorial arriba citado, ésta contestó en tiempo hábil, en los términos del extenso escrito agregado a fs. 425

y srgtes. negando y objetando los extremos sostenidos por el recurrente, solicitando la confirmación, con costas, la sentencia recurrida.

Analizando las actuaciones de autos, de acuerdo con los distintos elementos de convicción arrimados en el presente proceso, así como a las alegaciones fácticas de los litigantes y aplicando las reglas de la sana crítica prevista en el Art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, este Tribunal es de criterio que la sentencia dictada en autos debe ser revocada, por no hallarse la misma ajustada a derecho, en mérito a los siguientes fundamentos que seguidamente pasamos a examinar.

En efecto, como se puede apreciar del escrito de promoción de demanda agregado de fs. 286 a 290 de autos, surge que la presente acción fue deducida por el Sr. Osvaldo Molinas Casartelli por repetición de lo pagado, contra su hermana y condómino Alicia N. Molinas Casartelli. El Juzgado que originariamente entendió en estos autos (del 3er. Turno), por providencia de fecha 25 de junio de 2004 (fs. 291) así también lo admitió, en el sentido que la demanda entre los litigantes era por repetición de lo pagado. La parte accionada igualmente consintió en la contestación dada de fs. 305 a 313, evacuando en los mismos términos, es decir, aceptando que la demanda incoada es por repetición de lo pagado. Así, en estos términos quedó trabada la litis, y prosiguió durante todo su curso, como puede advertirse en todas las diligencias cumplidas durante su transcurso. Además, una vez trabada la litis, quedó integrado el proceso, es decir, quedó fijado los límites dentro de los cuales debe ser efectuada la acción. En este sentido dice Alsina que la contestación tiene para el demandado, la misma importancia que la demanda para el actor, porque fija el alcance de sus pretensiones: por eso, bajo este aspecto, hemos dicho que ella también importa el ejercicio de una acción, ya que busca como la demanda, la tutela del órgano jurisdiccional. Con la contestación quedó integrada la relación procesal y fijados los hechos sobre los cuales deben versar las pruebas y recaer la sentencia, de cuyos términos no podrá apartarse bajo pena de nulidad y la que absolverá o condenará al demandado según el estado de cosas en la época de la demanda y la contestación, sin tener en cuenta las modificaciones que se hubiesen operado durante la tramitación de juicio, ya que ni el actor podrá variar su demanda, ni el demandado sus defensas. De ahí las formalidades que la ley prescribe a su respecto y las precauciones con que el demandado debe formularla: un error en la exposición de los hechos o en la apreciación de los mismos, puede ocasionar

la pérdida de un derecho. Ciertamente es que nuestro régimen procesal, no admite fórmulas sacramentales y que el juez puede, en virtud del principio *Iura Novit Curiae* suplir el derecho, aplicándolo con la prescindencia de la calificación de las partes; pero no es menos cierto que el derecho se determina por los hechos que su aportación en función que corresponde a aquellas”. (Acuerdo y Sentencia N° 18 del 06 de diciembre de 1994: del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de 4ª Sala. Código Procesal Civil con Repertorio de Jurisprudencia de Ricardo A. Pane. N° 450. Pág. 176).-

Tenemos entonces que con la contestación de la demanda se integró la relación procesal, se fijan los hechos sobre los que versará la prueba y se establecen los límites de la sentencia. (Hernán Casco Pagano, Código Procesal Civil Comentado y Concordado, Pág. 441). Esto, procesalmente, significa que a partir de quedar trabada la litis, las partes ya no podrán efectuar modificaciones, cambios ni variaciones en la relación procesal, debiendo seguir la instancia en la forma fijada por los términos en que ha sido concebida la demanda y su contestación.

Sin embargo, como sostiene el Dr. Hernán Casco Pagano, en su libro citado en la pág. 323, N° 4, al Principio “*Iura Novit Curiae*”, se refiere el inc. e) del Art. 159 del Código Procesal Civil, que “en relación a las pretensiones de las partes, sostiene que la sentencia será expresa y calificadas según correspondiere por la ley”. Esto significa –prosigue– “que el Juez tiene la suficiente libertad para calificar la pretensión y determinar la norma que corresponda aplicar, con independencia del criterio de las partes”. En virtud del principio mencionado –continúa– se otorga al órgano judicial la facultad de calificar la relación jurídica sin atenerse a la particular apreciación de las partes y elegir la norma que resulte adecuada para decidir la cuestión planteada” (las mayúsculas me pertenecen).

Sobre la vigencia de este Principio en la actividad judicial, el tratadista Manuel Ossorio en su libro “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Eliasta SRL, Edición N° 1, pág. 32, sostiene también que la expresión *IURA NOVIT CURIAE* es una locución latina, que con ello pareciera darse a entender que las partes únicamente tienen que exponer los hechos al magistrado, puesto que éste es el que está capacitado para aplicar el derecho que corresponda. Significa también que los letrados de las partes, solamente expresan ante el Juzgador sus puntos de vistas jurídicos”.

En este mismo sentido, el Dr. Juan D. Ramírez Gronde, en su obra “Diccionario Jurídico”, pág. 178, sostiene que corresponde a las partes exponer los hechos y que el Juez es el que sabe el derecho. Lo mismo sostiene el Dr. Guillermo Cabanellas en su libro “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, pág. 40, que con esta expresión se quiere significar que “del derecho, sólo conoce el Juez”.

La disquisición que antecede es necesario efectuarla, teniendo en cuenta que la acción promovida por el Sr. Osvaldo Molinas Casartelli contra su hermana, en forma clara y concisa fue instaurada por repetición de lo pagado y, sin embargo, durante el transcurso del proceso, la cuestión fue considerada, juzgada y resuelta como el pago de lo indebido, cuestión que estructural y jurídicamente es distinta a la acción realmente deducida que solamente se refiere a la devolución de sumas abonadas por un condómino del que salió gananciosa la otra propietaria del inmueble. Porque, en el caso de autos, no existe suma indebida. Por el contrario, las deudas asumidas por el demandante y canceladas por el mismo se tratan de erogaciones debidas, legítimas, que guardan relación con el pago de servicios públicos, como son por la consumición de agua, electricidad, impuestos inmobiliarios y de ANTELCO en la época en que fueron abonadas.

Conviene destacar también, que este Tribunal, al estudiar el presente juicio, ya se pronunció sobre el mismo, a través del Acuerdo y Sentencia N° 44, de fecha 08 de marzo de 2008 (fs. 407 y sgtes.), declarando nula la sentencia dictada entonces, por falta de motivación de la sentencia dictada por el Juzgado del 3er. Turno en lo Civil y Comercial, ordenándose que el mismo se pase al Juzgado que sigue en orden de turno para que se dicte nueva sentencia.

En el considerando del nuevo pronunciamiento dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Cuarto Turno, en el inicio del mismo, este Juzgado en forma expresa reconoció que la acción deducida en estos autos es por repetición de lo pagado. Reconoció también que el actor juntamente con la demandada son condóminos del inmueble que especifica en la sentencia. Asimismo, sostuvo la Inferior que el Juzgado “constata que la demanda ha sido incorrectamente propuesta en lo atinente a su encuadre jurídico; pues no se trata verdaderamente de la repetición derivada de pagos indebidos, que se encuentra reglada fundamentalmente en la norma del Art. 1819 del Código Civil”. En este sentido tiene razón la Inferior.

Sin embargo, la citada disposición transcrita también en la sentencia en alzada, dispone que “El que paga lo que no debe tiene derecho a repetir lo pagado

con frutos e intereses desde el día de la demanda, si el cobro procedía de buena fe; si era de mala fe, desde el día del pago”. En este sentido, repito, la Inferior está en lo cierto. Ésta debió ser la norma aplicable al caso que nos ocupa, y así debió actuar. En consecuencia, no se compadece con esto anular el hecho que se constata que la demanda ha sido incorrectamente propuesta en lo atinente a su encuadre jurídico...”. Que el demandante haya invocado a su favor el Art. 1817 del Código Civil, sí que fue errado. Y, en consecuencia, por el principio de *IURA NOVIT CURIAE*, la Inferior debió aplicar el Art. 1819 del Código de fondo. Además, el pensamiento jurídico de la A-Quo también es correcto al interpretar que “aplicando al caso de autos, encontramos que no se configura en el mismo, un caso del pago de lo indebido, porque quien lo realizó obró en virtud de su calidad de copropietario del inmueble afectado por la prestación de esos diversos servicios públicos. Esto alude al pedido de reembolso por pagos hecho a la ANDE, CORPOSANA, COPACO, Impuesto Inmobiliario, etc”. Efectivamente, la A-quo una vez más tiene razón, conforme se observa a fs. 290 del petitorio donde el demandante solicitó al Juzgado el reembolso de las sumas pagadas en lugar de la demandada, más sus intereses legales.

Asimismo, la Inferior al considerar las cuentas que se manejan en el presente juicio, sostuvo que: “con relación a esas cuentas que el demandante pagó por servicios prestados al inmueble más arriba individualizado, que ambas partes reconocen les pertenece en condominio, es aplicable otra disposición del Código Civil, totalmente distinta a la figura del pago de lo indebido. Se tratan por cierto, de créditos de los que un condómino se dice acreedor y cuyo cobro se halla incurso dentro del régimen legal diseñado por los Arts. 2090 y 2093 del Código Civil”.

En efecto, el Art. 2090 del Código Civil, dispone que “todo condómino puede obligar a sus copartícipes, en proporción a sus partes, a abonar los gastos de conservación o reparación de la cosa común...” y el Art. 2093, igualmente establece que “El condómino acreedor por desembolso en concepto de cargas, por gastos conservatorios... tendrá derecho a exigir el pago preferente de ellos...”.

Sin embargo, donde la sentencia en estudio no se halla ajustada a derecho, es en la parte que la Inferior insiste en que “El Juzgado en este caso, no puede aplicar esas otras disposiciones que eran las verdaderamente pertinentes, porque se tratan de institutos jurídicos que tienen distintos regímenes legales, elementos y caracteres, plazos de caducidad, prescripción y caducidad propios

y específicos, en virtud de los cuales, el afectado podrá, si lo juzgare conveniente, argüir sus defensas y articular su posicionamiento, según corresponda”. En este sentido, la A-quo, antes de emitir estos conceptos, debió recurrir al principio invocado por este Tribunal, que preconiza la facultad exclusiva del órgano jurisdiccional de aplicar en los casos concretos, el principio *IURA NOVIT CURIAE*, ya que significa, como sostienen los tratadistas arriba citados, que solo el juez es el que conoce el derecho, por más que las partes hagan sus consideraciones respecto a las acciones que les parece corresponder.

Por eso la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales, reconociendo la vigencia del principio arriba citado, tiene resuelta que “la magistratura de grado inferior debe calificar correctamente las pretensiones de la parte demandada, de conformidad con el principio *Iura Novit Curiae*, ya que, de lo contrario, no se estudia ni resuelve lo que en realidad se ha planteado, y a la inversa, se estudia y resuelve, lo que jurídicamente no ha sido propuesto, violándose el principio procesal de congruencia legislado en el Art. 15, inc. b), del C.P.C., por el cual los jueces tienen el deber de resolver necesaria y únicamente todas las cuestiones planteadas por la partes”. (Acuerdo y Sentencia N° 75 del 14 de septiembre de 2007: Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 1ª Sala, Revista Jurídica Paraguaya “La Ley”, Año 2007, pág. 148 N° 23).

Corregida en la forma antecedente expuesta la naturaleza jurídica de la acción instaurada, corresponde seguidamente analizar las pruebas ofrecidas por las partes, a fin de determinar el monto de la suma cuya devolución deberá ser oblada por la Sra. Alicia Nilda Molinas Casartelli a su hermano el Dr. Osvaldo Molinas Casartelli, quien abonó por ella en su carácter de condómino los diversos pagos a entidades oficiales, como ser los servicios de la luz a la Ande, Servicios telefónicos a Copaco, Servicios de Agua potable a la entonces Corposana, así como el pago por impuestos inmobiliarios, conforme a los distintos elementos de convicción arrimados a estos autos por el actor.

Sin embargo, tanto el Juzgado en lo Civil y Comercial del 3er. Turno, cuya sentencia definitiva fue anulada por este Tribunal, así como la del Juzgado del 4º. Turno de la misma jurisdicción, confundió la acción de devolución de lo pagado con la acción del pago de lo indebido, ambos organismos jurisdiccionales no consideraron el estudio de las pruebas ofrecidas por las partes, no emitieron opinión alguna sobre el monto de la presente acción. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el Art. 420 del Código Procesal Civil, que legisla sobre los

Poderes del Tribunal, estatuye que: “El Tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquello que no hubiese sido materia de recurso...”.

En el subjúdice tenemos que el pago de la devolución de lo pagado fue propuesto en primera instancia, con un monto que en más o en menos debería pronunciarse el Juzgado, pero que, sin embargo, la sentencia definitiva ya fue materia de recurso. En estas condiciones, creemos que la resolución en alzada debe ser revocada en todas sus partes, debiendo surgir el monto de la suma reclamada, de las actuaciones de la aprobación de la liquidación que se practique en estos autos, en el momento procesal oportuno.

Asimismo, habiendo desistido la recurrente del recurso de nulidad, no existe otra alternativa que la de revocar en todas sus partes, la sentencia en alzada. Doy mi voto en este sentido.

A sus turnos, los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros de conformidad, todo por ante mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

RESUELVE: 1. Tener por desistido, los recursos de nulidad interpuestos en autos.

2. Revocar, en todas sus partes, la S.D. N° 365 de fecha 04 de junio de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

3. Imponer, las costas, en el orden causado, conforme a lo dispuesto en el Art. 203, inc. c) del C.P.C., en ambas instancias.

4. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase una copia a la Excm.

Corte Suprema de Justicia.-

Magistrados: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 40

PRESCRIPCIÓN. Ley aplicable a la prescripción.

El plazo de 4 años señalado en el Art. 661 inc. b) del Código Civil, se ha cumplido en el caso del pagaré presentado por el Banco Nacional de Fomento agregado y que no es aplicable al caso de autos, el Art. 92 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento, por cuanto en el presente juicio no se ha presentado para su agregación el Certificado de Cuentas que constituye la base de la presente ejecución, en virtud de dicha ley.

RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia del recurso de aclaratoria.

En los casos, de error, equivocación u omisión, el afectado, antes de recurrir a los recursos de fondo, como son los de nulidad y de apelación, debe deducir en forma previa el recurso de aclaratoria, en la forma expuesta en el art. 387 del CPC en la misma instancia en que se produjo el error, para que el mismo juez de la causa, en caso de error u omisión, exponga los fundamentos de la resolución dictada, o el criterio predominante que le indujo a resolver la cuestión planteada en autos, en la forma resuelta.

TApel. Civ. y Com., Quinta Sala. 14-05-10. “Banco Nacional de Fomento (BNF) c/ Daniel José Artaza Apezguegia s/ Ejecución prendaria” (Ac. y Sent. N° 40).

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia apelada?

¿Se dictó ésta conforme a derecho?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: Fremiort Ortiz Pierpaoli, Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldivar.

A la primera cuestión planteada el dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli dijo: Los agravios expuestos como fundamento de este recurso, pueden ser considerados, estudiados y resueltos a través del recurso de apelación, también interpuesto, ya que éste último lleva implícito el recurso de nulidad conforme lo señala el Art. 405 del Código Ritual. Por lo demás, no se observan vicios, errores, defectos u omisiones graves de carácter procesal, que hagan viable la declaración de nulidad de oficio de la resolución en Alzada, conforme lo señalan los Arts. 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, el mismo debe ser desestimado. Doy mi voto en este sentido.

A sus turnos, los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli prosiguió diciendo: Agravia al apelante la sentencia dictada en autos, que resolvió *“Hacer lugar, con costas, a la Excepción de Prescripción deducida por el Sr. Daniel José Artaza Apezteguia contra la presente ejecución prendaria iniciada por el Banco Nacional De Fomento, y en consecuencia rechazar la misma”*.

Sostiene el recurrente en su memorial de fs. 55 y sgtes. de autos que *“El A quo se apartó nuevamente en su memorial de sus deberes, en este caso de dirección (Art. 15 Inc. f del C.P.C.), especialmente para mantener la igualdad de las partes en el proceso, pues dentro de sus facultados ordenatorias, debió, al ver que en el expediente faltaba una foja, la de la fotocopia del documento presentado efectivamente por el actor; ni más ni menos, que el título ejecutivo, intimar a las partes a la presentación del original y su copia para el glosado nuevamente a autos, como medida de mejor proveer antes de resolver la sentencia”*.

Prosigue luego sobre otras obligaciones que debió efectuar el Juzgado, para acreditar que el recurrente al iniciar la presente acción, acompañó el certificado de estado de deuda, que es título en virtud del cual se inició la presente ejecución, ya que la sentencia en estudio rechazó la misma por no haberse agregado este documento.

Sostiene también que *“finalmente mi parte en fecha 22 de Abril de 2009, denuncia esta grave situación (que el Certificado de cuenta se traspapeló o se sustrajo de estos autos) y agrega nuevamente a fs. 48 el Certificado de Estado de Cuenta y a fs. 49 el Estado de Cuenta, señalados en mi escrito de inicio de juicio”*. Por último, señala el extenso memorial del recurrente, que *“Por último, entramos a la discusión sobre hermenéutica jurídica, para rebatir finalmente lo señalado, erróneamente por el Juzgador inferior; al aplicar en forma equivocada el Art. 661 del C.C. en vez del Art. 92 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento, al decir...”*, señalando seguidamente lo que debió hacer el Juzgado para realizar una interpretación correcta de las disposiciones legales a ser aplicadas en el caso de autos”.

Termina pidiendo la nulidad de la sentencia dictada en autos o, de lo contrario, revocándola, con costas en todas sus partes.

Corrido traslado del memorial citado a la parte demandada, ésta contestó en tiempo hábil, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 64 y

sgtes. de autos, negando los extremos sostenidos por el recurrente, solicitando a este Tribunal, el rechazo de los recursos interpuestos, y la confirmación con costas, de la sentencia recurrida.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrimados al presente proceso, así como a las alegaciones fácticas de las partes, y la aplicación de las reglas de la sana crítica, conforme lo señala el Art. 269 y demás concordantes del Código Procesal Civil, este Tribunal es de criterio que la sentencia en Alzada debe ser confirmada, con costas, por hallarse la misma ajustada a derecho, en mérito a los siguientes fundamentos.

En efecto, la parte medular de la sentencia recurrida sostiene entre sus fundamentos que, en primer término, el plazo de 4 años señalado en el Art. 661 Inc. b) del Código Civil, se ha cumplido en el caso del pagaré presentado por el Banco Nacional de Fomento agregado a fs. 8 y que no es aplicable al caso de autos, el Art. 92 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento, por cuanto en el presente juicio no se ha presentado para su agregación el Certificado de Cuentas que constituye la base de la presente ejecución, en virtud de dicha ley.

El extenso memorial presentado por el recurrente, donde objeta la actuación del A-quo, en el sentido de que el mismo no aplicó la disposición del Art. 15 del C.P.C. en el sentido de apartarse de sus deberes conforme lo señala el Inc. f) de ficha norma, “pero dentro de sus facultades ordenatorias” previstas en el Art. 18 del mismo cuerpo legal. Sobre este punto, la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales tiene resuelto que *“En cuanto que los tribunales tienen facultades ordenatorias e instructorias (Art. 18 C.P.C.) estamos de acuerdo, pero estas facultades, en ningún caso deben ser utilizadas para suplir las negligencias en que incurran las partes”* (Código Procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia, de Ricardo A. Pane, pág. 36, N° 15). Esta objeción está dirigida contra el Inferior, para desmentir que el recurrente no agregó al presente juicio para su ejecución, el certificado de cuenta que el Banco Nacional de Fomento debió presentar, ya que en función de dicho instrumento es que procede la ejecución planteada, y no en base al pagaré agregado a estos autos, como resolvió el Inferior.

A tal efecto, en fecha 22 de abril del 2009, después de dictada la sentencia recurrida en autos, que data del 1 de abril del mismo año, como consta a fs. 47 y 50 de autos, el recurrente, tardíamente denunció la sustracción o desglose del Certificado de Cuentas elaborado por el Banco Nacional de Fomento, agregado

a fs. 48 y 49 al que el Juzgado no dio curso, y que urgido también tardíamente, a fs. 52, ante dicha situación, el Juzgado resolvió con un “*téngase presente*”, y se remitió a la providencia de fecha 06 de Mayo del mismo año, luego de conceder ya los recursos de nulidad y apelación correspondientes (Ver fs. 50, 52 y 52 vlto).

En este sentido, tampoco insistió ante este Tribunal, teniendo en cuenta que los recursos interpuestos contra la sentencia en Alzada, fueron concedidos en relación y con efecto suspensivo. Como es sabido, en virtud del Art. 432 del Código Ritual, dispone que “*cuando el recurso se hubiere concedido en relación, se llamará autos inmediatamente, pasando el expediente a Secretaría. No podrá alegarse hechos nuevos, agregarse documento, pedirse absolución de posiciones, ni abrirse la causa a prueba, debiendo el Tribunal, para fallar, tener en cuenta únicamente las actuaciones producidas en primera instancia, salvo lo dispuesto por el Art. 18*”.

Igualmente, el apelante tampoco recurrió a lo que dispone el Art. 417 del Código Ritual, que estatuye que “*El Tribunal superior no se encuentra obligado por la forma en que se hubiere otorgado el recurso y puede, de oficio o a petición de parte, modificarlo conforme a derecho*”. Inclusive, conforme a lo que dispone el Art. 399 del mismo cuerpo legal en forma clara y contundente resuelve la cuestión, diciendo que “*si cualquiera de las partes pretendiera que el recurso ha sido mal concedido, en cuanto a la forma o su efecto, podrá solicitar, dentro del día siguiente, que el juez rectifique el error*”. Ninguno de estos presupuestos fue cumplido por la parte ejecutante.

En lo relativo a que el documento citado, certificado de cuentas, ha sido debidamente presentado con el escrito de promoción de demanda, como sostiene el apelante, sin embargo en las actuaciones de autos, no se ha acreditado este extremo. En efecto, dicho certificado no fue presentado por la parte actora al promover la presente acción, porque surge de las actuaciones acreditadas en Mesa de Entrada con el formulario respectivo, donde consta que el expediente tiene 25 fojas desde su presentación hasta la primera actuación del Juzgado (fs. 26, 27). Observando desde la fs. 5 hasta 23, no se incluye como presentado el Certificado de Cuentas, a la que el Juzgado hizo alusión para rechazar la presente ejecución, habida cuenta que el documento ejecutivo apto para tal efecto, era éste, y no el pagaré, que en las condiciones en que fue presentado, fue declarado su prescripción, como acertadamente lo señala el Inferior. Y, si no se agregó el documento base y hábil para el efecto, el Juzgado y el Tribunal no

tienen otra alternativa que considerar que solamente el pagaré fue presentado para la presente ejecución prendaria. Porque si no se ha agregado el Certificado de Cuenta, es lógico que el mismo en el caso de autos, no existe en el presente juicio.

Otro argumento que robustece la confirmación de la sentencia dictada en autos, lo constituye la expresión del recurrente al sostener que *“por último, entramos a la discusión sobre hermenéutica jurídica, para rebatir finalmente lo señalado erróneamente por el juzgado inferior, al aplicar en forma equivocada el Art. 661 del Código Civil, en vez del Art. 92 de la Ley Orgánica del B.N.F.”* (las mayúsculas me pertenecen).

En efecto, la jurisprudencia de nuestros tribunales, ha venido resolviendo en forma reiterada, que en estos casos, de error, equivocación u omisión, el afectado, antes de recurrir a los recursos de fondo, como son los de nulidad y de apelación, debe deducir en forma previa el recurso de aclaratoria, en la forma puesta en el Art. 387 del C.P.C. en la misma instancia en que se produjo el error, para que el mismo juez de la causa, en caso de ERROR u OMISIÓN, exponga los fundamentos de la resolución dictada, o el criterio predominante que le indujo a resolver la cuestión planteada en autos, en la forma resuelta.

Así, en los casos análogos, la jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales ha resuelto que *“El recurso de aclaratoria debe ser deducido en la misma instancia en que se ha cometido el error que se pretende subsanar”*. (Revista Jurídica “La Ley”, Pág. 244, N° 10, Tomo II.) Los fallos más recientes sobre el tema, han resuelto también que *“los errores u omisiones cometidos en la sentencia por el Juez de Primera Instancia, deben subsanarse por la vía del recurso de aclaratoria, en la misma instancia, no pudiendo cuestionarse en segunda instancia, por medio del recurso de apelación”*. (Código Procesal Civil, con Repertorio de Jurisprudencia de Ricardo A. Pane, Pág. 257, N° 178). En el subjúdice, nos encontraríamos en presencia de una cuestión subsanable por la vía del recurso de aclaratoria, desde el punto de vista del apelante, porque: *“los errores u omisiones que las sentencias contengan, debe ser reparados con el recurso de aclaratoria donde la Alzada no puede pronunciarse sobre cuestiones no consideradas en la sentencia de Primera Instancia”*. (Revista Jurídica “La Ley” Tomo 1, pág. 376).

Las jurisprudencias arriba citadas tienen su fundamento jurídico en la disposición expresa del C.P.C., Art. 420, que legisla sobre las atribuciones y

poderes que tiene el tribunal, que estatuye “*El tribunal no podrá fallar sobre cuestiones no propuestas en primera instancia, ni tampoco sobre aquellas cuestiones que no hubiesen sido materia de recursos*”.

En consecuencia, teniendo en cuenta que esta norma es de orden público, su aplicación es obligatoria, conforme lo dispone el Art. 9° del Código Civil, que dice “*los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observación estén interesados el orden público o las buenas costumbres*”.

Sin embargo, no hay que dejar de advertir que dichos instrumentos, para su cobro, podrán ser reclamados por otra vía, pero ya no por la vía ejecutiva, conforme a las normas vigentes sobre la materia.

En estas condiciones, no existe otra alternativa que no habiéndose presentado el Certificado de Cuenta en estos autos, solo resta confirmar, con costas, la sentencia recurrida. Doy pues mi voto en este sentido,

A sus turnos, los magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfrán Saldívar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros de conformidad, todo por ante mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

RESUELVE: 1°) Desestimar, el recurso de nulidad interpuesto en estos autos.

2°) Confirmar, con costas, la S.D. N° 201 de fecha 01 de abril de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

3°) Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Linneo Ynsfrán Saldívar, Fremiort Ortiz Pierpaoli y Carmelo A. Castiglioni.

Ante mí: Abog. Federico Miller Tellechea. Actuario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

AUTO INTERLOCUTORIO Nº 166

FILIACIÓN. Efectos de la filiación.

Las acciones de filiación constituyen una especie de las acciones de estado de familia. Su finalidad puede ser la de obtener el título de estado de hijo y el correlativo de padre o madre, emplazando en el estado correspondiente, o la de aniquilar un título de estado del hijo, y su correlativo de padre o madre, desplazando a las personas que la detentaban de un estado que no es el suyo.

FILIACIÓN. Reconocimiento de filiación.

El art. 19 del C.N. y A. trae esta preceptiva: *“El Estado preservará la identidad del niño y adolescente...”*. El Órgano Jurisdiccional, como componente del Estado, tiene ese deber insoslayable de hacer cumplir la disposición de la ley cuando se plantea un conflicto jurídico, como en el caso de los autos principales, en el que se pretende determinar un elemento de la identidad de la persona, cuál es su nexa biológico con los progenitores, cuando se presenta alguna duda respecto al mismo.

FILIACIÓN. Procedimiento para la filiación.

La competencia del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia para entender sobre la identidad de una persona tiene asidero en el art. 161 inc. “1” del C.N. y A., que transcrito dice: *“Las medidas para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos del niño y adolescente”*.

MEDIDA JUDICIAL. PRUEBA DE PERITOS. ADN.

No siendo una acción de filiación el ventilado en el juicio principal, sólo resta considerar que se trata de una medida judicial para determinar la paternidad, cuando el progenitor pone en duda la certeza de su nexa biológico, solicitando la prueba pericial de sangre (Ácido Desoxirribonucleico) u otras pruebas

científicas equivalentes para determinar su paternidad (art. 184 del C.N. y A). Es importante que los Juzgados de esta Jurisdicción tengan presente esta cuestión procesal, con lo que se ganaría en economía, observando el principio de la bilateralidad y la sumariedad del proceso.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. FILIACIÓN.

No hay dudas de que en el expediente sobre filiación, se imprimió el trámite del proceso de conocimiento sumario previsto en el C.P.C., salvo en lo relativo a la prohibición de presentar alegatos, para lo cual se establece un plazo de 6 días comunes, art. 183 del C.N. y A., y los profesionales intervinientes en el proceso ameritan que se regulen sus honorarios de conformidad al art. 44, num. “7”, de la Ley 1.376/88, que establece la base mínima para la justipreciación en 120 jornales mínimos, equivalentes a cuatro meses, de conformidad al art. 337 del C.C., en los juicios de reconocimientos de filiación.

COSTAS. Costas al vencido.

En el caso de autos, a tenor de la sentencia dictada por el Juzgado, la gananciosa del juicio ha sido la madre de la menor, parte demandada en el juicio, en la inteligencia de que el actor, al no prosperar su pretensión de reconocimiento de la filiación, es la parte perdedora y, por ese motivo, debe cargar con las costas del juicio.

TApel. De la Niñez y Adolsencia. 10-05-10. “Regulación de honorarios profesional del Abog. Christian Bazán Crichingo en los autos: A.G.V.G s/ Filiación” (A.I. N° 166).

Asunción, 10 de mayo de 2010.

VISTO: El recurso de apelación interpuesto contra el A.I. N° 260 del 21 de setiembre de 2009, dictado por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, fs. 2, y

CONSIDERANDO: El auto interlocutorio recurrido justipreció los honorarios profesionales del Abogado Christian Bazán Crichingo, por los trabajos realizados en los autos: “A. G. V. G. s/ filiación”, en el carácter de patrocinante de la parte accionada, fijándolos en la suma de 3.000.000 de guaraníes, más 300.000 Gs. en concepto de I.V.A.

El recurso de apelación fue interpuesto tanto por el Sr. R. B., parte actora, como por el abogado Christian Bazán Crichingo, patrocinante de la parte accionada.

Con relación al Sr. R. B., puntualizamos que a fs. 4 del expte: “Regulación de honorarios profesionales del abogado M.C. en los autos: “A. G. V. G. s/ filiación” se dio por notificado simultáneamente del A.I. N° 259 y A.I. N° 260 del 21 de setiembre de 2009, pero nótese que el Juzgado le concedió el recurso a su Abogado patrocinante, M. C., quien no interpuso recurso alguno contra las mencionadas resoluciones. Tampoco, el Sr. R.B. repuso el proveído del 2 de noviembre de 2009 ante ese manifiesto error, por lo que éste quedó firme en el proceso.

En lo tocante al interpuesto por el abogado Christian Bazán Crichingo, el mismo expresa agravios a fs. 14/15. En síntesis, sostiene que el Juzgado reconoció en el considerando que los honorarios profesionales en el juicio de familia se regularán en base al art. 21 sobre la escala de 120 jornales mínimos, en los reconocimientos de filiación, cambiando posteriormente en la parte resolutive, y fija en 60 jornales, produciéndole un agravio en cuanto a toda su intervención en el juicio principal. Expresa además, que se debe tener en cuenta el resultado de la presente demanda de Reconocimiento de Filiación que ha sido iniciada por el actor, y que su parte se allanó desde el primer momento a la realización de la prueba de ADN, por considerar que con ello se demostraría que el juicio planteado por la parte actora no tenía asidero legal. Considera sea aplicado el art. 192 del C.P.C., en donde se establece que la parte vencida deberá pagar todos los gastos de la contraria. Concluye, solicitando al Tribunal, la revocatoria de la resolución impugnada, retasando los honorarios fijados en primera instancia en 120 jornales mínimos. Por su parte, el Abogado R. M.B. B. contesta los agravios del apelante, solicitando, tras exponer sus argumentos, la revocatoria de la resolución, fs. 17.

Para tener un concepto claro de lo acontecido en los autos principales, debemos tener presente la pretensión del Sr. R.M.B.B., la contestación a la misma por parte de la señora G. E. del S. V. G., y la sentencia recaída. Todo esto se hace necesario para establecer si realmente lo ventilado fue una acción de filiación o una medida judicial para determinar la paternidad del Sr. R. M. B. B., con respecto a la niña A. G. V. G., nacida el 26 de noviembre del 2002, según certificado de fs. 1.

A fs. 2 del principal, el Sr. R. M.B.B. relata los hechos del relacionamiento sentimental con la Sra. G. E.del S. V.G. En lo medular, dice: “...*que luego de nuestra separación en la fecha indicada más arriba, la demandada me manifes-*

tó que había quedado embarazada de la menor A. G., atribuyéndome la paternidad de esa criatura, pero solamente de palabras...”. “...que, en la ocasión del accidente sufrido por la demandada y su menor hija, no fue la única vez en que yo le pedí que nos sometiéramos a la prueba de ADN, lo hice en muchas otras ocasiones, petición a la que, sistemáticamente, me respondía con una negativa o actitud evasiva, al punto de hacerme dudar de la paternidad que me reclama y me atribuye desde ya hace varios años...”, “...que al no acceder voluntariamente, a someterse al ADN la hoy demandada me obliga a recurrir ante VS. a iniciar la presente acción de filiación, ya que mi parte quiere tener certeza de la paternidad que se me atribuye, habida cuenta de que tengo sospechas muy valederas de que la misma no se maneja con la verdad en relación de mi supuesta paternidad...”. Termina solicitando, tenga promovida la demanda de reconocimiento de filiación extramatrimonial. La Sra. G. E. V. G., al contestar la demanda, entre otras cosas, dijo: “...que, en el año 2006 en base a promesas realizadas por él, nos acercamos a una sicóloga con el fin de lograr el relacionamiento entre padre e hija, dicho sea de paso los pagos por las consultas fueron abonadas por mi parte. La sicóloga se llamaba C., y mi hija A. empezó a llamarlo papi R.; pero en febrero del año siguiente desapareció otra vez, nos tenía acostumbrados...”. “...En ese momento el señor Rolando se acerca a mis familiares y manifiesta su intención de realizar la prueba de ADN de nuestra hija; pero considerando todo lo que estaba aconteciendo se le dijo que no era el momento...”. Terminó su contestación, diciendo que se allanaba a la prueba del ADN, debiendo correr los gastos de la pericia a cargo exclusivo de la parte actora. Realizada la pericia de referencia, el informe elevado por la Dra. Marta Oviedo, perito en genética forense, a fs. 115/118, concluye que el Sr. R.M.B. B., no es el padre biológico de A. G. V. G. Finalmente, a raíz de este informe, y como elemento probatorio fundamental, el Juzgado dictó la S.D. N° 291 del 06 de agosto del 2009, que no hizo lugar a la acción de filiación e impuso las costas a la perdidosa. Rescatamos que el juicio siguió todos los trámites previstos del procedimiento sumario del C.P.C., por el reenvió que efectúa el art. 183 del C.N. y A.

Las acciones de filiación constituyen una especie de las acciones de estado de familia. Su finalidad puede ser la de obtener el título de estado de hijo y el correlativo de padre o madre, emplazando en el estado correspondiente, o la de aniquilar un título de estado del hijo, y su correlativo de padre o madre, desplazando a las personas que la detentaban de un estado que no es el suyo. Ambas

son declarativas de un supuesto hecho que las precede y que consiste en la existencia o inexistencia del nexo biológico de la generación (Derecho de Familia, Tomo III, María Josefa Méndez Costas – Daniel Hugo D’antonio). En este contexto de reclamación o impugnación parental, nuestro C.C., en el Capítulo XI, Sección Tercera, del Libro I, regla estas acciones de filiación:

Art. 234. “Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres...”. Implica esta normativa que el titular de la acción es el hijo o la hija a quien reclama el emplazamiento parental, para determinar su identidad biológica. En nuestra Jurisdicción, es el niño, niña o adolescente, en concordancia con el art. 53 de la C.N., La Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, art. 7 num. 2 y el art. 18 del C.N. y A. En el caso de los autos principales, el sujeto activo de la relación procesal no fue la niña A. G. V. G., razón gravitante para no calificar como acción de reconocimiento de filiación;

Art. 236. “El marido podrá desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, en los siguientes casos...”. Se trata de la impugnación de la filiación matrimonial efectuada por el marido de la mujer. Tampoco, en el juicio de marras, es aplicable esta norma del C.C., al no existir matrimonio entre los progenitores de la niña.

Art. 240. “La filiación, aunque sea conforme a los asientos del Registro del Estado Civil, o a los parroquiales, en su caso, podrá ser impugnada por el padre o la madre, y por todo aquél que tuviere interés actual en hacerlo, siempre que se alegare parto supuesto, sustitución del hijo, o no ser madre del hijo que pasa por suyo”. La norma de referencia, igualmente no puede ser aplicada al caso de los autos principales, puesto que el actor en el juicio propone investigar su paternidad con respecto a la niña A. G. V. G., y su pretensión no se ajusta a ninguna de las hipótesis previstas en este articulado;

Art. 247. “El reconocimiento que hicieren los padres de sus hijos podrá ser impugnado por éstos, o por los herederos forzosos de quien hiciere el reconocimiento, dentro del plazo de ciento ochenta días, desde que hubiese tenido conocimiento del acto”. En los autos principales, el Sr. R. M. B. B. no reconoció formalmente a la niña A. G. V. G., y en consecuencia, falta el primer requisito para que proceda esta acción.

Concluyendo, estamos en condiciones de afirmar que el procedimiento contenido en el expediente principal no se encuadra a ninguna de las acciones que están legisladas en el Código Civil en materia de filiación, por cuyo motivo, y

siendo de interés procesal para nuestra jurisdicción, habría que buscar su adecuación en algunas de las normas del C.N. y A., referente a la competencia del Juzgado para entender en un proceso de determinación de la paternidad, cuando el progenitor no tiene certeza sobre la verdad biológica del nexo consanguíneo entre él y el hijo o hija, niño o adolescente.

El art. 19 del C.N. y A. trae esta preceptiva: *“El Estado preservará la identidad del niño y adolescente...”*. El Órgano Jurisdiccional, como componente del Estado, tiene ese deber insoslayable de hacer cumplir la disposición de la ley, cuando se plantea un conflicto jurídico, como en el caso de los autos principales que hemos analizado, en el que se pretende determinar un elemento de la identidad de la persona, cual es su nexo biológico con los progenitores, cuando se presenta alguna duda respecto al mismo. La competencia del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia para entender sobre este punto en conflicto, tiene asidero en el art. 161 inc. “1” del C.N. y A., que transcrito dice: *“Las medidas para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos del niño y adolescente”*.

En consecuencia, no siendo una acción de filiación el ventilado en el juicio principal, sólo resta considerar que se trata de una medida judicial para determinar la paternidad, cuando el progenitor pone en duda la certeza de su nexo biológico, solicitando la prueba pericial de sangre (Ácido Desoxirribonucleico) u otras pruebas científicas equivalentes para determinar su paternidad (art. 184 del C.N. y A). Es importante que los Juzgados de esta Jurisdicción tengan presente esta cuestión procesal, con lo que se ganaría en economía, observando el principio de la bilateralidad y la sumariedad del proceso.

No obstante a todo lo expuesto, no hay dudas de que en el expediente “A. G. V. G. s/ filiación”, se imprimió el trámite del proceso de conocimiento sumario previsto en el C.P.C., salvo en lo relativo a la prohibición de presentar alegatos, para lo cual se establece un plazo de 6 días comunes, art. 183 del C.N. y A., y los profesionales intervinientes en el proceso ameritan que se regulen sus honorarios de conformidad al art. 44, num. “7” de la Ley 1376/88, que establece la base mínima para la justipreciación en 120 jornales mínimos, equivalentes a cuatro meses, de conformidad al art. 337 del C.C., en los juicios de reconocimientos de filiación.

En el caso de autos, a tenor de la sentencia dictada por el Juzgado, la gananciosa del juicio ha sido la Sra. G. E. V. G., parte demandada en el juicio, en la inteligencia de que el actor, Sr. R. Manuel B. B., al no prosperar su preten-

sión de reconocimiento de la filiación, es la parte perdidosa, y por ese motivo, debe cargar con las costas del juicio.

El Juzgado justipreció los honorarios del abogado Christian Bazán Crichingo, en su carácter de patrocinante de la parte accionada, en la suma de 3.000.000 de Gs., cantidad que no se ajusta a la preceptiva recientemente citada, que establece la base mínima de 120 jornales. Pues bien, tomando como base los 120 jornales, y su equivalencia actual, alcanza 5.635.452 Gs., y a este monto deben retasarse los honorarios del citado profesional, más 563.545 Gs. en concepto de IVA.

Por tanto, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE: Retasar los honorarios profesionales del abogado Christian Bazán Crichingo en la suma de 5.635.452 gs. (Cinco millones seiscientos treinta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y dos guaraníes), más 563.545 gs. (Quinientos sesenta y tres mil quinientos cuarenta y cinco guaraníes) en concepto de I.V.A., como patrocinante de la parte accionada, en el juicio individualizado en el acápite de la presente resolución. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Samuel Aguirre Ayala, Manuel Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 352

Cuestión debatida: El tema discutido es si una vez que se hizo lugar a la excepción incompetencia de jurisdicción el expediente debe ser remitido al Juzgado de la jurisdicción competente o debe ordenarse el archivamiento.

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA. Procedencia de la excepción de incompetencia.

Es obvio, que iniciado el proceso de asistencia alimentaria, indefectiblemente debe concluir con el cumplimiento jurisdiccional previsto en el art. 97 del C. N. y A. Siendo así como es, lo resuelto por el juzgado que hizo lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción por vía de la declinatoria de la parte demandada remitió los autos al juzgado de la jurisdicción competente, se ajusta

acabadamente a esa preceptiva que contempla la asistencia integral del niño o adolescente por parte de sus progenitores, consagrado en el art. 53 C.N. (Voto de la mayoría)

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA. Procedencia de la excepción de incompetencia. ALIMENTOS.

Si bien el C.P.C., en el art. 7º dispone que al hacer lugar a la excepción de competencia debe mandar que el interesado ocurra ante quien corresponda, pero, en el caso de autos, ante el interés que representa la asistencia alimentaria para los niños debe prevalecer el último párrafo art. 97 del C.N. y A., por aplicación del art. 54 de la C.N por lo cual se remite el expediente al juzgado de la jurisdicción competente. (Voto de la mayoría).

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA. Procedencia de la excepción de incompetencia. RECURSO DE ACLARATORIA.

En relación al reenvío del expediente al Juzgado de Igual Clase y Jurisdicción de Luque por haber prosperado la excepción de incompetencia, el recurso de aclaratoria era inviable y el Juzgado, en vez de recurrir a la argumentación del interés superior del niño, simplemente debió desestimarlos acatando la contenida en el artículo 387 – 3er. párrafo – del C.P.C. que reza: “En ningún caso de se alterará lo sustancial de la decisión...”. En efecto, si el Juzgado hubiera hecho lugar a la aclaratoria en cuanto al segundo punto en relación a la solicitud de archivamiento del presente juicio se estaría violentando esta norma procesal y, para no salir de cuestiones exclusivamente procesales, el Segundo Apartado, al ser parte esencial de la mentada resolución, no podía ser objeto del recurso de aclaratoria sino directamente del recurso de apelación. (Voto en disidencia del Dr. Silvio Rodríguez).

COSTAS. Costas en el orden causado.

Las costas deben imponerse en el orden causado, porque se trata de una interpretación que efectúa el Tribunal respecto a este punto.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 23-08-10. “S.B.G.S. y otra s/ Ofrecimiento de asistencia alimenticia” (A.I. N° 352)

Asunción, 23 de agosto de 2010.

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos por el Abogado R. A. B. W. representante convencional de la Señora P. S. J. contra el A.I. N° 271

de fecha 2 de julio de 2010, fs. 29, aclaratoria del A.I. N° 195 de fecha 1 de julio de 2010, fs. 23, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno de la Capital, y

CONSIDERANDO: *El recurso de nulidad*. La abogada E. G. de F. F. de B., representante convencional de la señora P.S.J., en lo sustantivo alega: "... La citada resolución es nula respecto a la remisión del expediente al juzgado de igual clase de la ciudad de Luque así como a la negativa consecuente de la inferior de no ordenar su archivo pues, viola concretamente lo prescripto por el art. 15 del C.P.C., puntualmente sus incisos b) y c)".

La crítica que realiza la recursante es susceptible de analizar en el recurso de apelación, también interpuesto. Además, el Juzgado observó el principio de la bilateralidad, que garantiza la defensa de los derechos en juicio, infracción que traería como consecuencia un vicio nulificante de la resolución impugnada. Corresponde desestimar la nulidad interpuesta.

El recurso de apelación. Opinión del miembro Arnaldo Samuel Aguirre: El Juzgado, en su primer punto de la resolución, hizo lugar al pedido de aclaratoria de A. I. N° 195 de fecha 1 de junio de 2010, formulado por la parte demandada en el sentido de que en el resuelve del numeral 1) debe decir: Hacer lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción por vía de la declinatoria interpuesta por el abogado R. A. B. W. y remitir los autos al Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de la ciudad de Luque por ser competente por razón del territorio. Y en su segundo punto, No hacer lugar al pedido de aclaratoria formulado por la parte demandada contra el A. I. N° 195 de fecha 1 de junio de 2010 en relación a la solicitud de archivamiento del presente juicio.

La apelante en su expresión de agravios, fs. 36/38, sostiene: "... La resolución es arbitraria e injusta, la aquo ha premiado la mala fe de la actora, quien en forma totalmente dolosa ha presentado la demanda ante un juez incompetente. Este extremo es reconocido expresamente por la misma en estos autos"

"... Ante la conducta irregular de la adversa, no puede la a quo alegar falazmente para fundamentar su decisión antojadiza y arbitraria la protección del interés superior del niño, pues el art. art. 232 del C.P.C. –el cual sirvió de fundamento para que prospere la excepción de incompetencia de jurisdicción articulada por mi parte– claramente establece que firme la resolución que admite la excepción de incompetencia, el interesado podrá recurrir ante quien corresponda, siendo entonces la inferior quien caprichosamente dilata la posi-

bilidad a la adversa de poder recurrir conforme a derecho ante el juez que corresponde.

Respecto a los agravios de la apelante, es importante destacar el perjuicio real y concreto que lo ocasiona la decisión del juzgado, situación que no aparece en los fundamentos expresados en alzada.

Como premisa de la litis, debemos tener presente el último párrafo del art. 97 del C.N. y A. que ordena cuanto sigue: “En ningún caso el juez dejará de pronunciarse sobre la asistencia alimenticia solicitada”. En el caso de autos, se plantea un ofrecimiento de alimentos y ayuda prenatal por parte del Señor Marcos Benjamín Gómez Dávalos para su hijo, el niño S.B., y su esposa, que se encuentra en estado de gravidez. Los títulos de estado civil se hallan agregados a fs. 1/2 de autos. La constancia del embarazo de su esposa, señora Pamela Sosa Jiménez, acredita con el certificado de fs. 3.

Es obvio, que iniciado el proceso de asistencia alimentaria, indefectiblemente debe concluir con el cumplimiento jurisdiccional previsto en el art. de referencia. Siendo así como es, lo resuelto por el juzgado se ajusta acabadamente a esa preceptiva que contempla la asistencia integral del niño o adolescente por parte de sus progenitores, consagrado en el art. 53 C.N.

La a-quo, atenta a este mandato constitucional, indicó la competencia territorial para tratar la litis, que es el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de la ciudad de Luque, porque el niño y su madre residen en dicho lugar, haciendo de esta manera lugar a la excepción opuesta por la accionada. Además, dispuso que el expediente pase a consideración de dicho juez, a los efectos que prosiga el juicio iniciado en esta capital, ya que, como expresamos más arriba, la asistencia alimenticia sí o sí debe tener un pronunciamiento sobre esta materia por ser de naturaleza perentoria y urgente, lo cual sólo es posible adoptando dicha resolución, conforme a la normativa en esta materia, recientemente señalada. El hecho no causa ningún perjuicio a la parte demandada para que constituya un agravio irreparable. Todo lo contrario, pues se ganaría en tiempo a favor de los alimentistas. Sí bien el C.P.C., en el art. 7° dispone que al hacer lugar a la excepción de competencia debe mandar que el interesado ocurra ante quien corresponda, pero, en el caso de autos, ante el interés que representa la asistencia alimentaria para los niños debe prevalecer el último párrafo art. 97 del C.N. y A., por aplicación del art. 54 de la C.N. En consecuencia, corresponde confirmar la resolución apelada. Las costas deben imponerse en el orden causado,

porque se trata de una interpretación que efectúa el Tribunal respecto a este punto.

Opinión del Dr. Silvio Rodríguez: Por A.I. N° 195 del 1 de junio de 2010 el Juzgado resolvió cuanto sigue: “Declinar la competencia de este Juzgado para entender en la presente causa y remitir los autos al Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de la Ciudad de Luque por ser competente en razón del territorio e impuso las costas en el orden causado” (fl. 23).

Contra este auto interlocutorio, el profesional R. A. B. W. interpuso el recurso de aclaratoria, recurso en el que se petitionó que el Juzgado aclare dos cuestiones: 1) Que se haga mención específica de que la excepción de incompetencia de jurisdicción en razón del territorio fue interpuesta por el mismo, y 2) Que se ordene el archivamiento del expediente de conformidad a lo estatuido en el artículo 232 –1er. párrafo– del C.P.C. (fl. 25). Posteriormente, por A.I. N° 271 del 2 de julio de 2010 el Juzgado hizo lugar al primer punto de la aclaratoria interpuesta, no así respecto al segundo, manteniéndose así la A Quo en su posición de que los autos debían ser remitidos al Juzgado de la ciudad de Luque (fl. 29). Y bien, lo que se objeta en esta Instancia es solamente lo relativo al segundo punto y la única materia que debe estudiarse y resolverse ya que el primero fue admitido como el profesional R. A. B. lo había solicitado.

En este sentido, el recurso de aclaratoria a quien interpuso la excepción necesariamente debía prosperar, tal como ocurrió en el caso de autos. Sin embargo, con relación al reenvío del expediente al Juzgado de Igual Clase y Jurisdicción de Luque, el recurso de aclaratoria era inviable y el Juzgado, en vez de recurrir a la argumentación del interés superior del niño, simplemente debió desestimarlos acatando la contenida en el artículo 387 –3er. párrafo– del C.P.C. que reza: “En ningún caso se alterará lo sustancial de la decisión...”. En efecto, si el Juzgado hubiera hecho lugar a la aclaratoria en cuanto al segundo punto se estaría violentando esta norma procesal y, para no salir de cuestiones exclusivamente procesales, el Segundo Apartado del A.I. N° 271 del 2 de julio de 2010, al ser parte esencial de la mentada resolución, no podía ser objeto del recurso de aclaratoria sino directamente del recurso de apelación.

En síntesis, la resolución recurrida amerita ser confirmada por las razones antes expuestas, sin que ello signifique no estar de acuerdo con las disquisiciones sobre el mismo tema desarrollado por el colega preopinante e imponerse las costas de esta Instancia el orden causado por no responder las conclusiones de

este Tribunal a las posiciones asumidas por las partes. Es mi voto.

A su turno, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, manifiesta que se adhiere al voto del Miembro Arnaldo Samuel Aguirre por los mismos fundamentos.

Por tanto, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia

RESUELVE: No hacer lugar al recurso de nulidad. Confirmar la resolución apelada. IMPONER, las costas, en esta instancia, en el orden causado. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Samuel Aguirre Ayala, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Manuel Silvio Rodríguez.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 77

ALIMENTOS. Modificación del Quantum.

En virtud del art. 1° del C.N. y A., la alimentista, ha dejado de ser sujeto de protección del C.N. y A., y poniendo de esta manera un obstáculo legal insalvable para que el Tribunal resuelva sobre la modificación de la pensión alimentaria fijada en la sentencia recurrida, solicitada por los apelantes, porque de alterarse el monto de la pensión, habrá de regir para el futuro. Esta conclusión deviene lógica porque ha perdido competencia para considerar las reclamaciones deducidas, tanto por la parte actora como la parte demandada. Cabe poner de relieve que esta situación se produjo en esta Instancia por la extinción de la patria potestad, en cuya virtud se dio la tramitación al juicio de aumento de asistencia alimentaria, en conexión con el art. 263, inc. a) del C.C.

TApel. De la Niñez y Adolscencia. 04-06-10. "M.R.F.S. s/ aumento de asistencia alimenticia" (Ac. y Sent. N° 77)

CUESTIÓN:

¿Es justa la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Arnaldo Samuel Aguirre, Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la cuestión planteada el miembro preopinante dijo:

La sentencia recurrida hizo lugar, con costas, al juicio que sobre aumento

de asistencia alimentaria promoviera la señora T. M. R. S., a favor de su hija M. R. F. S., contra el Señor C. F. B., y fijó la cuota alimentaria en 44.7 jornales mínimos, equivalentes a la suma de 2.099.000 guaraníes, que el señor Carlos F. B. deberá pasar a su hija en concepto de alimentos.

El señor C. F. B. expresa agravios a fs. 321/326, solicitando al Tribunal se modifique la cuota alimentaria a 1.500.000 gs.

Por su parte, la abogada Susana López de Quevedo, representante convencional de la Sra. T. M. Regina S. fundamenta la apelación a fs. 330/331, solicitando que la suma fijada en Primera Instancia sea aumentada a 3.000.000 de guaraníes.

La revisión del presente juicio en esta Instancia, impone previamente determinar si la alimentista, M. R. F. S., sigue siendo sujeto de protección especial en esta Jurisdicción, por aplicación de los arts. 1º, 97, 185 y concordantes del C.N. y A.

A fs. 351, se halla agregada copia autenticada del Certificado de Nacimiento de M. R. F. S., cuya agregación fue ordenada por este Tribunal, como medida de mejor proveer, en fecha 29 de marzo de 2010, teniendo en cuenta el art. 97 del C.N. y A., donde se establece que los padres de los niños o adolescentes, en ejercicio de la patria potestad están obligados a proporcionarles asistencia alimenticia *suficiente y adecuada a la edad*. El instrumento acreditativo del nacimiento, nos instruye que la alimentista nació el 25 de abril de 1992, con lo que a la fecha ha cumplido la mayoría de edad, según la Ley N° 2.169/03 que modifica el art. 36 del C.C. Esta circunstancia es de relevancia en esta jurisdicción especializada, pues, en virtud del art. 1º del C.N. y A., la alimentista, MRFS, ha dejado de ser sujeto de protección del mencionado instrumento normativo, y poniendo de esta manera un obstáculo legal insalvable para que el Tribunal resuelva sobre la modificación de la pensión alimentaria fijada en la sentencia recurrida, solicitada por los apelantes, porque de alterarse el monto de la pensión, habrá de regir para el futuro. Esta conclusión deviene lógica porque ha perdido competencia para considerar las reclamaciones deducidas, tanto por la parte actora como la parte demandada. Cabe poner de relieve que esta situación se produjo en esta Instancia por la extinción de la patria potestad, en cuya virtud se dio la tramitación al juicio de aumento de asistencia alimentaria, en conexión con el art. 263, inc. a) del C.C.

De estas consideraciones de hecho y de derecho, llego a la convicción de que la sentencia debe ser confirmada. Las costas, en esta Instancia, en el orden

causado, teniendo en cuenta que los agravios de los apelantes no fueron considerados por el motivo indicado. Es mi voto.

A sus turnos, Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE: Confirmar la sentencia apelada. Las costas, en esta Instancia, en el orden causado. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 81

ALIMENTOS. Modificación del quantum.

A fin de determinar una mesada equitativa para los niños actualmente con 15, 13, 7 y 4 años, se deben tener en cuenta que los mismos se encuentran en plena edad escolar a excepción de la menor quien aun no cuenta con la edad requerida en el sentido de la escolaridad obligatoria (a pesar de que la progenitora ha manifestado que desde el presente año lectivo ya le inscribió en una institución educativa). Y, estando los niños en etapa de crecimiento necesitan de una asistencia integral que deben ser proporcionados por ambos progenitores de acuerdo a las condiciones económicas de cada uno de ellos.

ALIMENTOS. Caudal de alimentante.

En cuanto al caudal económico del alimentante según el informe remitido por el Banco Central del Paraguay, su *salario mensual es de Gs. 4.238.630, por responsabilidad jerárquica Gs 3.080.000, adicional por antigüedad Gs. 566.280, beneficios laborales Gs. 528.000, bonificación por grado académico Gs. 600.000 que, descontado del aporte obligatorio a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios*, le queda un remante de Gs. 7.987.872, monto que debe tenerse en cuenta para las resultas de la asistencia alimenticia.

ALIMENTOS. Base del cálculo para la fijación de asistencia alimenticia.

No puede tenerse en cuenta los descuentos por préstamos o pagos a casas comerciales que afectan al salario de ambos progenitores, porque los mismos constituyen erogaciones voluntarios contraídos por los mismos.

ABOGADO. Aplicación de sanciones.

La aplicación de sanciones a los profesionales que faltan el respeto a los funcionarios de la secretaría del Juzgado, tal como se desprende de la fundamentación de la A Quo para apercibir a la apelante, tiene que ser en el acto y en un incidente que se glose por cuerda separada al juicio principal y a través de una audiencia en la que se le dé la oportunidad de ejercer su defensa tal como lo prescriben los artículos 16 y 17, Numeral 1) de la Constitución Nacional.

ABOGADO. Aplicación de sanciones.

La sanción de apercibimiento tiene que aplicarse en una audiencia en la que se aclare perfectamente las palabras pronunciadas, en forma textual, y no en forma genérica, como ha ocurrido en el caso de autos y fuera del despacho de la Jueza, perdiendo ésta la inmediatez para el Juzgamiento de la falta cometida por la Procuradora sancionada.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 08-06-10. "S.V.O.R.D y otros s/ Asistencia alimenticia" (Ac. y Sent. N° 81).

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Arnaldo Samuel Aguirre y la Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la única cuestión planteada el preopinante DR. Silvio Rodríguez dijo:

En la sentencia recurrida, el Juzgado resolvió textualmente cuanto sigue: "1) *Hacer Lugar, con costas al juicio que por asistencia alimenticia promoviera la Sra. P. R. D. M., a favor de los niños G. B., A. K., L. M. y S. V. O. R. D. y en contra del Sr. C. s J. O. J. y en consecuencia, 2) Fijar el Quantum de la asistencia alimenticia en 10.64 jornales mínimos que actualmente asciende a la suma de Guaraníes quinientos mil (Gs. 500.000), mas el pago de las cuotas Escolares de los niños G. B., A. K. y L. M. O. R. D., así como también el 50 % de la matrícula anual de los citados en el colegio Santa Clara, excluyendo el pago del Transporte. 3) Notificar por cédula en el domicilio real al señor C.J. O. J. de la presente*

resolución. 4) Aplicar la sanción de apercibimiento a la Procuradora Graciela Moreno de Shaw con Matrícula Nro 143. 5) Remitir copia autenticada de la presente resolución al Consejo de la Superintendencia de la Corte a los efectos de la anotación en el legajo de la mencionada profesional y al efecto líbrese el correspondiente oficio. (fl.84/89).

Contra esta sentencia se alzan la señora P. R. D. M., el señor C. J. O. J. y con respecto al cuarto apartado, la profesional G. M. de Sh. La primera funda sus agravios en que la Jueza ha incurrido en el error in-procedendo así como en el error in-iudicando, dado que ha tomado como referencia la suma de Gs. 46.962 como jornal mínimo diario para actividades diversas no especificadas en la capital, debiendo ser el de Gs 54.187. Siguió diciendo que el monto fijado en efectivo por la A-quo es una aberración jurídica ya que el alimentante ofreció la suma mensual de Gs. 1.500.000 en forma líquida mensual, mas el pago del transporte escolar consistente a Gs. 280.000 y el pago mensual del tratamiento odontológico a ser abonado directamente por el demandado Sin embargo, la A Quo disminuyó al monto a Gs. 500.000 a ser depositado en cuenta judicial abierta al efecto y excluye el pago del transporte escolar. Por otra parte, obvió el informe del Banco Central del Paraguay respecto al salario que percibe el alimentante de Gs 7.987.872, aplicando la A-quo sobre dicho monto solo 6.26 % y poco más de la tercera parte de lo que el mismo ofreciera en la audiencia ya citada. El juzgado no tomo en cuenta el Dictamen N° 182/09 de fecha 6 de octubre del 2009 de la Defensora de la Niñez y la Adolescencia del Noveno Turno, Abog. L. R. de C., quien solicitó se establezca la suma de Gs. 2.800.000 en concepto de asistencia alimenticia. Culminó peticionando la revocación de la sentencia recurrida (fls. 96/102).

Por su parte, el señor C. J. O. J., dijo que la sentencia recurrida le agravia en razón de que la Jueza se ha olvidado de la responsabilidad compartida de los progenitores y en especial del criterio de proporcionalidad en cuanto a la responsabilidad respecto de los hijos, ya que le impone a él cubrir la mayor parte de los gastos de los niños, olvidándose que la señora P. R. D. M., también trabaja en el Banco Central del Paraguay, obteniendo un ingreso de Gs 5.104.550, más un adicional en concepto de ayuda económica para carga de familia de GS 2.490.000, que lo recibe en forma bimestral por los hijos que ellos tienen en común y que no está demás mencionar que su persona por su buena fe optó por que dicho monto sea adjudicado a la madre. Dijo, además, que la niña G. B. O. R. D. se encuentra

viviendo en la casa de la abuela materna con él, desde hace aproximadamente un año, pues la misma ha pasado las vacaciones de verano de 2.008 con su madre, luego volvió para el inicio de clases en el año 2.009, permaneciendo en dicho domicilio hasta la fecha, y el trato con la niña es directo, haciéndose cargo de todos los gastos que la citada niña tiene. Prosiguió diciendo que la señora P. R. D. M. no paga monto alguno en concepto de alquiler, ni por otro tipo de gastos, ya que anteriormente y luego de la separación la misma, se encontraba viviendo en la ciudad de Lambaré y por propia decisión decidió mudarse a la casa de su abuela materna. Que además, cedió a favor de sus hijos y en beneficio de ellos el 50% de los derechos que le correspondía sobre el vehículo que la señora P. R. D. se encuentra utilizando. Finalmente, dijo que la revocación de las costas de Primera Instancia deben imponerse en el orden causado en atención a que el no dio motivo para que las costas le sean impuesta ya que nunca faltó a su obligación como padre y ha demostrado buena fe y predisposición en todo el proceso. Culminó solicitando la modificación del monto de la mesada establecido en efectivo, en la suma de Gs. 300.000 y que las costas sean impuestas en el orden causado (fls. 119/123).

Y, bien en la audiencia realizada ante el juzgado, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 188 del C. N. y A., el señor C. J. O. J. manifestó que trabaja como Apoderado del Banco Central del Paraguay y percibe en concepto de sueldo la suma de Gs. 4.330.000, más bonificación, antigüedad, título Universitario, percibiendo en general la suma de Gs. 7.700.000, ofreció en forma líquida y mensual la suma de Gs 1500.000, mas el pago mensual del transporte escolar de Gs 280.000 y el tratamiento odontológico mensual de Gs. 200.000. También dijo que la madre de sus hijos trabaja en el Banco Central del Paraguay y recibe bonificación familiar por los hijos, solicitando se libre oficio a la citada Entidad para que remitan el informe correspondiente (fls. 27). Posteriormente, el señor C.s O. J. ha manifestado que seguirá abonando la suma de Gs. 200.000 en concepto de cuota del Club Internacional de Tenis, instalaciones que son utilizadas por sus hijos para recreación y cederá los derechos que le corresponde sobre el vehículo marca Hyundai, modelo Accen, Año 1.998, vehículo que es utilizado por la señora Patricia Ruiz Díaz Mersán, para la movilidad de sus hijos (fls 55/56).

A fin de determinar una mesada equitativa para los niños G. B. O.R. D., actualmente con 15 años, A. K. O. R. D. de 13 años de edad, L. M. O. R. D., de 7

años y S. V. O. R. D., de 4 años de edad, respectivamente (fls. 2/5) se deben tener en cuenta que los niños en cuestión se encuentran en plena edad escolar a excepción de Sarah Valeria quien aun no cuenta con la edad requerida en el sentido de la escolaridad obligatoria a pesar de que la progenitora ha manifestado que desde el presente año lectivo ya le inscribió en una institución educativa. Y, estando los niños en etapa de crecimiento necesitan de una asistencia integral que deben ser proporcionados por ambos progenitores de acuerdo a las condiciones económicas de cada uno de ellos.

En este sentido, en cuanto al caudal económico del señor C. J. O. J., según sus propias manifestaciones (fls. 27) y al informe remitido por el Banco Central del Paraguay, su *salario mensual es de Gs. 4.238.630, por responsabilidad jerárquica Gs. 3.080.000, adicional por antigüedad Gs. 566.280, beneficios laborales Gs. 528.000, bonificación por grado académico Gs. 600.000 que, descontado del aporte obligatorio a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios*, le queda un remante de Gs. 7.987.872, monto que debe tenerse en cuenta para las resultas de autos (fls. 12).

En cuanto a los ingresos de la señora P. R. D. M., también funcionaria del Banco Central del Paraguay, conforme al informe remitido por la citada Institución percibe como *salario Gs. 4.010.270, adicional por antigüedad Gs. 566.280, otros beneficios laborales Gs. 528.000, previo descuento del aporte obligatorio a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios*, percibe Gs. 4.509.598 (fls. 57). Sumado a este importe, la señora R. D. M. recibe de la Institución donde presta servicios la suma de Gs. 2.456.784 en forma bimestral en concepto de ayuda económica por carga de familia y Gs. 3.542.000 en forma anual como ayuda escolar (fls. 188).

No está demás decir, que no puede tenerse en cuenta los descuentos por préstamos o pagos a casas comerciales que afectan al salario de ambos progenitores, porque los mismos constituyen erogaciones voluntarios contraídos por los mismos.

Con estos elementos de juicio a mano, no se ha desvirtuado que la niña G. B. O. R. D. en realidad vive en la casa de la abuela materna con su progenitor y él se hace cargo de todos sus gastos, tal como lo manifestara el apelante. Y, en atención al ofrecimiento realizado por el mismo en la audiencia ante el Juzgado (fls. 27) y en el escrito de fs. 55/56, soy de parecer que la sentencia recurrida debe modificarse en el sentido de establecer como mesada para los niños en cuestión

42.59 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas en la Capital (Decreto N° 1946/09), equivalente en este momento a la suma de Gs. 2.000.111. Además, el señor C. J. O. J. deberá seguir abonando las cuotas sociales del Club Internacional de Tenis. Entiendo que este importe se adecua a la situación actual de los menores, a los ingresos del alimentante y al de la señora P. R. D., sin perder de vista la ayuda económica por carga familiar y escolar que recibe de la Institución en la que presta servicios. Los demás gastos correrán por cuenta de la accionante en forma directa.

Estimo que la mesada así dispuesta se halla adecuada a los principios de responsabilidad compartida de los progenitores en el sostenimiento de los hijos en común (arts. 53 de la C.N. y 70 y 71 del C.N. y A.) y al de equidad (art. 599 del C.P.C.). Finalmente, es importante responder a los agravios de la actora en el sentido de que el jornal mensual aplicado a la asistencia alimenticia es la de Gs. 46.962, establecido por Decreto Nro. 1946/09, como correctamente lo estableció la A-quo. Las costas de esta Instancia deben imponerse en el orden causado ya que la decisión del Tribunal no ha respondido a las posiciones asumidas por las partes.

En lo que respecta a la aplicación de la sanción de apercibimiento impuesta a la profesional G. M. de Sh., amerita ciertas consideraciones relacionadas con el alcance del artículo 17 del C.P.C.

1) La aplicación de sanciones a los profesionales que faltan el respeto a los funcionarios de la secretaría del Juzgado, tal como se desprende de la fundamentación de la A Quo para apercibir a la apelante, tiene que ser en el acto y en un incidente que se glose por cuerda separada al juicio principal y a través de una audiencia en la que se le dé la oportunidad de ejercer su defensa tal como lo prescriben los artículos 16 y 17, Numeral 1) de la Constitución Nacional.

2) En este orden de ideas, si bien es cierto que en los informes de la Actuaría, Abog. E. V., de fecha 22 de diciembre de 2009 (fls. 82/83) y de la Oficial de Secretaría, Abog. M. C. N., de fecha 9 de diciembre de 2009 (fl. 81), se hacen mención de que la Procuradora (en ese entonces) G. M. de Sh. profirió todo tipo de improperios hacia la figura de su S.S. y faltando el respeto hacia los funcionarios del Juzgado de manera agresiva y amenazante con constantes insinuaciones desagradables y molestas, no queda en claro la gravedad de los improperios o las amenazas.

3) No obstante, aun cuando no se haya especificado claramente los términos empleados por la apelante, en el caso de autos se dan dos circunstancias que

otorgan verosimilitud a la decisión adoptada por la A-quo. Por una parte, el Abog. Patrocinante de la señora P. R. M., J. F. Valdez, se apersonó en la secretaría y en la presencia de la Actuaría solicitó las debidas disculpas respecto a la actitud y comportamiento de la nombrada Procuradora y de la señora P. R. D. M., manifestando además que él litigaba en buenos términos en ese Juzgado y que no quería verse involucrado en ese tipo de cosas y, por otra, que la propia Jueza, al ingresar a la Secretaría y al preguntar que estaba sucediendo, girando la cabeza la señora G. M. y dirigiéndose a la Jueza comienza a hacerle la misma pregunta que ya había formulado a la Actuaría con tono de voz bastante agresiva y amenazante, oportunidad en la que la Jueza le dijo que le apercibía de conformidad al artículo 17 del C.P.C. y al retirarse de la Secretaría, la Procuradora le respondió “pero que simpática, me va a apercibir y no me ha sacar la resolución, que vergüenza este Juzgado”.

4) Y bien, tal como puede apreciarse y a pesar de la conclusión anterior, la sanción de apercibimiento tiene que aplicarse en una audiencia en la que se aclare perfectamente las palabras pronunciadas, en forma textual, y no en forma genérica, como ha ocurrido en el caso de autos y fuera del despacho de la Jueza, perdiendo ésta la inmediatez para el Juzgamiento de la falta cometida por la Procuradora sancionada.

Por lo expuesto en líneas precedentes, soy de opinión que por esta vez es suficiente una llamada de atención a la Procuradora Graciela Moreno Shaw quedando modificada de esta manera la sanción impuesta por el Juzgado a la misma. Así voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores Miembros ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE: Modificar la sentencia recurrida en el sentido de fijar 42.59 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas en la Capital, equivalente en este momento a la suma de Gs 2.000.111 8.1 a favor de los niños G. B., A. K., L. M. y S. V. O. R. D., importe que deberá abonar el señor C. J. O. D. por mensualidades adelantadas y a partir del mes de la presente resolución.

Modificar los apartados Cuarto y Quinto de la misma sentencia en el sentido expuesto en el exordio de la presente resolución. Imponer las costas generadas en esta Instancia en el orden causado. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 107

ALIMENTOS. Disminución de alimentos.

La convivencia del adolescente con su padre, después de haberse acordado la asistencia alimentaria, tiene influencia en el monto de la pensión, puesto que la forma estipulada por sus progenitores guardaba relación en la inteligencia de que todos los alimentistas convivían con su madre, hecho que posteriormente fue variado por lo cual corresponde la disminución de la asistencia alimenticia.

ALIMENTOS. Disminución de alimentos.

Si bien, la asistencia alimentaria tiene efecto retroactivo en los casos de fijación de la cuota alimentaria, efectuada por primera vez, como también los aumentos decretados, no ocurre así en los casos en que se disminuya la cuota de los alimentos, porque esta disminución mira sólo para el futuro. Se funda esta asertiva en el artículo 162 del C.C. que establece que no puede ser objeto de compensación ni transacción de la obligación de alimentos, lo que podría acontecer si mirara para el pasado. Es así que, por el principio *Iura Novit Curiae*, necesariamente debe revocarse en la parte de la sentencia que la disminución rige a partir del inicio de la demanda.

TApel. De la Niñez y Adolscencia. 09-07-10. "M. S. G. R. s/ disminución de asistencia alimenticia" (Ac. y Sent. Nº 107).

CUESTIÓN:

¿Es justa la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Arnaldo Samuel Aguirre, Manuel Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la única cuestión planteada el miembro preopinante dijo:

La sentencia recurrida hizo lugar, con costas en el orden causado, a la demanda de disminución de asistencia alimentaria solicitada por el progenitor, el Señor J. C. G. C. con relación a sus hijas L. B. y K. L. G.R., y en consecuencia, fijó 31 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas en la Capital de la República, equivalentes a la suma de Guaraníes Un Millón Cuatrocientos Sesenta mil (Gs 1.460.000), desde el inicio del juicio, julio de 2007, aclarando que la disminución dispuesta no afecta a los demás rubros a los que adicionalmente se comprometió el progenitor, conforme la S.D. N° 209 de fecha 8 de mayo de 2006.

Interpusieron el presente recurso tanto la parte demandada, la señora M. C. R., y la abogada S. E. G. , en representación del Señor J. C. G. C., parte actora.

Los agravios del actor constan a fs. 503/504. En lo relevante, escogemos estos párrafos: “... *Que esta parte no se halla conforme en relación al monto disminuido en razón que esta demanda se inicia con la solicitud de la notificación de la cláusula tercera del acuerdo homologado por S.D. N° 209 de fecha 8 de mayo de 2006 en relación al depósito en efectivo de Gs. 2.200.000 y el pago del servicio de ANDE por motivo que el menor M. S. G. R. se encontraba conviviendo con mi mandante desde marzo de 2006 (un mes luego de la separación) sin ánimo de regresar a convivir con su madre y también por la situación actual económica que resulta difícil a mi mandante costear en su totalidad dos hogares. Solicitó mi mandante la modificación a Gs. 1.000.000 y además el pago de ANDE por parte de la demandada del departamento ocupado por la misma y las hijas K. y L. G. R.*”, sigue alegando que la señora M. C. R. M. viene percibiendo el monto homologado sin que su hijo convive con la misma, lo que constituye un cobro indebido, que hasta la fecha su mandante abona la totalidad de las necesidades de sus hijos, si bien uno de ellos vive con él. Termina solicitando la disminución a Guaraníes Un Millón (Gs. 1.000.000), el monto de la asistencia alimentaria para sus hijas no convivientes, y que la demandada abone los servicios de consumo de energía eléctrica (ANDE).

La señora M. C.R. M., expresa agravios a fs. 497/499. En síntesis, sostiene que el alimentante deposita Guaraníes Dos Millones Doscientos Mil (Gs. 2.200.000), según el acuerdo homologado. De esta cantidad, le corresponde a M. S. la tercera parte, Guaraníes Setecientos Treinta y Cuatro mil (Gs. 734.000), y el hecho de que viva con su padre no implica que ella no cubra todos sus otros

gastos de los alimentos. Solicita se revoque la sentencia, dejando subsistente la S.D. N° 209 de fecha 8 de mayo de 2006, en lo que respecta al monto de la asistencia, y que permanezca invariable su aporte In natura.

Ponemos de relieve que el acuerdo homologado en la S.D. N° 209 de fecha 8 de mayo de 2006, el señor J. C. G.C. y la señora M. C.R. M. acordaron que el primero de los citados debía pasar en concepto de asistencia alimentaria para sus hijos M. S., L.B. y K. L. G. R. la suma de Guaraníes Dos Millones Doscientos Mil (Gs. 2.200.000), y abonar In natura otros rubros de la alimentación: alquiler de apartamento, para residencia de los niños y de la madre conviviente, servicios de consumo de energía eléctrica (ANDE), consumo de agua (ESSAP), utilización de teléfono (COPACO) y expensa, seguro médico y medicamentos, provisión de vestimenta, matrícula y mensualidad del colegio Liberty, incluido almuerzo, uniformes, útiles y gastos de recreo, transporte escolar.

La modificación impetrada por el alimentante se refiere al monto de la cuota alimentaria, en el sentido de que se disminuya a Guaraníes Un Millón (Gs. 1.000.000), y a que el consumo de energía eléctrica abone la señora M. C. R.M. La causa determinante de esta solicitud lo ha fundado el actor porque su hijo M. S., pasó a convivir con él, al poco tiempo de producirse su separación de la señora M. C. R. Melgarejo, la madre de sus hijos.

Según constancia de autos, la demanda de disminución de la cuota alimentaria, en la forma descrita recientemente, fue interpuesta el 4 de julio de 2007, cuando aún no transcurrió un año del acuerdo homologado sobre la asistencia alimentaria. Entre la fecha de presentación de la demanda y la S.D. N° 327 de fecha 31 de agosto de 2009, pasaron dos años, lapso que duró la trama del proceso en grado inferior, a la que había de sumar la substanciación de los recursos interpuestos. En todo este lapso, no hay dudas de que en materia de asistencia alimentaria, la inflación en el costo de los productos alimenticios y otros menesteres experimentaron una variación que incide en la manutención de los hijos, cuyos intereses deben ser consultados para garantizar un desarrollo normal, según la edad, y que debe ser absorbido por los progenitores. M. S. cumplió 17 años; L. B. tiene 14 años y K. L. tiene 8 años. Como puede notarse, si tenemos en cuenta la edad de los alimentistas, fácilmente nos percatamos que también sus necesidades fueron incrementándose, y así seguirán con el correr de los años hasta que cumplan la mayoría de edad. Las circunstancias señaladas obviamente habrá de requerir los aportes necesarios de sus progenitores para subvenir a las necesidades de sus hijos.

La convivencia del adolescente M. S. con su padre, después de haberse acordado la asistencia alimentaria, tiene influencia en el monto de la pensión, puesto que la forma estipulada por sus progenitores guardaba relación en la forma expuesta más arriba, o sea, en la inteligencia de que todos los alimentistas convivían con su madre, hecho que posteriormente fue variado.

La sentencia acogió favorablemente la modificación del monto de la cuota alimentaria, fijando la suma de Guaraníes Un Millón Cuatrocientos Sesenta Mil (Gs. 1.460.000), equivalentes a 31 jornales mínimos, dejando subsistente los rubros In natura a los que sé comprometió el demandado.

No debemos eximirnos en el subexámene la valoración subjetiva que impone la fijación de una cuota alimentaria, teniendo como fundamento los hechos que presenta el expediente. En esta perspectiva, tengo por ajustado el monto de la nueva pensión ante la situación familiar presentada. Esa conclusión se desprende de la convivencia de uno de los alimentistas con el padre, el tiempo transcurrido, y que el actor se comprometió desde un inicio abonar In natura los rubros que contemplan el acuerdo homologado en la S.D. N° 209 de fecha 8 de mayo de 2006. En consecuencia, doy mi voto por la confirmatoria de la resolución impugnada.

Otro punto de real importancia y que debe ser revocado, constituye que la disminución dispuesta por el juzgado rige a partir del inicio de la demanda. Si bien, la asistencia alimentaria tiene efecto retroactivo en los casos de fijación de la cuota alimentaria, efectuada por primera vez, como también los aumentos decretados, no ocurre así en los casos en que se disminuya la cuota de los alimentos, porque esta disminución mira sólo para el futuro. Se funda esta asertiva en el artículo 162 del C.C. que establece que no puede ser objeto de compensación ni transacción de la obligación de alimentos, lo que podría acontecer si mirara para el pasado. Es así que, por el principio *Iura Novit Curiae*, necesariamente debe revocarse esta parte de la sentencia. Las costas, en esta instancia, en el orden causado por no responder el decisorio a las pretensiones de las partes en esta instancia.

A su turno, los miembros Silvio Rodríguez y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, manifiestan que se adhieren al voto del miembro Arnaldo Samuel Aguirre por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE: Confirmar la resolución apelada en lo que respecta al nuevo monto de la asistencia alimentaria para las niñas L. B. y K. L. G. R., que su padre, el señor J. C. G., debe pasarles por mensualidades adelantadas y desde la fecha de dictamiento de la sentencia apelada. Revocar la parte de la sentencia, en la que dispone que la obligación del señor Juan Carlos Granada rige desde el inicio de la demanda de fecha 4 de julio de 2007. Imponer las costas, en esta instancia, en el orden causado. Anótese, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 110

ALIMENTOS. Suspensión de la asistencia alimenticia. GUARDA. Derechos y obligaciones del guardador.

La escritura pública por la cual el guardador y el padre de la menor llegaron a acuerdo en relación a la suspensión de la asistencia alimenticia es intrínsecamente nula. En efecto, el artículo 262 del Código Civil establece que: “La obligación de de alimentos no puede ser objeto de compensación ni transacción. El derecho a reclamarlos es irrenunciable e incesible y la pensión alimenticia no puede ser gravada ni embargada”.

ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD.

En el caso, la madre de la menor no fue parte en el juicio de homologación de acuerdo signado entre el padre de la niña y el guardador, la única vía que tenía para rever la situación de indefensión en que se encontraba era ejercer la acción autónoma de nulidad, tal como efectivamente, lo hizo adecuándose la acción instaurada a las prescripciones del artículo 409 del Código Procesal Civil. Es más, la que realmente estuvo en indefensión es la niña, cuyo derecho a la alimentación fue vilmente conculcada, derecho que en caso de conflicto tiene carácter prevaleciente, tal como lo estatuye el artículo 54 in fine de la Constitución Nacional.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 16-07-10. “M. B. J. s/ Acción Autónoma de Nulidad. (Ac. y Sent. N° 110).

CUESTIONES :

¿Son nulas las sentencias recurridas?

En caso contrario, ¿son justas?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la primera cuestión planteada el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo:

El señor O. D. F.D. sostiene que las sentencias recurridas devienen nulas en razón de que el poder general otorgado por la señora Gloria María Jara Cantero resulta insuficiente para que el profesional J. M. F. ejerza su representación en el presente juicio de conformidad a lo dispuesto en el artículo 884 inc. “o” del Código Civil dada la naturaleza de la cuestión en litigio que versa que sobre aspectos del derecho de familia.

Es de notar, empero, que opuesta la excepción de falta de personería como de previo y especial pronunciamiento por parte del nulidicente (fls. 24/26), por A.I. N° 124 del 26 de mayo de 2009, el Juzgado resolvió no hacer lugar, con costas, a la mentada excepción (fl. 34). Y lo curioso del caso es que, interpuesto contra esta resolución los recursos de nulidad y apelación por parte del excepcionante (fl. 35) y concedidos dichos recursos por providencia del 5 de junio de 2009 (fl. 35), los autos nunca fueron remitidos a esta Instancia para el estudio y decisión de los recursos interpuestos siguiendo las tramitaciones propias del juicio hasta su terminación con el mismo profesional sin que el apelante instara la elevación del expediente a esta Instancia. Por consiguiente, este consentimiento de la trama del proceso con el profesional J. M. F. constituye un desistimiento implícito de los recursos interpuestos contra la resolución que desestimó la excepción opuesta.

En otros términos, resolver en esta etapa del proceso sobre una excepción que es de previo y especial pronunciamiento sería violentar el principio de la preclusión de las etapas procesales, principio elemental en esta materia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103 del Código Procesal Civil. Por lo brevemente expuesto, doy mi voto por la negativa de la cuestión.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el preopinante dr. Silvio Rodríguez dijo:
 En la S.D. N° 82 del 24 de marzo de 2010 el Juzgado resolvió cuanto sigue:
 “Hacer lugar, con costas, a la presente demanda ordinaria de Acción Autónoma de Nulidad promovida por la señora Gloria María Jara Cantero contra la S.D. N° 381 del 12 de julio de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Cuarto Turno en los autos caratulados “M. B. J. s/ homologación de acuerdo” contra los señores O. D. F.D. y F. G. J. C.por O. D. F. D.por los fundamentos expuesto en el considerando de la presente resolución. Declarar la nulidad 381 del 12 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Cuarto Turno en los autos caratulados “M. B. JARAS/homologación de acuerdo” (fls. 73/74). Asimismo, en la S.D. N° 96 del 6 de abril de 2010 se hizo lugar al recurso de aclaratoria interpuesto por el profesional J. M. F. G. (fl. 75) haciéndose constar en la misma la siguiente redacción: “Declarar la nulidad de la Sentencia Definitiva N° 381 de fecha 12 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Cuarto Turno en los autos caratulados “M. B. J. S/ homologación de acuerdo” (fl. 77). Tal como puede apreciarse, en la sentencia aclaratoria simplemente se hizo mención en forma correcta de la sentencia definitiva anulada de tal suerte que nada cambió en el sentido de la primera sentencia dictada por el Juzgado.

Antecedentes del caso: Como medida propedéutica y para mayor claridad al asunto a resolver creo necesario precisar los antecedentes del caso y que determinaron que se incoara la acción autónoma de nulidad y, paralelamente, las normas jurídicas aplicables al caso.

1) En el juicio caratulado “M. B. J. s/ homologación de acuerdo sobre suspensión de alimentos”, glosado por cuerda separada a estos autos, consta que por S.D. N° 90 del 24 de febrero de 2004, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno hizo lugar al juicio de asistencia alimentaria iniciado por la señora G. M. J. C.contra el señor O. D. F. D.estableciéndose como importe de la cuota alimenticia a favor de la niña M. B. J. la suma de Gs. 492.677, equivalente en jornales vigentes en la época de la sentencia antes mencionada (fls. 9/11).

2) Por escritura pública del 28 de marzo de 2005, pasada ante la escribana M. B. G. G., la señora Gloria M. J. C. otorgó un poder especial al señor F. G. J.C., algunas de cuyas cláusulas dicen: “Que en el ejercicio de la patria potestad que

ejerce sobre su menor hija M. B. J., nacida en fecha 21 de noviembre de 1996, con Cédula de Identidad N° 274.830, viene por este acto a conferir poder especial y autorización suficiente a favor del señor fgjc, paraguayo, portador de la Cédula de Identidad N° 933.193 (tío materno de la menor), para que quede bajo su guarda y custodia... firmar autorizaciones médicas en caso de alguna intervención quirúrgica que surgiere..., asimismo en el caso de que el padre de la menor dejare de depositar el dinero en concepto de prestación de alimentos, queda autorizado a gestionar y otorgar poder a profesionales si fuere necesario, obrando siempre en virtud al presente mandato...” (fls. 5/6). No se transcriben los demás ítems que forman parte del mandato, que fue aceptado por el mandatarario, pero, haciendo la salvedad que la guarda otorgada de la niña M. B. J. al señor F. G. J. C. tiene las características de una guarda, tal como este instituto de protección se halla regulado en el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, independientemente de que no se haya homologado judicialmente.

3) Posteriormente, por escritura pública del 25 de julio de 2006, pasada ante la escribana Teresa De Jesús Barrios, los señores O. D. F. D. y F. G. J. C., éste último en representación de la niña M. B. J. en virtud del instrumento público antes transcrito, llegaron al siguiente acuerdo: “Primera: Y el señor O. D. F. D. dice: Que en ejercicio de la patria potestad sobre su hija menor M. B. J. Concede Autorización a la menor M. B. J. su viaje y trasladado a la siguiente dirección Springdale N° 924 Cir Lake Worth. Fl.33461 de los EE.UU. a los efectos de recibir con su progenitor la Sra. Gloria María Jara Cantero. Segunda: Desde la fecha del presente acto jurídico queda suspendido la prestación de alimentos a cargo del progenitor O. D. F. D., hasta el regreso nuevamente de la menor, que deberá ser comunicado por escrito a su progenitor. Tercera: Durante la permanencia de la menor con su progenitora ésta asume toda obligación que implique los gastos de alimentación, vestimenta y educación y otros que demanden el cuidado de la menor. Cuarta: El señor F. G. J. C. en el carácter invocado Dice: Que desiste del juicio promovido por el mismo, autos caratulados M. B. J. s/ autorización para viajar, radicado en el Juzgado de Primera Instancia de la niñez y la Adolescencia, Sección N° 8 del Cuarto Turno, a cargo de la Jueza Abog. M. C. E. A., Secretaria Abog. A. S. H... Además el mismo agrega que correrá con todos los gastos que impliquen el mencionado juicio.- Quinta: Para los efectos de este contrato las partes se someten antes los tribunales ordinarios de la Repú-

blica y las notificaciones se harán en los domicilios fijados precedentemente, y las mismas tendrán validez como si fueran hechas personalmente” (fl.2).

4) Con este documento de carácter público, el señor O. D. F. D. solicitó al Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Cuarto Turno la homologación del acuerdo de referencia (fls. 7/8), y por S.D. N° 381 de fecha 12 de julio de 2007, dicho Juzgado resolvió lo siguiente: “Hacer lugar al acuerdo que han arribado las partes, señores O. D. F. D. y F. G. J. C. sobre suspensión de asistencia alimenticia con relación a la menor M. B. J. por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución” (fls. 17/18). Esta resolución es la que dio origen a que se promoviera la presente acción autónoma de nulidad y en la que recayera la sentencia ahora en estudio.

Conclusiones: a) Debe convenirse, en principio, que la escritura pública de fecha 25 de julio de 2006 es intrínsecamente nula. En efecto, el artículo 262 del Código Civil establece que: “La obligación de de alimentos no puede ser objeto de compensación ni transacción. El derecho a reclamarlos es irrenunciable e incesible y la pensión alimenticia no puede ser gravada ni embargada”. Y se lee atentamente el acuerdo al que llegaron los señores O. D. F. D. y F. G. J. C., puede inferirse claramente que el mentado acuerdo es, aunque se quiera negarlo, una transacción. Es decir, un acuerdo celebrado contra legem y, por consiguiente, nulo. Esta situación explica que el señor Félix Guzmán Jara Cantero se haya allanado expresamente ante la acción autónoma de nulidad (fl. 23 de los autos principales).

b) Por otra parte, el señor F. G. J. C., hizo exactamente lo contrario al poder otorgado por la señora Gloria María Jara Cantero, madre de la niña M. B. J. por escritura del 28 de marzo de 2005 ya que, en vez de proteger los derechos de la niña, firmó un acuerdo fuera y en contra de las facultades conferidas en el poder antes transcrito. En otros términos, en el poder que se le otorgó la facultad de reclamar los alimentos impagos a favor de la niña M. B. J. y no el de transar sobre una suspensión que, de por sí devenía nula, tal como se explicitó en el párrafo que antecede.

c) Dentro de este contexto, como la señora G. M. J. C. no fue parte en el juicio de homologación de acuerdo signado por los señores O. D. F. D. y F. G. J. C. la única vía que tenía para rever la situación de indefensión en que se encontraba era ejercer la acción autónoma de nulidad, tal como efectivamente lo hizo adecuándose la acción instaurada a las prescripciones del artículo 409 del Código

Procesal Civil. Es más, la que realmente estuvo en indefensión es la niña M. B. J. cuyo derecho a la alimentación fue vilmente conculcada, derecho que en caso de conflicto tiene carácter prevaleciente tal como lo estatuye el artículo 54 In Fine de la Constitución Nacional.

Y bien, las argumentaciones que anteceden, palabras más, palabras menos, son los fundamentos expuestos por la Jueza sentenciante y, en este sentido, las argumentaciones del apelante, señor O. D. F. D. (fls. 83/86), cuyo objeto fue la de desvirtuar los razonamientos de la sentencia recurrida no tienen la entidad necesaria para dicho efecto y refutados en el escrito de responde presentado por el profesional J. M. F. G. (fls. 88/90), quien pidió la confirmación de la sentencia en estudio. Por lo dicho, soy de opinión que la sentencia recurrida amerita sobradamente ser confirmada e imponerse las costas a la parte apelante. Por último, en cumplimiento del principio *Juria Novit Curiae*, considero que debe dejarse en claro que la confirmación de la sentencia recurrida deja en vigencia a los efectos de una eventual ejecución de sentencia, la S.D. N° 90 del 24 de febrero de 2004, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno (fls. 9/11) y el A. y S. N° 243 del 29 de noviembre de 2004, resolución dictada por este Tribunal en los mismos autos (fls. 19/21), glosadas al expediente “M.B.J. s/ homologación de acuerdo sobre suspensión de alimentos”. Es mi voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores miembros, todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE: No hacer lugar al recurso de nulidad. Confirmar en todas sus partes las sentencias recurridas. Costas de esta Instancia a la parte apelante. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 133

MEDIDA CAUTELAR. ACCIÓN DE AMPARO.

El artículo 693 del Código Procesal Civil deja claramente enunciados los Presupuestos Genéricos de las Medidas Cautelares en los siguientes términos: *“Quien solicite una medida cautelar deberá, según la naturaleza de ella: a) acreditar prima facie la verosimilitud del derecho que invoca; b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida, según las circunstancias del caso...”*. La analogía es irrefutable. En efecto, prima facie la esposa del amparista estaba a punto de perder la vida en horas sin una terapia intensiva y con el riesgo inminente de no poder reverter esta situación (hablando pronto y claro, fallecer), si no era por la recta que supone la medida cautelar. Y la analogía se da también en las acciones de amparo cuando el Juzgado se vea obligado a adoptar una medida cautelar de urgencia (art. 571 del C.P.C.).

RECURSO DE NULIDAD.

En puridad no existen agravios que reclamar por ninguno de los recursos procesales. La nulidad no procede en razón de que no existe la nulidad por la nulidad misma, y la apelación tampoco, teniendo en cuenta que el costo de lo invertido va a ser cubierto por el Estado. Es más, si no se hubiera derivado el caso del Sanatorio Metropolitano al Sanatorio Migone, aún sin la decisión del Juzgado, sus directivos estarían expuestos a las consecuencias penales previstas en el artículo 117, Numerales 1° y 2° del Código Penal, cuerpo legal que precisamente hace referencia a la indemnización que corresponde en estos casos (art. 118 del C.P.).

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 03-08-10. “Clemente Maldonado Capdevilla c/ Sanatorio Migone s/ Amparo” (Ac. y Sent. N° 133)

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, el Dr. Arnaldo Samuel Aguirre y la Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A la primera cuestión planteada el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo:

Los profesionales José Luis Heid S., representante convencional del Sanatorio Migone S.A., y Arnaldo Manuel Acosta Insfrán, Procurador Delegado de la

Procuraduría General de la República, sostienen que la sentencia en revisión deviene nula ya que la tramitación del presente amparo contradice la disposición contenida en el artículo 134 de la Constitución Nacional y los cánones que rigen la materia en el Código Procesal Civil en lo que respecta a la individualización de la entidad demanda, la falta del traslado correspondiente para el ejercicio de la defensa en juicio de las personas y otras argumentaciones que tienen que ver con el recurso de nulidad. Sin embargo, en la parte resolutive de la sentencia se establecen los alcances que se le dio a la presente acción de amparo y que, más bien ameritan ser analizados y resueltos a través del recurso de apelación también interpuesto. Asimismo, se dará respuesta a las razones esgrimidas por los nulidicentes. En síntesis, doy mi voto por la negativa de la cuestión.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo:

En la sentencia recurrida el Juzgado resolvió cuanto sigue: “1) *Hacer lugar al amparo constitucional planteado por el Sr. Clemente Maldonado Capdevilla, contra el Sanatorio Migone, respecto a la intervención quirúrgica a la que se debe someter su esposa, Sra. Felicita Rivarola.* 2) *Ordenar la intervención de la señora Felicita Rivarola, en el Sanatorio Migone, donde deberá dispensarle para salvaguardar la vida la señora Felicita Rivarola (tratamientos médicos, análisis, intervención quirúrgica, etc.).* 3) *Costas, de todos los gastos que implique (tratamientos médicos, análisis, intervención quirúrgica de la señora Felicita Rivarola) al Estado Paraguayo; y a tal efecto comunicar dichas costas, librese oficio al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y a la procuraduría General de la Nación.* 4) *Oficiar al Hospital Metropolitano, a fin de que se disponga los recursos pertinentes y de ser necesarios, el correspondiente traslado al Sanatorio Migone; para que la Sra. Felicita Rivarola, puede ser intervenida quirúrgicamente.* 5) *Ordenar, el cambio de caratula de éstos autos, por el de: “Clemente Maldonado Capdevilla c/ Sanatorio Migone s/ Amparo Constitucional.”; y a tal efecto; oficiase al Departamento de Estadística del Poder Judicial (fs. 17/19).*

Para comprender con meridiana claridad los apartados de la sentencia antes transcritos y responder a los agravios de los apelantes, que por razones de

economía procesal las voy a omitir, necesariamente debe describirse brevemente los antecedentes del caso.

Antecedentes del caso: La señora Felicita Rivarola, esposa del amparista Clemente Maldonado Capdevila, asegurada del Sanatorio Metropolitano, se le diagnosticó en fecha 14 de julio de 2010 el siguiente cuadro médico. “1) Disección de aorta descendente, cayado ascente (tipo III), con compromiso de grandes vasos del cuello; 2) HTA E II; 3) Obesidad”. Y la Dra. Patricia Romero, médico de guardia, hizo contar en su diagnóstico cuanto sigue: “Fue evaluada por el Dr. Jarolin en horas de la mañana quien solicita ANGIOTAC con reconstrucción digital para decidir conducta en caso de ser de resorte quirúrgico requerirá traslado a otros centros donde poseen infraestructura para su tratamiento (La Costa, Migone o Adventista) según refirió el cardiocirujano. Paciente con pronóstico reservado; actualmente se controla PA con labetalol IV mg/kg/hora) con diuresis disminuida sin dolor” (fs. 4/5). Asimismo, aparte de describir la situación de la paciente, la misma profesional dejó en claro que la misma “se encuentra con pronóstico reservado desde su estancia en la UCIA y en vías de realización de estudio para decidir conducta, requiriendo de manejo de Cuidados Intensivos” (fl. 5). Finalmente, el Dr. Cristian Arévalos Ullón, en su diagnóstico, en forma categórica expresó: “Con pronóstico reservado desde su estancia en la UCIA y en vías de realizarse cirugía cardíaca de urgencia” (fl. 7).

De la lectura de estas evaluaciones médicas pueden concluirse válidamente los siguientes hechos: 1) Que la señora Felicita Rivarola debía someterse a una cirugía de urgencia; 2) Que el Sanatorio Metropolitano carecía de la infraestructura para efectuar la operación; 3) Que solamente, al menos de acuerdo con lo manifestado por la Dra. Patricia Romero, los únicos sanatorios privados que podrían hacerse cargo de la operación y tratamiento de la paciente son La Costa, Migone y Adventista. Todo esto ocurría el 14 de julio de 2010. Y, debido a la urgencia del caso, el amparo se presentó 15 de julio de 2010 (fls. 8/9 y 9 vlto.). Primeramente contra el Sanatorio Metropolitano y luego contra el Sanatorio Migone (fls. 14/15).

Ante esta situación el Juzgado dictó la providencia de fecha 16 de Julio de 2.010, que dice: “Habiéndose dado cumplimiento al proveído del 15 de julio de 2.010, téngase por presentado al recurrente en el carácter invocado y por constituido su domicilio en el lugar denunciado. Ordénese el desglose y devolución de los documentos presentados, previa agregación de sus fotocopias debidamente

autenticadas por el Actuario. Agréguese los informes del Médico Forense, obrante a fs. 10/11 de autos, con relación al estado de salud de la señora Felicitia Rivarola y la consulta con el Jefe de Servicio de Cirugía Cardíaca del Hospital de Clínicas. Téngase por ampliada la demanda conforme al escrito que antecede. Téngase por ampliada la demanda conforme al escrito que antecede. Téngase por iniciada la presente Acción de Amparo Constitucional que deduce Clemente Maldonado Capdevila, contra el Sanatorio Migone, respecto a la señora Felicitia Rivarola. Habilítense días y horas inhábiles para la tramitación del presente juicio en el domicilio del actuario Alexis M. Díaz Pita; sito en Cnel. Ramos N° 2.119 c/ Avenida Mariscal López de la Ciudad de Fernando de la Mora; de conformidad al Art. 585 del C.P.C. De las constancias obrantes en autos y atenta a los informes del Médico Forense obrante a fs. 10/11 de autos, llámase autos para sentencia” (fl. 16).

En el mismo día se dictó la sentencia recurrida y, posteriormente, el 20 de julio de 2010, el Sanatorio Migone informó cuanto sigue: *“La paciente Felicitia, de 47 años de edad ingresó el día viernes 16 de julio del 2010 a nuestra Institución con el diagnóstico de Disección Aguda de Aorta tipo “A” que requería intervención quirúrgica de urgencias. Esta se realizó el sábado 17. La intervención consistió en: 1. Valvuloplástica Aórtica. 2. Reemplazo de aorta ascendente y hemicayado con Prótesis pre-coagulada con circulación extracorpórea parada circulatoria total e hipotermia profunda para protección cerebral. Actualmente la paciente se encuentra en proceso de recuperación en Terapia Intensiva, estable hemodinámicamente y sin drogas vasoactivas endovenosas; respiración espontánea y buena diuresis. Seguirá requiriendo asistencia en una unidad de Terapia Intensiva (Intermedia), por lo que podría ser trasladada en buenas condiciones” (fl. 33).*

Después, en fecha 21 de julio del año 2010, se presentó ante el Juzgado el profesional José Luis Heid S. a comunicar que se dio cumplimiento a la S.D. N° 304 de fecha 16 de julio del año en curso y, que la referida paciente se encuentra en condiciones de ser trasladada a un hospital público para proseguir su etapa de rehabilitación plena y con el fin de evitar mayores gastos para el Estado se comunica que la misma será trasladada al Hospital de Clínicas para continuar con su recuperación (fl. 34).

En resumidas cuentas, mediante la intervención jurisdiccional se salvó la vida a una persona y se hizo responsable al Estado Paraguayo del pago que

supuso la intervención quirúrgica y la terapia intensiva y en estado de rehabilitación de la señora Felicita Rivarola.

Conclusiones jurídicas. El artículo 6° del Código Civil determina que: “*Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes. Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho*”. El señor Clemente Maldonado Capdivila se encontraba en esta situación ya que la vida de su señora debía ser definida en cuestión de horas y, por tanto, recurrió a la vía del amparo para conseguir la intervención judicial. Y en realidad, el amparo era la acción que por sus características era la opción procesal que tenía a mano en su desesperación por tratar la vida de su señora. Sin embargo, como bien los apelantes exteriorizaron en sus expresiones de agravios, la falta de infraestructura del Sanatorio Metropolitano no constituía ni podía constituir una acción u omisión manifiestamente ilegítima, requisito indispensable para la procedencia de la acción. Esta misma conclusión cabría desprenderse en lo que apañe al Sanatorio Migone.

En síntesis, era como manotazo lanzado a la desesperada y que ponía al Juzgado en una situación en la que el remedio procesal no era nada fácil, con el agravante que el fondo de la cuestión debía ser resuelto de una manera u otra.

En este contexto, como el Código Civil ni remotamente podía contener normas relativas a la protección de la vida humana, al menos por la calzada escogida por el actor y admitida por la A-quo, a excepción de los amparos promovidos por los asegurados del Instituto de Previsión Social para el tratamiento de hemodiálisis, por citar un ejemplo. Entonces, *¿cuál sería el camino procesal para obligar al Estado a asumir una responsabilidad que le es propia?*, o sea, la protección de la salud de los habitantes de nuestra República. Y la respuesta la encontramos en los artículos del Código Procesal Civil que hacen referencia a las medidas cautelares y a la admisibilidad de las mismas y que, en última instancia, serían las vías paralelas contenidas implícitamente en el artículo 6° del Código Civil, dada la redacción que tiene (*se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos análogos*).

Siguiendo con este orden de ideas, el artículo 693 del Código Procesal Civil deja claramente enunciados los Presupuestos Genéricos de las Medidas Cautelares en los siguientes términos: “*Quien solicite una medida cautelar deberá,*

según la naturaleza de ella: a) acreditar prima facie la verosimilitud del derecho que invoca; b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida, según las circunstancias del caso...”. La analogía es irrefutable. En efecto, prima facie la señora Felicita Rivarola estaba a punto de perder la vida en horas sin una terapia intensiva y con el riesgo inminente de no poder rever esta situación (hablando pronto y claro, fallecer), si no era por la recta que supone la medida cautelar. Y la analogía se da también en las acciones de amparo cuando el Juzgado se vea obligado a adoptar una medida cautelar de urgencia (art. 571 del C.P.C.).

Por otra parte, el artículo 694 del mismo legal establece: *“Ordenada una medida cautelar, se la cumplirá sin más trámite, y sin necesidad de conocimiento de la parte contraria, la que en todos los casos sea notificada personalmente o por cédula dentro de los tres días del cumplimiento de la misma. Las resoluciones que concedan medidas cautelares, serán apelables sin efecto suspensivo. Las que hagan cesar medidas cautelares lo serán también, pero con efecto suspensivo”*.

De modo que, realmente la caratula del expediente hubiera sido algo así como: “Felicita Rivarolas C/ El Estado Paraguayo s/ medida cautelar de protección al derecho a la vida”. Es cierto, habrá casos en que la urgencia no es tanta y la acción de amparo igual podría prosperar con los trámites que le son propios, incluyendo la revisión en la Instancia Superior, pero, en el caso de autos, tal como se sucedieron los hechos, tales trámites volverían inocua la solución del problema de fondo. Lo mismo podría decirse respecto a la intervención del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social para tratar de encontrar algún centro asistencial que tenga la infraestructura de tiene el Sanatorio Migone. La realidad es que en determinados centros asistenciales públicos ni médicos de guardia pueden encontrarse.

Por lo expuesto y en rigor de verdad, la parte dispositiva de la sentencia tiene el formato de una medida cautelar en la que sí los recursos de nulidad y apelación no tendrían ya objeto, quedando pendiente solo si se ajusta a derecho la responsabilidad del Estado desde el punto de vista económico, cuestión que se verá seguidamente.

En el mismo Preámbulo de la Constitución Nacional se reconoce la dignidad humana como uno de los fundamentos que sustenta todo su contenido. Después, en su artículo 1° “...se constituye en Estado Social de Derecho...”. Y en esta concepción del Estado, el término social no hace alusión a un Estado liberal

ni a una connotación partidaria. Por el contrario, el vocablo social se halla empleado en el sentido de que el Estado debe intervenir para restituir el equilibrio y la injusticia y a proteger a los más desprotegidos de nuestra sociedad. Estas aseveraciones pertenecen al Convencional Estanislao Llamas a analizarse el concepto de Estado Social de Derecho, comentarios a los cuales me adhiero plenamente.

Por consiguiente, si el derecho a la vida es inherente a la persona, resulta lógico que su protección no puede resultar indiferente todo el andamiaje del Estado Paraguayo, tal como se deduce del artículo 4° de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 68 y 69 de la misma Constitución, normas citadas por la A-quo en la sentencia recurrida. Y el artículo 69 dice: “*Se promoverá un sistema de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado*”.

Obviamente esta norma de carácter programática es la que se ha materializado en el caso que nos ocupa mediante la conexión con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Nacional, con la aclaración que la petición a las autoridades tuvo el conducto jurisdiccional y que la falta de una ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar o menoscabar algún derecho o garantía (art. 45 de la C.N.). En otros términos, si bien el artículo 69 de la Constitución Nacional tiene una enunciación programática, a través del artículo 45 de la Constitución se imbricó jurisdiccionalmente la función pública con la función del sector privado en lo atinente a la salud pública.

En síntesis, si el artículo 15, inc. b), del Código Procesal Civil exige como un deber primordial de los jueces fundar las resoluciones e interlocutorias en la Constitución y en las leyes, cabe inferir sin temor a equívocos que la Jueza, en el orden de prelación de las leyes aplicó las normas de la Constitución Nacional para dar solución al caso concreto de autos. Por lo demás, los artículos 3° y 4°, numeral 1, del Pacto de San José de Costa Rica, también estatuyen, palabras más, palabras menos, las mismas garantías y principios constitucionales comentados precedentemente.

En definitiva, pues, aún cuando los aspectos de orden procesal se preste a confusiones o interpretaciones diferentes, no puede perderse de vista, por una parte, que nuestro apego ancestral al ritualismo, muchas veces obnubila nuestra visión de la Justicia y, por otra, creo que sería más económico para el Para-

guay encontrar un medio de solución con el Sanatorio Migone que recibir después una sanción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, aunque el Sanatorio Migone, a través de su apoderado José Luis Heid haya interpuesto los recursos de nulidad y apelación contra la S.D. N° 304 de fecha 16 de julio de 2010 (fls. 30/31), en puridad no existen agravios que reclamar por ninguna de estos resortes procesales. La nulidad no procede en razón de que no existe la nulidad por la nulidad misma, y la apelación tampoco, teniendo en cuenta que el costo de lo invertido va a ser cubierto por el Estado. Es más, si no se hubiera derivado el caso del Sanatorio Metropolitano al Sanatorio Migone, aún sin la decisión del Juzgado, sus directivos estarían expuestos a las consecuencias penales previstas en el artículo 117, numerales 1° y 2° del Código Penal, cuerpo legal que precisamente hace referencia a la indemnización que corresponde en estos casos (art. 118 del C.P.).

En cuanto a los agravios del representante de la Procuraduría General de la República (fls. 51/57), la nulidad no puede prosperar por las mismas razones antes expuestas y, en lo que concierne a la apelación, ya se dejó suficientemente aclarado la interrelación de normas Constitucionales y el Pacto de San José de Costa Rica que determinan la responsabilidad pecuniaria del Estado Paraguayo en el caso específico de autos, sin perder de vista lo dispuesto en el artículo 118 del Código Penal.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, soy de parecer que el recurso de apelación interpuesto por el Sanatorio Migone y la Procuraduría General de la República no pueden prosperar debiendo confirmarse la sentencia en revisión pero en el sentido y alcance expuestos al efectuar el análisis del caso en estudio. Las costas de esta Instancia ameritan ser impuestas en el orden causado ya que a través del amparo, aunque desprolijamente planteado, se salvó la vida de la señora Felicita Rivarola y porque la cuestión resuelta, por su complejidad ha dado lugar a posiciones encontradas que también deben ser respetadas. Felizmente, al decir de un humanista, el derecho de fondo busca la justicia y las formalidades, si no sirven para canalizarlo, en ciertos supuestos se las debe dar la interpretación en que el valor Justicia no quede en el vacío. Así voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores Miembros ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

RESUELVE: No hacer lugar al recurso de nulidad. Confirmar la sentencia recurrida por las razones y en el sentido y alcances expuestos en el exordio de la presente resolución. Costas de esta Instancia en el orden causado. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 140

Cuestión debatida: Se discute en un mismo juicio la cesación y disminución de asistencia alimenticia en relación los cuatro hijos del alimentante resultando la cesación en relación a los que cumplieron mayoría de edad pero no se hizo lugar a la disminución de la asistencia alimenticia.

ALIMENTOS. Disminución de alimentos. Cesación de alimentos.

El juicio de cesación y disminución de asistencia alimenticia no armoniza con las pretensiones del demandante por ser de tratamiento diferente, sin embargo se llevó adelante por los principios de economía procesal y del interés superior del niño.

ALIMENTOS. Disminución de alimentos.

El alimentante lejos de disminuir sus ingresos ha aumentado considerablemente, conforme el informe remitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, lo cual debe tenerse en cuenta a los efectos de la procedencia de la disminución de asistencia alimenticia.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. ALIMENTOS.

La asistencia alimenticia es un derecho reconocido constitucionalmente y al declarar la caducidad de esa asistencia el Juzgado y el Tribunal de Apelación de la Niñez y adolescencia han violado el precepto de primera generación y protegido no solo en nuestra Carta Magna, sino en tratados y convenios internacionales.

ALIMENTOS. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica específica del juicio de alimentos, no está determinada por las normas que regulan esta cuestión.

ALIMENTOS.

La asistencia alimenticia es un derecho fundamental del niño, niña y adolescente, que supone una obligación primaria de los progenitores de los parientes y subsidiariamente del Estado.

ALIMENTOS. Proceso.

El juicio de asistencia alimenticia no reúne realmente las condiciones de un juicio contradictorio, por cuanto en realidad no hay litis, ni tampoco la traba de la misma obligación de cumplimiento del alimento no es discutible, es decir, el obligado está obligado por su condición de padre o madre a asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad.

ALIMENTOS. Cesación de alimentos.

Únicamente las causas de extinción de la obligación determina el cese de la asistencia alimenticia, elementos contemplados en el código civil: la irrenunciabilidad, intrasmisibilidad y la imposibilidad de que sea objeto de compensación.

ALIMENTOS. Base del cálculo para la fijación de asistencia alimenticia.

Los principios de equidad y responsabilidad compartida de los progenitores son tenidos en cuenta en la medida de la proporcionalidad de los ingresos de ambos y de la asistencia cotidiana de la progenitora conviviente en atención personalizada y en gastos a favor de sus hijos.

ALIMENTOS. Beneficiario de alimentos.

Los alimentados tienen derecho a una vida digna y decorosa y de mantener un nivel de vida adecuada para su desarrollo integral con miras a la cristalización efectiva de sus derechos humanos y vivir en el mismo nivel social y económico de sus progenitores lograr el bienestar y la felicidad a que tienen derecho.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 06-08-10. "G.F.P. y otros s/ cesación de Asistencia alimenticia" (Ac. y Sent. N°140)

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida ?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Núñez de Vera y Aragón, Aguirre y Rodríguez.

A la única cuestión planteada la Miembro Preopinante Núñez de Vera y Aragón Dijo:

El Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Quinto turno, por S.D. N° 310 de fecha 19 de agosto de 2009, Resolvió: Hacer Lugar, a la presente acción de Cesación de Asistencia Alimenticia que promueve el Sr. A. V. F. G., contra la Sra. A. R. P. S. en relación a su hija G. F. P., e imponer las costas en el orden causado. No hacer lugar, con costas, a la Disminución de Asistencia Alimenticia promovida por A. V. F. G., contra A. R. P. S. en relación a sus menores hijos S., P. y P. F. P.

Contra la referida resolución, interpone recurso de apelación la Abog. E. G. de F. F. de B. y en lo medular de sus agravios expresa: “Que, mi parte se agravia contra el segundo apartado de la resolución recurrida”; y, sigue diciendo: 2) que, la A-quo con respecto a la Disminución de la Asistencia Alimenticia a los menores S., P. y P. F. P., no efectuó ningún análisis respecto a la Acción de Disminución. La Sentencia recurrida resulta arbitraria, injusta y no ajustada a derecho, a más de no adecuarse a las constancias obrantes en autos ni al procedimiento dispuesto por el Juzgado y no cuestionado por ninguna de las partes, es decir a como quedó trabada la litis y alega que el salario del progenitor se ha reducido. En la Sentencia no se refleja una valoración equitativa e imparcial de los elementos probatorios que hacen a los derechos del señor F., tampoco se desprende de ella los criterios de equidad y proporcionalidad entre las obligaciones y los derechos de los que son afectados y beneficiados por ella”.

A fs. 291, obra el escrito de responde de la Abog. E. B., representante convencional de la señora A. R. P. S., del escrito mencionado y solicita la confirmación de la sentencia.

Del estudio de las constancias de autos se tiene que, si bien la apelante lo hace con respecto a la S.D. N° 310 de fecha 19 de agosto de 2009, sus agravios van dirigidos contra el segundo apartado de la resolución impugnada que hace relación a la Disminución de asistencia alimenticia y las costas.

Del análisis de la cuestión debatida, surge que si bien el procedimiento impulsado en el presente juicio no armoniza con las pretensiones del demandante, por ser de tratamiento diferente, sin embargo por la forma en que se llevó adelante el juicio y por los principios de economía procesal y del interés superior del Niño, creo importante dar solución al problema.

Como medida de mejor proveer este Tribunal ha dictado el proveído de fecha 9 de julio de 2010, por el cual se recabó informe del Ministerio de Relaciones Exteriores respecto al cargo y rango en que se desempeña el señor A. V. F.

G., asimismo respecto a la remuneración y demás emolumentos que percibe como funcionario de dicho Ministerio y se libre Oficio. En la misma fecha se libró el Oficio respectivo fs. 229.

Asimismo, respondiendo a la garantía de igualdad de oportunidades garantizada por el Art. 46 de la C.N., medida de mejor proveer (fs. 301), ha ordenado se recabe informe de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre el salario que percibe la funcionaria judicial señora A. R. P. S. Se libró Oficio.

A fs. 310, obra el informe remitido por la jefa de División Liquidación de remuneraciones de la Corte Suprema de Justicia, en el que consta que la funcionaria A. R. P. S. percibe un salario de Gs. 4.549.100 guaraníes (cuatro millones quinientos cuarenta y nueve mil cien), monto sujeto al descuento del 16% (diez y seis por ciento) en concepto de aporte jubilatorio.

A fs. 307, obra el informe remitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Legales, en el que consta que el señor A. F. G. cuenta con el Rango de Ministro en el Escalafón Diplomático y Consular, actualmente se desempeña como Cónsul General del Paraguay en la ciudad de New York, Estados Unidos de América, y percibe una remuneración mensual en concepto de sueldo de U\$S 5.936 (cinco mil novecientos treinta y seis dólares americanos), y en concepto de gastos de alquiler la suma de U\$S 3.060 (tres mil sesenta dólares americanos).

Así las cosas es necesario traer a colación lo dispuesto en el Art. 260 del Cód. Civil, que dispone: “Si después de hecha la asignación de los alimentos, se alterase la situación económica del que los suministra o del que los recibe, el Juez podrá resolver el aumento, la disminución o la cesación de los alimentos, según las circunstancias”.

Nótese que el alimentante, lejos de disminuir sus ingresos, ha aumentado considerablemente, conforme el informe remitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores (fs. 308) U\$S 5.936 (salario) más U\$S 3.060 (Gastos de Alquiler). Total: U\$S 8.996, equivalente actualmente al cambio oficial de 4.730 asciende a Gs. 42.551.200 (cuarenta y dos millones quinientos cincuenta y un mil doscientos).

Por el otro extremo las necesidades de los alimentados han aumentado considerablemente sus necesidades básicas para lograr el bienestar general y su desarrollo pleno, a los cuales tienen derecho de conformidad a las claras disposiciones de los Art. 53 C.N. que dice: “Los padres tienen el derecho y la

obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad” y Art. 54 del mismo cuerpo legal que expresa: “Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.”; del Art. 3º, “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones... los tribunales... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y 27 de la Convención de los Derechos del Niño, que dice: “*Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño que resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.*”; El Art. 3º del C.N. y A. preceptúa: “El niño o adolescente podrá reclamar alimentos de quienes están obligados a prestarlos...”; Arts. 70 y 71 del C.N. y A. que establece: “El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos” (Art. 70). La obligación de alimentar comprende proveerles lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, en condiciones no inferiores a las que disfrutaban los obligados”. “La patria potestad, implica además entre otras cosas: a) Velar por su desarrollo integral; b) proveer su sostenimiento y educación; c) dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes” (Art. 71).

Me permito traer a colación los fundamentos del “Ac y Sent. N° 275-09/06/2010 C.S.J-Acc. Inconstitucionalidad”: “La asistencia alimenticia es un derecho reconocido constitucionalmente, y al declarar la caducidad de esa asistencia, el Juzgado y el Tribunal de Apelación de la Niñez, han violado el precepto de primera generación y protegido no solo en nuestra Carta Magna, sino en tratados y convenios internacionales”. “La naturaleza jurídica específica del juicio de alimentos, no está determinada por las normas que regulan esta cuestión. Sin embargo es importante tomar los elementos deductivos que facilitan las normas para comprender que la asistencia alimenticia es un derecho fundamental del niño, niña y adolescente, que supone una obligación primaria de los progenitores de los parientes y subsidiariamente del Estado. En ese sentido es importan-

te comprender, que el “juicio de asistencia alimentaria” no reúne realmente las condiciones de un juicio contradictorio, por cuanto en realidad no hay litis, ni tampoco la traba de la misma obligación de cumplimiento del alimento no es discutible, es decir, el obligado está obligado por su condición de padre o madre a asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad.

La doctrina española, que está en conjunción con el contenido del Código civil Paraguayo, que regula la obligación de prestar alimentos, en los arts. 256 al 265 de uso supletorio al Código de la Niñez y Adolescencia, acoge los elementos aportados por la Doctora en Derecho, Adoración Padiol Albás (española) en su obra: “Naturaleza Jurídica de la Obligación de alimentos entre parientes.” (1997) “...Los alimentos son pues exigibles... Constituye una obligación totalmente regulada y determinada legalmente: de modo, que solo la concurrencia del parentesco, como presupuesto subjetivo y, de los presupuestos objetivos, posibilidad del alimentante y necesidad del alimentista, determina la exigibilidad y por tanto, el nacimiento de dicha obligación, que se impone de forma imperativa a los sujetos obligados. Así mismo, únicamente, las causas de extinción de la obligación, determina el cese de la misma... Elementos contemplados en el C.Civil: la irrenunciabilidad, intrasmisibilidad y la imposibilidad de que sea objeto de compensación”.

Nótese que por Ac. y Sent. N° 94 de fecha 02 de octubre de 1998 el Tribunal de Apelación de Menores, entonces confirmó la sentencia apelada, recaída en el Juzgado en lo Tutelar del Menor del Quinto Turno, en el Juicio: “G. P. y otros s/ prestación de alimentos”, en la cual se estableció en concepto de alimentos: U\$S 2.370. Cabe mencionar que de las constancias del Acuerdo y Sentencia agregado a fs. 1/3 de autos, se observa que el progenitor en el año 1998 (12 años atrás) percibía: 4.958 U\$S (salario) y 1.700 U\$S (gasto de alquiler), totalizando sus ingresos: 6.658 U\$S, que en definitiva constituían sus rentas. Desde entonces la mesada no sufrió aumento alguno.

Con estos elementos no es necesario hacer mucho esfuerzo para concluir: a) que, el progenitor no ha sufrido disminución de sus ingresos, por el contrario ha acrecentado sensiblemente; b) los alimentados en el transcurso de estos largos doce (12) años han crecido han aumentado sus necesidades en todos los sentidos, generando ingentes erogaciones.

De los lineamientos esbozados por el Dr. Silvio Rodríguez, en su libro: “Código de la Niñez y la Adolescencia”, año 2009, pág. 138, tenemos: “*Si el Alimen-*

tante tiene dos o más hijos y uno de ellos llega a la mayoría de edad, la cesación no implica necesariamente la disminución de la cuota alimentaria. Ésta, a criterio del Juzgado, puede denegar la disminución teniendo en cuenta las necesidades de los otros hijos menores de edad, sea por motivos de tratamiento permanentes de la salud, los gastos estudiantiles, además de otros factores que también pueden incidir en el tema. Esta aclaración me parece oportuna porque, en la generalidad de los casos, la reducción peticionada en estas condiciones se basa en la división de la mesada en proporciones fijas por cada hijo, concepto erróneo que normalmente se traduce en los juicios sobre disminución de la cuota alimentaria por haber alcanzado uno de los hijos la mayoría de edad”.

Así mismo, numerosos fallos de este Tribunal han sido dictados en este sentido, sentando jurisprudencia al respecto.

Los principios de equidad y responsabilidad compartida de los progenitores son tenidos en cuenta, en la medida de la proporcionalidad de los ingresos de ambos y de la asistencia cotidiana de la progenitora conviviente en atención personalizada y en gastos a favor de sus hijos.

Los alimentados tienen derechos a una vida digna y decorosa y de mantener un nivel de vida adecuada para su desarrollo integral con miras a la cristalización efectiva de sus derechos humanos y vivir en el mismo nivel social y económico de sus progenitores lograr el bienestar y la felicidad a que tienen derecho.

Que en este sentido debe seguir pasando la misma cuota alimenticia fijada por la S.D. N° 85 de fecha 5 de mayo de 1998, hace doce (12) años atrás a sus hijos, y confirmada por el Ac. y Sent. N° 94 de fecha 02 de octubre de 1998 (fs.3), el Sr. A. V. F. G., teniendo en cuenta que no se dan los presupuestos exigidos en el Art. 260 del Cód. Civil, para la procedencia de la Disminución de la Asistencia Alimenticia y con las costas deberá mantenerse en la forma impuesta.

Por las consideraciones que anteceden, soy de parecer que corresponde confirmar in totum la S.D. N° 310 de fecha 19 de agosto de 2009, por los fundamentos explicitados en el exordio de la presente resolución.

Imponer las costas en esta instancia al apelante de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203, inc. a) del C.P.C. Es mi voto.

A su turno los Dres. Aguirre Ayala y Rodríguez manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros,

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

RESUELVE: Confirmar in totum la S.D. N° 310 de fecha 19 de agosto de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. Imponer las costas en esta instancia al apelante, de conformidad al art. 203, inc. a) del C.P.C. Anótese, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Arnaldo Samuel Aguirre y Manuel Silvio Rodríguez.

Ante mí: María E. Galeano O. Actuaría Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 62

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

Las autoridades del Ministerio de Educación y Cultura deben tomar conciencia de que la Educación como derecho fundamental del hombre, en particular como derecho fundamental del niño, así consagrado por la Constitución Nacional en su Art.54, y el Art.76 que como obligación del Estado la estatuye, constituye un servicio básico fundamental, que en ningún caso y bajo forma alguna debe ser desatendida; ordenamiento ante el cual la ley es exigente en resguardarla por lo que en cuanto a la vigencia plena de este Derecho, el Derecho a la Educación, ninguna normativa legal, ni constitucional otorga el derecho a la huelga a los educadores del sector público.

HUELGA. Declaración de ilegalidad de la huelga.

Por ley el Derecho a la Huelga está limitado a los Trabajadores Públicos, y no comprende a los Educadores o docentes de centros, establecimientos e instituciones educativas públicas, ya que la Ley que los rige, la Nº 1.725/01, no contempla para ellos el Derecho a la Huelga.

HUELGA. Requisito de la huelga.

La Ley Nº1.626 de la Función Pública tampoco es aplicable a los docentes del sector público. Su Art.2º los exceptúa en su inc. “f”, que dice: “Aún cuando cumplan una función pública, se exceptúan expresamente de lo establecido en el artículo anterior a: f) los docentes de la Universidad Nacional y de las instituciones oficiales de educación primaria, secundaria y técnica.”

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la educación. HUELGA. Declaración de ilegalidad de la huelga.

Una disposición determinante de que la huelga de educadores o docentes no está permitida, constituye la norma, que sin alternativa, impone que el año lectivo tendrá un mínimo de 200 días laborales; es más, regula que cada día debe contar con no menos de 4 horas, en las que no se incluirán los días de exámenes. Es decir, ante el mínimo referido impuesto por la Ley N°1.264/98 General de Educación, Art.114, que contabiliza a más de los días, las horas de clase, no es posible pensar que quienes están obligados a su cumplimiento, los educadores, tengan algún derecho a holgar, a ir a la huelga.

HUELGA. Declaración de ilegalidad de la huelga.

Los educadores del sector público, funcionarios públicos al servicio del país, dependientes del Ministerio de Educación y Cultura, no tienen derecho de recurrir a la huelga; por lo que este organismo de la Administración Central, que forma parte del Poder Ejecutivo, no tiene legitimidad para accionar la calificación de ilegal de la huelga.

HUELGA. Calificación de la huelga.

Los Arts. 54 y sgts. de la Ley 1.725/01 regulan el procedimiento a seguir. Estando así clara y expresamente definida la Instancia Administrativa para realizar las investigaciones y comprobaciones de hechos que merezcan alguna condena. Y es esta la que en su caso se judicializará, ya que la decisión condenatoria podrá ser objeto de acción contencioso administrativa, conforme prevé el Art. 56 de la Ley 1.725/01.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías (Art. 3° del citado Código). En el caso, el conflicto suscitado de ninguna manera puede afectar ese interés superior. Por sobre conflictos de la naturaleza que sea, deben estar asegurado los derechos del niño y adolescente, como la educación; este principio está dirigido a ese fin.

ESTADO DE DERECHO. Facultades del Estado.

El Estado debe ejercer su poder de imperium, siendo inconcebible colocarlo en la misma condición que un ciudadano común o funcionario o empleado público, para despojarlo de dicho poder y someterlo, incluso, al capricho de reclamos personales o sindicales, que le impida cumplir sus fines, como en el caso, desconociendo los actos de autoridad o de imperio, los cuales son específicamente

unilaterales, que el Estado los debe realizar, por medio de sus órganos, en virtud de su potestad soberana; potestad o poder que de forma alguna podría quedar suprimida, ni tan siquiera menguada o alterada

ESTADO DE DERECHO. Facultades del Estado.

La facultad o potestad del Estado en el sentido expuesto precedentemente, que hace a su poder de imperium, se encuentra clara y expresamente reglada en los Arts. 53, 54, 55, 56 e incluso, 57 de la Ley N° 1.725/01.

ESTADO DE DERECHO. Facultades del Estado.

Cuando media defecto absoluto de la facultad de juzgar, el proceso es nulo desde el principio; y este tipo de nulidades es insubsanable, como en el presente caso, pues, es inconcebible colocar al Estado en la misma condición que una persona del derecho privado para privarle de su poder de imperium, que por mandato legal y constitucional –como se ha visto- le está conferido; y menos aún privarle para someterlo, incluso, al capricho de reclamos sindicales y ni que decir personales en perjuicio de los actos de imperio de autoridad que le son propios y particularmente unilaterales, que los realiza en virtud de su potestad soberana.

TApel. en lo Laboral. Primera Sala. 30-07-10. “Ministerio de Educación y Cultura c. Federación de Educadores del Paraguay s/ Declaración de ilegalidad de huelga” (Ac. y Sent. N° 62) .

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ajustada a derecho la Sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Rafael Cabrera Riquelme, Angel R. Daniel Cohene y Marité Espínola.

A la primera cuestión planteada el magistrado Rafael Cabrera Riquelme, dijo: Se agravia la parte actora, el Ministerio de Educación y Cultura contra la S.D. N° 81 del 9-VII-10, por la que se ha resuelto: No hacer lugar, con costas, a la demanda de calificación de huelga promovida por el Ministerio de Educación y Cultura contra la Federación de Educadores del Paraguay, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. ANOTAR,...”. Lo hace en los términos del escrito de fs. 316/321 alegando la nulidad de la sentencia fundado en que al rechazar la demanda de calificación de huelga por la supuesta presentación extemporánea violó los principios de rango constitucional que

garantizan el debido proceso y la defensa en juicio, en razón de que la deficiencia procesal alegada nunca se dio, pues la norma que invoca en ninguna parte prohíbe la presentación de la demanda de calificación de huelga durante el desarrollo de la huelga. Que, de esta forma eludió su deber de administrar justicia. Que, la magistrada inferior resolvió una cuestión no articulada por las partes en sus respectivas presentaciones, como es el caso de la extemporaneidad o no de la presentación de la demanda. Termina solicitando la nulidad de la sentencia.

La otra parte contesta el traslado en los términos del escrito de fs. 323/324, expresando que el recurso de nulidad no está previsto contra sentencias recaídas en juicios de amparo y, consecuentemente, en demandas de calificación de huelga.

La nulidad en el caso procede, es manifiesta. No sólo de la sentencia, sino de todo el proceso.

Los artículos de la Constitución Nacional; los artículos del Código del Trabajo; los artículos de la Ley N° 1.626 de la Función Pública; como el de la Ley N° 1.725/01 en los que se fundan la pretensión del Ministerio de Educación y Cultura para demandar la declaración de ilegalidad de la huelga llevada a cabo por la Federación de Educadores del Paraguay, no son aplicables al caso.

Las autoridades del Ministerio de Educación y Cultura deben tomar conciencia de que la educación como derecho fundamental del hombre, en particular como derecho fundamental del niño, así consagrado por la Constitución Nacional en su Art. 54, y en el Art. 76 que como obligación del Estado la estatuye, constituye un servicio básico fundamental, que en ningún caso y bajo forma alguna debe ser desatendida; ordenamiento ante el cual la ley es exigente en resguardarla, por lo que en cuanto a la vigencia plena de este Derecho, el Derecho a la Educación, ninguna normativa legal, ni constitucional otorga el derecho a la huelga a los educadores del sector público.

El Art. 98 de la Constitución Nacional, que invoca el Ministerio de Educación y Cultura, si bien preceptúa que: “Todos los trabajadores de los sectores públicos y privados tienen derecho a recurrir a la huelga...”; sin embargo, tiene bien diferenciado a los Trabajadores del Sector Público de los Funcionarios Públicos. Los Trabajadores Públicos (los de las empresas del Estado) están concebidos en la Sección I, “De los Derechos Laborales” (Arts. 86 a 99), y los Funcionarios y Empleados Públicos lo están en la Sección II, “De la Función

Pública (Arts. 101 a 106); y son, conforme los define, servidores del país; es decir, están al servicio del país; estableciendo que gozan de los derechos laborales previstos en la Constitución Nacional para los Trabajadores Públicos, Sección I, pero, dentro de los límites establecidos por la ley (Art. 102). Y es así, por la ley, que el Derecho a la Huelga está limitado a los Trabajadores Públicos, y no comprende a los educadores o docentes de centros, establecimientos e instituciones educativas públicas, ya que la Ley que los rige, la N° 1.725/01, no contempla para ellos el Derecho a la Huelga.

Equivocadamente el Ministerio de Educación y Cultura se ampara en el Art. 39 de dicha Ley para demandar la declaración de ilegalidad de la huelga, en razón de que dicha norma nada dispone sobre el derecho a la huelga de los educadores del sector público, sino sobre una cuestión diferente, relativa a las organizaciones gremiales para establecer que “se regirán en cuanto a su competencia, organización, funcionamiento y gestión sindical conforme a las reglas contenidas en el Código del Trabajo, con las modificaciones establecidas en la presente ley”. De allí que si bien las normas del Código del Trabajo también invocadas en la demanda (Arts. 294, 295, 296, 297, 298, 302 y 308) se encuentran incursas dentro de la previsión del Art. 39 citado; las disposiciones de los Arts. 362, 364, 376 incs. b), c), e) y 378 mencionadas, nada tienen que ver con dicho Art. 39 al no contemplar este el derecho a la huelga, sino regular sobre la competencia, organización, funcionamiento y gestión de las organizaciones gremiales, como se anotó.

Igualmente, en el orden expuesto la Ley N°1.626 de la Función Pública tampoco es aplicable a los docentes del sector público. Su Art. 2° los exceptúa en su inc. “F”, que dice: “Aún cuando cumplan una función pública, se exceptúan expresamente de lo establecido en el artículo anterior a: f) los docentes de la Universidad Nacional y de las instituciones oficiales de educación primaria, secundaria y técnica”.

Una disposición determinante de que la huelga de educadores o docentes no está permitida, constituye la norma, que sin alternativa, impone que el año lectivo tendrá un mínimo de 200 días laborales; es más, regula que cada día debe contar con no menos de 4 horas, en las que no se incluirán los días de exámenes. Es decir, ante el mínimo referido impuesto por la Ley N° 1.264/98 General de Educación, Art. 114, que contabiliza a más de los días, las horas de clase, no es posible pensar que quienes están obligados a su cumplimiento, los educadores,

tengan algún derecho a holgar, a ir a la huelga. De allí que para los mismos el Derecho a la Huelga no está establecido. Sin embargo, parece ser que se ha perdido hasta el sentido común de las cosas; pues, si el Estado debe garantizar la Educación, para cuyo efecto, entre otras normas, la ley impone un mínimo de carga horaria para el año lectivo, cómo se explica que pueda ser cumplida en medio de una huelga y menos, si al estar permitida, a cada momento los responsables de la enseñanza así se declaren. Igualmente si siendo responsabilidad, obligación, deber, del Ministerio de Educación y Cultura fijar las fechas de admisión y matrícula de los centros educativos públicos, el calendario anual y el horario de trabajo diario para los diversos turnos y definir los períodos escolares y los días de descanso, como dispone el Art. 115 de la Ley N° 1.264/98, la huelga va a barrer (por ser más ilustrativo) con todas esas determinaciones del Ministerio de Educación y Cultura.

En consecuencia, ante las normas referidas precedentemente se debe concluir que los educadores del sector público, Funcionarios Públicos al servicio del país, dependientes del Ministerio de Educación y Cultura, no tienen derecho de recurrir a la huelga; por lo que este organismo de la Administración Central, que forma parte del Poder Ejecutivo, no tiene legitimidad para accionar la calificación de ilegal de la huelga. Pero, tiene por Ley N° 1.725/01, instituida la Instancia Administrativa para sancionar las faltas por ella prevista. De allí que para deslindar las responsabilidades del educador, la cuestión será de la competencia de la Autoridad Administrativa responsable de iniciar el Sumario Administrativo e imponerle las sanciones que correspondan, en base a la ley citada, que establece el Estatuto del Educador. A este respecto las autoridades del Ministerio de Educación y Cultura han faltado a su obligación, obligación claramente impuesta por el Art. 53 de la ley N° 1.725/01, que expresa: “Es obligación de las autoridades competentes de las instituciones educativas y del Ministerio de Educación y Cultura realizar las investigaciones y comprobaciones tendientes a determinar la existencia de hechos que merezcan medidas disciplinarias y, en su caso, de aplicar las sanciones que correspondan. El incumplimiento de esa obligación los hará pasibles de medidas disciplinarias de segundo orden, sin perjuicio de las sanciones de orden penal”.

Los Arts. 54 y sgts. de la Ley citada precedentemente regulan el procedimiento a seguir. Estando así clara y expresamente definida la Instancia Administrativa para realizar las investigaciones y comprobaciones de hechos que

merezcan alguna condena. Y es esta la que en su caso se judicializará, ya que la decisión condenatoria podrá ser objeto de acción contencioso administrativa, conforme prevé el Art. 56 de la Ley 1.725/01.

El Ministerio de Educación y Cultura ha asumido una deuda inconmensurable con los niños y jóvenes del Paraguay. Un calendario escolar insuficiente, que se agrava con la huelga de educadores, basta como ejemplo para afirmar que la política educacional no está orientada a asegurar a nuestros niños una formación dentro del marco de la excelencia, que talvez importe exigir mucho, pero, no existe un mayor bien que el de la educación en su máximo nivel. Sin embargo, no se avisa que exista interés en un profundo y radical cambio, orientando todos los recursos posibles del país al efecto. Por el contrario, se percibe una actitud pasiva, contemplativa, dilatoria, temerosa hasta para cumplir los expresos mandatos de la ley, eludiendo las responsabilidades impuestas por ella, como surge de estos mismos autos al derivar, las medidas que debiera aplicar, a otras instancias; y que no conducen sino a dilatar y agravar el problema. Son, pues, necesarias medidas drásticas, sabias y oportunas que el Gobierno, representante del Estado, en su conjunto debe asumirlas ejerciendo su poder de imperium. Se busca la solución de los síntomas, pero, el problema seguirá; pues, no es la primera vez que los docentes van a la huelga; mientras que muchos niños y jóvenes del Paraguay padecen, y no se educarán debida y suficientemente para enfrentar con dignidad la vida, es angustioso el futuro de los mismos; no encontrarán una explicación a esta situación de privación de sus días y horarios de clases a la que fueron llevados; alcanzando hasta a los niños la frustración.

El Art. 54 de la C.N. en relación a la protección al niño, establece que el Estado tiene “la obligación de garantizar al niño su desarrollo armonioso e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos... Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”. La inobservancia de esta norma explica todo lo precedentemente expuesto. En el caso se está ante un conflicto que afecta al derecho de los niños, que no ha sido garantizado, y menos con carácter prevaleciente; por el contrario, se ha violentado el mandato constitucional contenido en dicha norma como en el Art. 76 C.N. No escapa a esta Magistratura lo dispuesto por el Art. 20 del Código de la Niñez y la Adolescencia, conforme al cual el niño y el adolescente tienen derecho a una educación que les garantice el desarrollo armónico e integral de su persona, y que les prepare para

el ejercicio de la ciudadanía. Es más, toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías (Art. 3° del citado Código). En el caso, el presente conflicto de ninguna manera puede afectar ese interés superior. Por sobre conflictos de la naturaleza que sea, deben estar asegurado los derechos del niño y adolescente, como la educación; este principio está dirigido a ese fin.

Las partes no han tomado conciencia del mayúsculo pecado que han cometido contra la patria. La institución del Estado accionante, con su pasividad, que no sólo es de ahora, al no implementar oportunamente las medidas de rigor, ha sido desbordada, rebasada por la magnitud a que llegó el reclamo de los educadores. Reclamo que, si bien es justo, más aún considerando que el aporte del docente es valioso y constituye un recurso importante con que cuenta el Estado para el cumplimiento de sus fines en el ámbito de la educación, la huelga no es la vía para obtenerlos; pues, existen intereses superiores, derechos fundamentales amparados constitucionalmente como se ha visto, que no les habilita a esta vía para efectuar sus reclamos salariales. Además, la Ley N° 508, “De Negociación Colectiva en el Sector Público”; en su Art. 4°, inc. “d” establece que: “No serán objeto de negociación colectiva las cuestiones relativas a: ...d) Los rubros no previstos en el Presupuesto General de la Nación”; es decir, si no está permitido negociar, menos aún lo estará para ejercer medidas de fuerza contra la previsión presupuestaria.

Igual situación de desborde, de descontrol se percibe en las áreas encargadas de la seguridad pública como de la salud pública, por mencionar las más requeridas por el pueblo; ya que como la educación, la seguridad y la salud, deben ser prioridad en la atención de estas áreas por las necesidades acuciantes e impostergables. Sin embargo, la ausencia del Estado en la atención de los problemas se percibe, por la magnitud que ha permitido adquieran, rebasándolo; parece estarse ante un Estado impotente, incapaz, negligente, mediocre, temeroso, vacilante, incluso, cobarde; al no enfrentar, a través de sus representantes, con firmeza, sabiduría, sensatez y entereza los problemas; dando sustento, seguridad, por lo menos a los derechos fundamentales del hombre, como a la misma vida, la salud, la educación. Y no ser sus responsables espectadores de los atropellos a estos derechos a diario.

El Estado debe ejercer su poder de imperium, siendo inconcebible colocarlo en la misma condición que un ciudadano común o funcionario o empleado público, para despojarlo de dicho poder y someterlo, incluso, al capricho de reclamos personales o sindicales, que le impida cumplir sus fines, como en el caso, desconociendo los actos de autoridad o de imperio, los cuales son específicamente unilaterales, que el Estado los debe realizar, por medio de sus órganos, en virtud de su potestad soberana; potestad o poder que de forma alguna podría quedar suprimida, ni tan siquiera menguada o alterada. Sin embargo, es lamentable que dicha potestad o poder sea afectada en perjuicio del pueblo, del soberano, como se dá en la presente causa, debido a la falta de ejercicio de ese poder de imperio o acto de autoridad. Es hora que esta situación sea revertida por quienes han asumido la responsabilidad de dirigir los destinos de la patria.

La facultad o potestad del Estado en el sentido expuesto precedentemente, que hace a su poder de imperium, se encuentra clara y expresamente reglada en los Arts. 53, 54, 55, 56 e incluso, 57 de la Ley N° 1.725/01; a los cuales ya se hizo referencia más arriba. El Art. 53 ya transcrito impone a las autoridades competentes de las instituciones educativas y del Ministerio de Educación y Cultura realizar las investigaciones y comprobaciones tendientes a determinar la existencia de hechos que merezcan medidas disciplinarias y, en su caso,, de aplicar las sanciones que correspondan. El Art. 54 dispone: “En el sector público, la investigación administrativa estará a cargo de un fiscal designado por el Director de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación y Cultura, y quedará terminado dentro de los cuarenta y cinco días de su iniciación. La resolución será dictada dentro de los quince días de hallarse la causa en estado de resolución”; el Art. 55: “Cuando fueren aplicables, en la investigación se observarán las disposiciones del Código Procesal Penal. Podrán ser iniciadas de oficio o por denuncia de parte, y se dará intervención al afectado para ejercer libremente su defensa, por sí o por apoderado. La resolución será fundada y podrá ser recurrida.”; el Art. 56: “La decisión condenatoria podrá ser objeto de acción contencioso administrativa, dentro del perentorio plazo de cinco días, a partir de la fecha de notificación. La interposición de la acción no suspenderá la aplicación de la sanción”. Está establecida así la Instancia Administrativa competente para entender y decidir en las cuestiones en que se encuentren incursos los educadores y que merezcan la aplicación de medidas disciplinarias o sanciones que correspondan. Garantizada con la judicialización de este proceso al ser

objeto de la acción contencioso administrativa la decisión condenatoria que recaiga. La huelga, no es sino la suspensión temporal del trabajo, que en este caso se traduce en la ausencia injustificada al trabajo. Falta que se encuentra tipificada dentro del Capítulo XI, “Del Régimen Disciplinario”, de la Ley N° 1.725/01; como así también instituye la Autoridad Administrativa competente obligada a realizar las investigaciones y comprobaciones tendientes a determinar la existencia de hechos que merezcan medidas disciplinarias; es decir, a la responsable de iniciar el Sumario Administrativo para deslindar las responsabilidades del Funcionario educador e imponerle las sanciones que correspondan, en su caso.

Se debe señalar que la competencia, si bien queda fijada para el Juez y las partes una vez trabada la litis, la misma se dá para las cuestiones litigiosas o controversias suscitadas entre personas del derecho privado que pueden consentir o convalidar la competencia; pero, no con el Estado cuando es el afectado, que debe ejercer su poder de imperio, y no puede renunciar, ni ser privado de ello, en perjuicio de dicho poder que ejerce conforme a la Constitución, “la soberanía reside en el pueblo”(Art. 2° C.N.) y, además, “ninguno de los Poderes del Estado puede otorgar a otro ni a persona individual y colectiva facultades extraordinarias o la suma del Poder Público”(Art. 3° C.C.). No corresponde sustraer la competencia de otro órgano o poder público. Al igual que a este Tribunal otro poder le sustraiga su competencia. Constituiría ello un acto inexistente, nulo, de nulidad insanable. Por ello, la Autoridad del Estado competente debe ejercer dicha potestad, bajo pena de nulidad del acto y mal desempeño. Cuando media defecto absoluto de la facultad de juzgar, el proceso es nulo desde el principio; y este tipo de nulidades es insanable, como en el presente caso, pues, es inconcebible colocar al Estado en la misma condición que una persona del derecho privado para privarle de su poder de imperium, que por mandato legal y constitucional –como se ha visto– le está conferido; y menos aún privarle para someterlo, incluso, al capricho de reclamos sindicales y ni que decir personales en perjuicio de los actos de imperio de autoridad que le son propios y particularmente unilaterales, que los realiza en virtud de su potestad soberana.

De conformidad con lo anotado y lo dispuesto por el Art. 113 del C.P.C., al no poder dictarse válidamente sentencia, corresponde, en consecuencia, declarar la nulidad de la resolución apelada y de la actuación que le sirviera de sustento; pues, por las razones expuestas, el proceso es nulo desde el principio.

Es mi voto.

A sus turnos, los magistrados Angel R. Daniel Cohene y Marité Espínola, se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el magistrado Rafael Cabrera Riquelme, dijo: Que, habiéndose declarado nula la sentencia no procede entrar a considerar el recurso de apelación.

Y el magistrado Cabrera Riquelme prosiguió diciendo: Declarada la nulidad corresponde a este Tribunal resolver el fondo de la cuestión; pero, conforme a los fundamentos expuestos, si lo hace estaría incurriendo en el mismo vicio en que incurriera la Instancia anterior; por lo cual y fundado en lo expuesto precedentemente, sin que importe la calificación de la regularidad legal de la huelga, corresponde no dar curso a la presente demanda por los fundamentos y con el alcance expuesto más arriba. Es mi voto.

A sus turnos, los magistrados Angel R. Daniel Cohene y Marité Espínola 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:

RESUELVE: 1º) Declarar la nulidad de todo el proceso, de conformidad y con los alcances expuestos en el Acuerdo que antecede.

2º) Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marité Espínola, Rafael A. Cabrera Riquelme y Angel R. Daniel Cohene.

Ante mí: Abog. Modesto A. Meza A. Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 71

RECURSO DE ACLARATORIA.

Corresponde aclarar el error material en que incurriera el dactilógrafo al copiar el fallo, y que pasara inadvertido, con el sólo propósito de enmendarlo, ya que no es razonable e, incluso, normal dejar subsistente un error por más intrascendente que fuera. Nada que conduzca a la perfección puede ser objeto de cuestionamiento alguno.

TApel. en lo Laboral. Primera Sala. 17-08-10. “Ministerio de Educación y Cultura c. Federación de Educadores del Paraguay s/ Declaración de ilegalidad de huelga” (Ac. y Sent. N° 71).

CUESTIÓN:

¿Es procedente la aclaratoria interpuesta?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Rafael Cabrera Riquelme, Angel R. Daniel Cohene y Mari-té Espínola.

A la cuestión planteada, el magistrado Rafael Cabrera Riquelme dijo: El representante convencional de la parte accionada se presenta a interponer recurso de aclaratoria contra el Acuerdo y Sentencia N° 62 del 30 de julio de 2010, en los términos del escrito presentado a fs. 340 de autos; expresando, luego de transcribir parte del fallo, que: “sin que lo votado individualmente sea expresado en forma integrada ya que nada de todo lo transcripto anteriormente se ha mencionado en la Sentencia (parte dispositiva del fallo, en que se consigna “lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos”), del modo en que sí se procedió respecto a la nulidad expresamente declarada en ella, aunque con alcances remitidos (por disposición también expresa) al Acuerdo previo. Que, en virtud del Art. 387 CPC, incisos b) y c), corresponde que se aclare a qué se debe dicha omisión, y/o se la salve, en su caso, a través del presente recurso de Aclaratoria”.

Que, estudiada la cuestión, no surge omisión alguna. La nulidad abarcó todo, tal como se ha resuelto por el Acuerdo y Sentencia objeto del recurso. Más aún cuando en dicha Sentencia, conforme a su apartado primero, se ha resuelto la nulidad “de conformidad y con los alcances expuestos en el Acuerdo que antecede”; lo cual importa integrar a la parte resolutive todo lo expresado y consignado como fundamento del fallo; es decir, todo pasa a formar parte de la resolución; de allí que, por la forma como se ha resuelto, no existe omisión alguna.

Pero, por otra parte, sí corresponde aclarar el error material en que incurriera el dactilógrafo al copiar el fallo, y que pasara inadvertido, con el sólo propósito de enmendarlo, ya que no es razonable e incluso normal dejar subsistente un error por más intrascendente que fuera. Nada que conduzca a la perfección puede ser objeto de cuestionamiento alguno. En efecto, a fs. 333 vlto. del Acuerdo y Sentencia, en la última parte del cuarto párrafo se consignó equivo-

cadamente la palabra “Trabajadores”, debiendo haberse consignado la palabra “Funcionarios”; pues, se dijo: “Y es así, por la ley, que el Derecho a la Huelga está limitado a los Trabajadores Públicos...”, y debió decir: “Y es así, por la ley, que el Derecho a la Huelga está limitado a los Funcionarios Públicos...”; pues, se estaba haciendo alusión a los derechos laborales de los Funcionarios Públicos en atención al Art. 102 de la Constitución Nacional que entre paréntesis se menciona; para explicar que gozan de tales derechos “pero, dentro de los límites establecidos por la ley (Art. 102), y concluir de ello que el Derecho a la Huelga está limitado a los “Funcionarios Públicos” y, no comprende a los educadores, ya que la Ley N° 1.725/01, que establece los límites de sus derechos laborales, no contempla para ellos el Derecho a la Huelga; siendo éste el sentido correcto del fallo; por lo que la palabra “Trabajadores” en dicha frase transcripta debe quedar reemplazada por la palabra “Funcionarios”. En este sentido procede la aclaratoria.

A sus turnos, los magistrados Angel R. Daniel Cohene y Marite Espinola 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:

RESUELVE: 1°) Aclarar el Acuerdo y Sentencia N° 62 del 30 de julio de 2010, de conformidad y con el alcance expuesto en el Acuerdo que antecede. 2°) Anotar, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Marité Espínola, Rafael A. Cabrera Riquelme y Angel R. Daniel Cohene.

Ante mí: Abog. Modesto A. Meza A. Actuario Judicial.

* * *

*** Fe de errata. Los sumarios que se encuentran a continuación corresponden al Acuerdo y Sentencia que se encuentra transcrito en la página 379 a 384 de la Gaceta Judicial N° 3, Año 2010, habiéndose incurrido en un error a transcribir los sumarios de otra resolución.**

ACUERDO Y SENTENCIA N° 37

Cuestión debatida: Efectuar un análisis crítico de la partida de nacimiento de la niña para establecer sus efectos jurídicos respecto al emplazamiento biológico de esta niña en la que aparece como su madre una mujer prófuga con orden de captura que la abandonó a su suerte a los pocos días de su nacimiento disponiéndose el inmediato abrigo de la infante en el hogar del CENTRO DE ADOPCIONES.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la identidad

Respecto al Certificado de Nacido Vivo, fueron agregados dos instrumentos: 1) la autorización de inscripción para el Registro Civil de nacido vivo; y 2) para uso exclusivamente estadístico por parte del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Cotejando ambos instrumentos, encontramos graves contradicciones, y por ese motivo, carente de base jurídica para justificar el hecho vital.

ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS. Registro del Estado Civil de las Personas.

No consta en ninguno de los instrumentos (1) autorización de inscripción para el Registro Civil de nacido vivo; y 2) para uso exclusivamente estadístico por parte del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; la identificación dactilar de la madre y la identificación palmatoscópica de la recién nacida, impresiones que deben extraerse inmediatamente de producido el nacimiento, para probar fehacientemente el nexo entre la madre y su hija, y así poner valla a los fraudes que pueden ocurrir en el momento del nacimiento, y que de hecho aparecen con frecuencia.

ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS. Registro del Estado Civil de las Personas.

Habiéndose probado en la jurisdicción penal la existencia del hecho punible de falseamiento del estado civil que involucra como partícipe a la supuesta

madre de la menor en cuestión nos llevan a la conclusión de que el Certificado de Nacido Vivo es un instrumento inhábil para probar la relación de parentesco entre la recién nacida y la supuesta madre. Esto nos conduce a que la inscripción registral del nacimiento no se ajusta a lo previsto en el art. 61 de la Ley del Registro del Estado Civil.

FILIACIÓN. Prueba de la filiación. Reclamación de estado.

Al no quedar probado el vínculo biológico de la supuesta madre y de la niña, con la cancelación de la partida de nacimiento va de suyo que no existe la patria potestad, como es de rigor en materia de filiación.

ADOPCIÓN. Declaración de estado de adopción.

Dado el tiempo transcurrido y que la niña se encuentra institucionalizada, es su derecho que integre una familia por la vía de la adopción, motivo por el cual esta parte de la sentencia debe ser revocada, y en consecuencia, declarar en estado de adopción a la niña debiendo comunicarse de esta medida al Centro de Adopciones para sus efectos.

TApel. De la Niñez y Adolescencia. 07-04-10. “S. de M. B. M. s/ Pérdida de la patria potestad y declaración de estado de adoptabilidad” (Ac. y Sent. N° 37).

